

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 38

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
www.lexnova.es
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; 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 consecuyente 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:

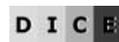


CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



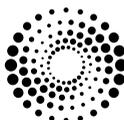
IN-RE CJ



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.^a 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

CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y AUTORIZACIÓN OFICIAL: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O DE LA TIPICIDAD Y REQUISITOS RESPECTIVOS	
<i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	9
DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN Y MEDIOS DE PRUEBA EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO	
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	35
LA IMPLANTACIÓN DEL DP JUVENIL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: ¿UNA ASPIRACIÓN TRASNOCHADA?	
<i>María A. Trapero Barreales</i>	69
CIENCIA Y PROCESO. DE LA PERICIAL CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO JURISPRUDENCIAL A LA PERICIAL CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO LEGAL	
<i>Virginia Pardo Iranzo</i>	101

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	131
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	139
Sentencia 160/2012 del TC, de 20 de septiembre: Limitaciones a la suspensión de la medida impuesta en el ámbito de la responsabilidad penal del menor	139
Sentencia 193/2012 del TC, de 29 de octubre: Abono de prisión provisional. Coincidente con el periodo de cumplimiento de condena	147
Sentencia 201/2012 del TC, de 12 de noviembre: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Apelación de sentencia absolutoria	149
Sentencia 205/2012 del TC, de 12 de noviembre: Extradición. No entrega del nacional	152
TRIBUNAL SUPREMO	
Sentencia 608/2012, de 20 de junio: Delito de lesiones. Cosa juzgada	157

	Página
Sentencia 535/2012, de 26 de junio: Entrada y registro. Asistencia de intérprete	159
Sentencia 578/2012, de 26 de junio: Recusación	162
Sentencia 579/2012, de 28 de junio: Conformidad y principio de igualdad	168
Sentencia 480/2012, de 28 de junio: Delitos contra la seguridad vial. Recurso de revisión	169
Sentencia 571/2012, de 29 de junio: Prevaricación judicial	171
Sentencia 544/2012, de 2 de julio: Asociación ilícita, organización criminal y simple coautoría	179
Sentencia 594/2012, de 5 de julio: Intervenciones telefónicas y confesión	182
Sentencia 672/2012, de 5 de julio: Juicio con jurado. Valoración de declaraciones sumariales	183
Sentencia 645/2012, de 9 de julio: Homicidio. Dolo eventual	185
Sentencia 615/2012, de 10 de julio: Abono de prisión provisional y «doctrina Parot» ..	187
Sentencia 623/2012, de 17 de julio: Revisión penal. Quebrantamiento de medida de alejamiento	194
Sentencia 670/2012, de 19 de julio: Condena tras sentencia absolutoria	196
Sentencia 654/2012, de 20 de julio: Prueba ilícita y confesión del acusado. Delitos contra la salud pública	204
Sentencia 663/2012, de 24 de julio: Asesinato. Tentativa	208
Sentencia 676/2012, de 26 de julio: Edad del imputado	211
Sentencia 653/2012, de 27 de julio: Tráfico de drogas. Apreciación del tipo atenuado .	212
Sentencia 680/2012, de 17 de septiembre: Deslealtad profesional de abogado. Elementos del tipo	216
Sentencia 678/2012, de 18 de septiembre: Detención ilegal de funcionario público o autoridad	218
Sentencia 695/2012, de 19 de septiembre: Declaración autoincriminatoria en expediente administrativo	221
Sentencia 689/2012, de 20 de septiembre: Delitos conexos y competencia del tribunal del jurado	223
Sentencia 706/2012, de 24 de septiembre: Conducción temeraria y omisión del deber de socorro	224
Sentencia 699/2012, de 24 de septiembre: Menores. Recurso de casación para unificación de doctrina	232
Sentencia 710/2012, de 26 de septiembre: Pericial caligráfica	235

	Página
Sentencia 730/2012, de 26 de septiembre: Tráfico de drogas. Unidad y pluralidad de delitos	237
Sentencia 723/2012, de 2 de octubre: Alzamiento de bienes. Atipicidad del favorecimiento de acreedores	247
Sentencia 722/2012, de 2 de octubre: Intervenciones telefónicas. Sistema SITEL	251
Sentencia 721/2012, de 2 de octubre: Revisión de sentencia de conformidad	256
Sentencia 739/2012, de 3 de octubre: Asesinato. Ensañamiento	257
Sentencia 752/2012, de 3 de octubre: Humillación a las víctimas del terrorismo	261
Sentencia 745/2012, de 4 de octubre: Principio acusatorio. Homogeneidad homicidio y amenazas	265
AUDIENCIAS PROVINCIALES	
Sentencia 379/2012, AP Sevilla, de 5 de junio: Valor de la declaración del coimputado ante la policía. Robo	271
Sentencia 467/2012, AP Barcelona, de 8 de junio: Tratamiento médico. Collarín cervical	272
Sentencia 79/2012, AP Barcelona, de 12 de junio: Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas	273
Sentencia 615/2012, AP Barcelona, de 12 de junio: Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas	273
Sentencia 491/2012, AP Barcelona, de 13 de junio: Violencia de género. Amenazas en el ámbito familiar	274
Sentencia 64/2012, AP Palma de Mallorca, de 25 de junio: Delitos de malversación y prevaricación administrativa	275
Sentencia 14/2012, AP Madrid, de 29 de junio: Violencia habitual sobre la mujer. Elementos del tipo	276
Sentencia 597/2012, AP Barcelona, de 2 de julio: Absorción por el delito de malos tratos del de quebrantamiento de condena	276
Sentencia 966/2012, AP Madrid, de 11 de julio: Apropiación indebida y vista en segunda instancia	277
Sentencia 314/2012, AP Madrid, de 13 de julio: Delito de resistencia a agentes de la autoridad	278
Sentencia 1007/2012, AP Madrid, de 18 de julio: Tráfico de drogas y atentado. Absolución	279
Sentencia 63/2012, AP Palma de Mallorca, de 23 de julio: Delito contra la salud pública. Sustancia que causa grave daño a la salud	280
Sentencia 95/2012, AP Palencia, de 4 de septiembre: Lesiones en accidente de tráfico. Indemnización	281

	Página
Sentencia 216/2012, AP Albacete, de 6 de septiembre: Procedimiento abreviado. Prescripción de faltas que se tramitan por cauce de este procedimiento	282
Sentencia 393/2012, AP Burgos, de 6 de septiembre: Falta de lesiones. Lesiones causadas en accidente de tráfico	283
Sentencia 358/2012, AP Valladolid, de 6 de septiembre: Maltrato y coacciones. Delitos cometidos en el ámbito familiar	283
Sentencia 274/2012, AP Madrid, de 10 de septiembre: Faltas. Incumplimiento de obligaciones familiares	285
Sentencia 1260/2012, AP Madrid, de 1 de octubre: Tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y en notoria importancia	285
Sentencia 352/2012, AP Santa Cruz de Tenerife, de 2 de octubre: Delito contra la salud pública	286
Sentencia 404/2012, AP Madrid, de 3 de octubre: Atentado y desobediencia y falta de lesiones por imprudencia	287
Sentencia 1287/2012, AP Madrid, de 4 de octubre: Hurto. Valor de la cosa en infracciones contra la propiedad	288
Sentencia 19/2012, AP Madrid, de 8 de octubre: Detención ilegal, maltrato habitual y lesiones	290
Sentencia 416/2012, AP Madrid, de 10 de octubre: Delito de incendio y falta de daños. Costas de acusación	291
Sentencia 252/2012, AP Albacete, de 18 de octubre: Lesiones graves por imprudencia	292

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2012 SOBRE EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE	297
CIRCULAR 2/2012, SOBRE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS POR SUSTRACCIÓN DE MENORES RECIÉN NACIDOS	299

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	303
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	309
DERECHO PROCESAL PENAL	311
RECENSIÓN DE BIBLIOGRAFÍA	313

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y AUTORIZACIÓN OFICIAL: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O DE LA TIPICIDAD Y REQUISITOS RESPECTIVOS^(*)

PROF. DR. H. C. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid

RESUMEN

Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos

El consentimiento presunto y la autorización oficial son circunstancias eximentes que, según los tipos de delitos o las circunstancias concurrentes, pueden excluir toda la antijuridicidad o ilicitud, en cuyo caso pueden ser causas de justificación o incluso de atipicidad por faltar de entrada toda relevancia jurídica, o pueden excluir sólo la tipicidad penal, la ilicitud penal, pero dejando subsistente la ilicitud extrapenal. Según la clase de eximente que constituyan, varían sus requisitos, que son más exigentes para la exclusión total de la antijuridicidad. En la autorización oficial, si excluye toda la antijuridicidad, sí se produce la llamada accesoriadad administrativa del Derecho penal, es decir que los requisitos del Derecho penal son accesorios respecto de los del Derecho administrativo; pero ello no se produce en la autorización oficial excluyente meramente de la tipicidad penal o ilícito penal. Distinta de la autorización oficial con eficacia eximente es la mera tolerancia oficial o la simple susceptibilidad de autorización, que no pueden eximir.

Palabras clave: Consentimiento presunto; autorización oficial; ¿accesoriadad administrativa del Derecho penal?; eximentes; justificación o exclusión de la tipicidad.

ABSTRACT

Deemed consent and official acceptance: exclusion of the illegality or of the criminalization and their respective requirements

Deemed consent and official authorization are exculpatory circumstances that, depending on the type of crimes or the concurrent circumstances, can exclude the whole illegality or illicitness, in which case can be justification lawsuits or even of non-criminality as they lack all legal evidence, or they can only exclude the penal criminalization, the penal illicitness, but leaving enduring the extra-criminal illicitness. Depending on the criminalization type, they vary their requirements which are more demanding for the total exclusion of the illegality. In the official acceptance, if it excludes the whole illegality, It does take place what is known as administrative accessory of Criminal law, that is to say that the requirements of the criminal law are accessory regarding those of the administrative law; however it does not happen in the official acceptance of the merely excluding of the penal criminalization or penal illicitness. Different from the official acceptance with exculpatory effectiveness is the mere official tolerance or the bare authorization susceptibility that cannot be exempted.

Key words: Deemed consent, official acceptance, administrative accessory of the Criminal Law? exculpatory; justification or exclusion of criminalization.

(*) El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (antes Ciencia e Innovación) del Gobierno de España, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONSENTIMIENTO PRESUNTO. CONCEPTO. ADMISIBILIDAD Y AUTONOMÍA O NO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO.
- III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA (NATURALEZA) DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD (JUSTIFICACIÓN O INCLUSO ATIPICIDAD) O EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD PENAL.
 1. **Posiciones doctrinales.**
 2. **Posición propia; tripartición: el consentimiento presunto unas veces como causa de exclusión de la antijuridicidad: de justificación o incluso de atipicidad por falta de relevancia jurídica, y otras como causa de exclusión sólo de la tipicidad penal.**
- IV. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN Y REQUISITOS.
 1. **La razonabilidad o irrazonabilidad del consentimiento presumido.**
 2. **Requisitos.**
 - a) Probabilidad.
 - b) Requisitos comunes con el consentimiento.
 - c) Subsidiariedad.
 - d) Actuación en interés ajeno, pero también posible en interés propio.
 3. **Precisión de los criterios de determinación de la presunción según las clases de decisión.**
 - a) Actuación en interés ajeno.
 - b) Actuación en interés propio.
- V. AUTORIZACIÓN OFICIAL. CONCEPTO. ÁMBITO: TIPOS A LOS QUE ES APLICABLE.
- VI. UBICACIÓN SISTEMÁTICA (NATURALEZA) DE LA AUTORIZACIÓN OFICIAL: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD.
 1. **Posiciones doctrinales: exclusión de la tipicidad o justificación; la llamada accesoriad administrativa del Derecho penal.**
 2. **Posición propia: exclusión de la antijuridicidad (atipicidad por falta de relevancia jurídica o justificación) o exclusión de la tipicidad penal.**
 - a) Distintas clases de autorización.
 - b) Autorización debida o válida: causa de atipicidad o de justificación.
 - c) Autorización fáctica no plenamente válida: causa de exclusión sólo de la tipicidad penal en ciertos delitos.
- VII. REQUISITOS DE LA AUTORIZACIÓN OFICIAL.
 1. **De la exclusión de la antijuridicidad («accesoriad administrativa» del Derecho penal).**
 2. **De la exclusión sólo de la tipicidad penal (no «accesoriad administrativa» del Derecho penal).**

VIII. LA TOLERANCIA OFICIAL; LA SUSCEPTIBILIDAD DE AUTORIZACIÓN: ¿EFICACIA? BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la eximente, mucho más tratada, del consentimiento (real), frente a las usuales posiciones sobre su ubicación sistemática, o bien monistas —las más antiguas que lo consideran causa de justificación o las más modernas que sostienen que es siempre causa de atipicidad— o bien las dualistas quizás mayoritarias, he sostenido en otros trabajos⁽¹⁾ una posición tripartita, según la cual el consentimiento ciertamente en unos supuestos excluye sólo la tipicidad penal y en otros excluye (toda) la antijuridicidad y sus requisitos son consecuentemente distintos, pero dentro del consentimiento excluyente de la antijuridicidad debe distinguirse a su vez el que supone una causa de atipicidad por falta de entrada de toda relevancia jurídica y el consentimiento que sólo constituye una causa de justificación de una conducta en principio típicamente relevante. Pues bien, a continuación veremos cómo exactamente igual sucede en las eximentes, estrechamente relacionadas con el consentimiento real, del consentimiento presunto⁽²⁾ y la autorización oficial.

II. CONSENTIMIENTO PRESUNTO. CONCEPTO. ADMISIBILIDAD Y AUTONOMÍA O NO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

«Consentimiento presunto» significa en general que ante la falta de una manifestación de voluntad del afectado —que no puede hacerlo porque está p.ej. ausente o inconsciente— y a pesar de ello se presume su consentimiento no sólo por el sujeto activo, sino también jurídicamente (judicialmente)⁽³⁾; tal presunción se basa en una creencia racional, razonable, objetivamente fundada *ex ante* de que es muy probable, lo más probable, que el titular del bien jurídico consentiría si estuviera presente y consciente. O, como lo formuló MEZGER, se trata de un juicio de probabilidad que expresa que el afectado o sujeto pasivo, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación, desde su punto de vista personal habría consentido en la acción⁽⁴⁾. En esta situación dicho consentimiento presunto es según la doctrina dominante eficaz como eximente, aunque se discute su naturaleza.

Un sector minoritario (en la doctrina española) no admite el consentimiento presunto como eximente autónoma⁽⁵⁾, por considerar que es innecesaria porque la gran mayoría de

(1) Cfr. LUZÓN PEÑA, *RGDP* 18, 2012, 1 ss.; *Lecciones DP, PG*, 2.ª, Valencia, Tirant, 2012, 22/59 ss.

(2) Cfr. respecto del consentimiento presunto ya en LUZÓN PEÑA, *GA* 2006-5: *Festgabe f. Roxin*, 319, 321 ss.; tb. en: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (dir. Vieira), *CDJ* 2006-7, 370 s.; en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), *CDJ*, 2007-8, 438 ss.; *RGDP* 9, 2008, 23 ss.

(3) Así MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, § 29, 219 s., 220 n. 3; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/4; LUZÓN PEÑA, *Caso fortuito y creencia razonable*, *CDJ* 2007-8 (*El DP del s. XXI*), 447; tb. en *RGDP* 2008-9, 30.

(4) MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª, 1949, § 28, 208 s.

(5) Cfr. ANTÓN ONECA, *DP I*, Madrid, 1949, 262 (estado de necesidad y no consentimiento presunto cuando hay voluntad expresa contraria del titular, pero en 261 sí admite el consentimiento presunto cuando la presunción coin-

los supuestos encajan ya en el estado de necesidad o en el ejercicio legítimo del derecho⁽⁶⁾, y que los restantes supuestos son intrascendentes y no compensa su admisión como eximente por los posibles abusos y riesgos para la seguridad jurídica que ello implicaría⁽⁷⁾. También en la doctrina alemana existe la posición que lo incluye como una subespecie del estado de necesidad y la que lo considera como una forma de la figura civilista de la gestión de negocios sin mandato⁽⁸⁾.

La doctrina dominante sí admite su eficacia como eximente, aunque se divide entre quienes lo consideran una simple clase o subespecie del consentimiento, junto con el consentimiento expreso y el tácito⁽⁹⁾, y quienes defienden su naturaleza de eximente autónoma⁽¹⁰⁾, muy similar al consentimiento, pero distinto de éste. Parece más correcta esta última posición, ya que no todos los casos de consentimiento presunto encajan en el estado de necesidad y el ejercicio del derecho es demasiado genérico e impreciso, y el fundamento último de la exención es sustancialmente la misma razón por la que se otorga en ciertos delitos eficacia al consentimiento pese a la lesión del bien jurídico; pero ha de ser una eximente autónoma, ya que realmente no hay consentimiento real manifestado, sino sólo una presunción del mismo, lo que implica peculiaridades y diferencias respecto del consentimiento real.

cide con la voluntad del titular), 642 s.; ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, I, 1981, 366; *El consentimiento en las lesiones en el P de CP de 1980*, CPC 1982, (263 ss.), 278; CERESO MIR, *Curso PG*, II, 6.ª, 1998, 347; *PG*, 2008, 668 s.; COBO/VIVES, *DP*, *PG*, 5.ª, Valencia, Tirant, 1999, 499 s. (con fundamentación distinta de los anteriores: o la presunción se confirma y hay consentimiento real, o no se confirma y es un caso de error).

(6) Así ANTÓN ONECA, ROMEO o CERESO *cits.* en nota anterior; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 8.ª, 2010, 344 s., sí admiten tal consentimiento que denominan tácito, pero advierten que muchos de sus casos pueden ampararse en estado de necesidad.

(7) Así CERESO MIR, *Curso PG*, II, 6.ª, 1998, 347; *PG*, 2008, 669.

(8) Como subcaso del estado de necesidad e interés preponderante p.ej. WELZEL, *Lehrbuch (Strafrecht)*, 11.ª 1969, 92; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 2.ª, 1975, 105 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT Lb*, 2.ª 1975, 317; *AT StB*, 2.ª, 6/86 ss. Sobre la consideración como gestión de negocios sin mandato, que sostenían p.ej. ZITELMANN, *AcP* 99 1906, 104, o AHRENS, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 1929, 29 ss., *cf.* JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 4.ª, 1988 [*Tratado DP*, *PG*, 3.ª, 1981], § 34 VII 2; más modernamente JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991 (*PG*, 2.ª, 1997), 15/17, combina la gestión de negocios sin mandato con criterios del estado de necesidad y del consentimiento. Es notable la posición de ROXIN, que sostiene (*AT* I, 4.ª, 2006 [*PG* I, 1997], § 13/12 ss.) que el consentimiento es causa de exclusión ya de la tipicidad, pero considera (*AT* I, 4.ª, 2006, § 18/1 ss., 31 ss., 49 ss.; *PG* I, 1997, § 18/1 ss., 32 ss., 49 ss.) que el consentimiento presunto es una causa de justificación basada en el riesgo permitido como la causa de justificación de la salvaguarda de intereses legítimos en la libertad de expresión o la de la libertad del arte.

(9) *Cf.* MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª, 1949, § 28, 218 ss.; ANTÓN ONECA, *DP* I, Madrid, 1949, 261, admite el consentimiento presunto dentro del consentimiento cuando la presunción coincide con la voluntad del titular; SAINZ CANTERO, *Lecciones DP*, *PG*, 3.ª, Barcelona, 1990, 579; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 8.ª, 2010, 344 s., aunque denominándolo consentimiento tácito y matizando que muchos de sus casos pueden ampararse en estado de necesidad.

(10) Así WELZEL, *Lehrbuch (Strafrecht)*, 11.ª 1969, 92 s.; JESCHECK, *AT*, 4.ª, 1988 [*PG*, 3.ª 1981], § 34 VII 1; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch AT*, 5.ª, 1996 [*PG*, 5.ª, 2002], § 34 VII 1; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT* 1, 8.ª, Heidelberg, Müller, 1992 [*DP*, *PG* 1, 7.ª, Buenos Aires, Astrea, 1994], § 28/4 ss.; BACIGALUPO, *Principios*, 5.ª, 1998, 211 ss.; ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006, § 18/1 ss., 31 ss., 49 ss.; *PG* I, 1997, § 18/1 ss., 32 ss., 49 ss., causa de justificación basada en el riesgo permitido; siguiendo a Roxin CUELLO CONTRERAS, *PG* I, 3.ª 2002, IX, 23; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, 214 antes del § 32 (con más citas en n. 869), que la basa con la doctrina mayor. en *Derecho consuetudinario*; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, 54 antes del § 32.

III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA (NATURALEZA) DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD (JUSTIFICACIÓN O INCLUSO ATIPICIDAD) O EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD PENAL

1. Posiciones doctrinales

Las opiniones, aparte de las ya rechazadas como son la que considera el consentimiento presunto como subespecie del estado de necesidad y la que lo considera como una forma de la figura civilista de la gestión de negocios sin mandato, se dividen entre la concepción del mismo como descubrimiento de la voluntad real del titular del bien jurídico, o sea de su equiparación con el consentimiento, y la de la presunción de la voluntad como forma de riesgo permitido; y ambas concepciones a su vez pueden tener como consecuencia su posible interpretación como causa de justificación o de atipicidad, dado que, como hemos visto, tal división de interpretaciones se da tanto sobre la naturaleza del consentimiento como sobre la del riesgo permitido⁽¹¹⁾.

2. Posición propia; tripartición: el consentimiento presunto unas veces como causa de exclusión de la antijuridicidad: de justificación o incluso de atipicidad por falta de relevancia jurídica, y otras como causa de exclusión sólo de la tipicidad penal

Por mi parte desde 2006 vengo sosteniendo una posición de entrada bipartita (que en uno de sus términos se subdivide y resulta por ello tripartita) sobre la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del consentimiento presunto: será una causa de *exclusión de la antijuridicidad* —basada muchas veces sólo en la falta de desvalor de acción, aunque a veces también en la falta de desvalor del resultado— cuando se trate una presunción de un consentimiento excluyente de toda la antijuridicidad (causa de justificación o incluso causa ya atipicidad por falta de toda relevancia jurídica), pero sólo es una *causa de exclusión de la tipicidad penal* cuando la presunción se refiera a un consentimiento real excluyente a su vez sólo de la tipicidad penal⁽¹²⁾.

Hay que precisar que cuando excluya la antijuridicidad, normalmente el consentimiento presunto será *causa de justificación* y no de atipicidad, porque al faltar el consentimiento real, aquí no se darán los casos de ausencia de lesión del bien jurídico⁽¹³⁾. Pero en algunos supuestos de conductas de consentimiento presunto absolutamente cotidianas y normales (como p. ej. la que veremos *infra* IV.2.d) de refugiarse de la lluvia entrando en el garaje abierto del amigo ausente) la falta de antijuridicidad irá unida a la adecuación social de la

(11) Cfr. sobre las diversas posiciones JESCHECK, *Lehrbuch AT*, 4.^a, 1988, § 34 VII; ROXIN, *AT I*, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/3 ss.

(12) Cfr. ampliamente sobre esto y todo lo que sigue LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: *Festgabe f. Roxin*, 319, 321 ss.; tb. en: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (dir. Vieira), CDJ 2006-7, 370 s.; en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 438 ss.; RGDP 9, 2008, 23 ss.

(13) Creo que esa es la razón, aunque no lo explique expresamente, por la que ROXIN, que considera el consentimiento (real) causa de atipicidad (Roxin, *AT I*, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 13/12 ss.), califica en cambio el consentimiento presunto (*AT I*, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/1 ss.) como causa de justificación basada en el riesgo permitido.

conducta y por ello tal consentimiento presunto será una *causa de atipicidad* por falta de entrada de toda relevancia jurídica. Por consiguiente, **en definitiva la clasificación de la naturaleza del consentimiento presunto es también tripartita.**

Veamos por qué. Cuando lo que se presume es un consentimiento real que si existiera sería jurídicamente válido plenamente y por ello excluiría toda la antijuridicidad, entonces la presunción excluye también la antijuridicidad (justificación o incluso atipicidad) *porque no hay desvalor de la acción*. En efecto, si lo probable, lo más probable y por eso se presume, es que haya un consentimiento que haría lícita, permitida la intromisión consentida, entonces no se infringe deber de cuidado alguno al actuar, ya que no hay un deber de evitar algo lícito, y por tanto se actúa dentro del riesgo permitido. Para estos grupos de casos de consentimiento presunto tiene razón, pues, la posición que sostiene que tal consentimiento presunto es un supuesto especial del riesgo permitido: normalmente causa de justificación, pero puede ser incluso de atipicidad si también hay adecuación social⁽¹⁴⁾.

Pero cuando lo que se presume es un consentimiento real que si existiera no sería eficaz como eximente pero no plenamente válido jurídicamente, es decir cuando se presume un consentimiento excluyente solamente de la tipicidad penal, p. ej. si, estando ausente el afectado, se presume la conformidad fáctica con la entrada de un tercero por parte de un morador pero no titular del derecho de admisión en la morada, o por parte del dueño de la morada que es un incapaz, o la conformidad de un menor de edad sin capacidad de obrar que consiente en una intromisión en su intimidad documental o informática o en que otro destruya o se apropie de una cosa suya, por mucho que tal presunción se base en una creencia razonable de lo que consentiría el morador fáctico o incapaz o el menor si estuvieran presentes, es imposible, porque sería una contradicción y un absurdo, que tal presunción excluya toda la antijuridicidad (no sólo la penal), pese a que no es absolutamente segura y puede acabar siendo errónea, cuando en cambio si hubiera consentimiento real de ese menor, incapaz o morador fáctico, éste excluirá sólo la tipicidad penal pero sigue siendo antijurídica extrapenalmente la conducta consentida y generando responsabilidad civil derivada de un ilícito⁽¹⁵⁾.

De modo paralelo a lo que en otros lugares hemos visto que sucede en el caso fortuito y el error objetivamente invencible cuando no excluyen toda la antijuridicidad sino sólo la tipicidad penal⁽¹⁶⁾, en estos supuestos de consentimiento presunto no se puede hablar de cumplimiento del deber de cuidado y por ello de riesgo permitido: en efecto, aunque al hacer un juicio de probabilidad razonable y objetivamente fundado ciertamente se esté observando el deber de previsión (el también llamado deber de cuidado interno), si lo que

(14) A mi juicio, como sostengo desde hace tiempo, no sólo hay atipicidad por faltar ya un indicio de cualquier injusto o ilícito, penal y extrapenal, y por tanto por ausencia de entrada de toda relevancia jurídica de la conducta, en los casos de ausencia de afectación del bien jurídico, sino también en los de adecuación social y jurídica: *vid.* LUZÓN PEÑA, en Luzón/Mir (coords.), «Causas de justificación y de atipicidad», en *DP*, 1995, 23 ss.; «Causas de atipicidad», en Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, 238-240; *Curso DP, PG I*, Madrid, 1996, 560 ss.; *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, 20/14-21.

(15) Aquí se puede trazar un paralelismo con el ej. de WELZEL, *Lehrbuch*, 1969, 61, sobre lo absurdo que sería que el dolo sea elemento del injusto típico en tentativa y sostener en cambio que, si se da la consumación, deje de serlo y sea sólo elemento de la culpabilidad.

(16) *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *GA* 2006-5: *Festgabe f. Roxin*, 319, 322 s.; en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), *CDJ*, 2007-8, 417 s., 427 ss.; *RGDP* 9, 2008, 10, 16 ss.; *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/26, 35 ss.

se está presumiendo es un consentimiento que sólo excluiría la tipicidad penal pero no la antijuridicidad y por tanto se está presumiendo que habría una conducta antijurídica, se está infringiendo el segundo aspecto del deber de cuidado (que un sector llama deber de cuidado externo), el deber de evitar o abstenerse de realizar una conducta antijurídica aunque no sea delictiva⁽¹⁷⁾.

Por ello, lo único que puede excluir tal consentimiento presunto es la tipicidad penal de la conducta realizada con dicha presunción, exactamente igual que si hubiera consentimiento real, pero en el correspondiente consentimiento presunto por falta de la parte subjetiva jurídico-penalmente específica del tipo correspondiente.

El fundamento de la exclusión de la antijuridicidad en los casos en que el consentimiento presunto se refiere a un consentimiento de igual naturaleza es la permisión por riesgo permitido de lo que es muy probable que suponga el fundamento material del consentimiento: el interés preponderante del ordenamiento jurídico en salvaguardar la libre voluntad del sujeto pasivo pese a que se vea afectado un bien jurídico suyo disponible. Ante tal situación, cuando la creencia razonable y objetivamente fundada *ex ante* de lo que es más probable y por ello se puede presumir es que se dé esa situación en que el ordenamiento prefiere dar prioridad a lo que desea el sujeto pasivo sobre bienes jurídicos suyos disponible, lógicamente no hay ningún interés jurídico en evitar esa actuación y por tanto en prohibirla, por ello no se infringe ningún deber de evitación o abstención ni deber de cuidado alguno; al contrario, el ordenamiento está interesado en permitir en esos casos el máximo de libertad de actuación que lo más probable es que conduzca a resultados deseables. Estamos ante un supuesto específico de *riesgo permitido* concretado en el interés jurídico en permitir la actuación que presumiblemente va a estar consentida. Ello excluirá ya todo el desvalor de la acción, lo que es suficiente para que desaparezca el injusto, aunque luego la presunción objetivamente razonable *ex ante* resulte estar equivocada *ex post*. Pero en los casos en que la presunción resulte *a posteriori* ser acertada y el sujeto confirme que de haberlo sabido habría consentido (ratificación), no habrá tampoco desvalor del resultado⁽¹⁸⁾.

El fundamento de la exclusión sólo de la tipicidad penal en el segundo grupo de supuestos indicados es el siguiente⁽¹⁹⁾: En el aspecto material la fundamentación es que

(17) Cfr. LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: *Festgabe f. Roxin*, 319, 322 s.; en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 448 ss.; *RGDP* 9, 2008, 31 s.; *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/119, 122.

(18) Ya por esta última razón es incorrecta la fundamentación que ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/3, le da al consentimiento presunto, de que en el mismo «coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una “voluntad presunta”»; esto no es exacto, puesto que en multitud de casos, seguramente en la mayoría (dado que la presunción es absolutamente razonable) la voluntad real del afectado coincidirá con la voluntad presumida y no habrá tal colisión. Pero incluso cuando si haya desvalor del resultado *ex post* y la presunción resulte equivocada, el fundamento no es la compensación de una colisión entre la voluntad presumida y la real, sino el interés jurídico en dar el máximo de libertad de actuación cuando lo más probable es que se produzca un consentimiento real en el que el ordenamiento a su vez considera interés preponderante la libertad de decisión del afectado sobre un bien disponible frente al posible interés en colisión que sería el de mantener la incolumidad del bien jurídico.

(19) Cfr. LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: *Festgabe f. Roxin*, 319, 321-323; en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 449 ss.; *RGDP* 9, 2008, 30 ss.; *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/119 ss.

ciertamente, debido a la invencibilidad objetiva del error en una creencia absolutamente razonable de que habrá una conducta penalmente atípica, en tal clase de consentimiento presunto falta la específica parte subjetiva del tipo, el desvalor de la acción referido precisamente a un tipo penal; pero, como ya hemos visto, no necesariamente falta un desvalor de la acción general —imprudencia o incluso a veces dolo— referido a la subsistencia de otro injusto extrapenal. Y en el aspecto formal, tal consentimiento presunto tiene dicha naturaleza porque se trata precisamente de una presunción jurídica: por tanto, debido a una *presunción no de licitud, sino justamente sólo de exclusión de la tipicidad penal*, el consentimiento presunto es equiparado a esa eficacia limitada.

IV. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN Y REQUISITOS⁽²⁰⁾

Importa fijar los criterios para poder efectuar la presunción de consentimiento, fundamentalmente si debería tratarse de una presunción de lo razonable, de lo que harían la generalidad de sujetos en su interés en un caso así, o si por el contrario hay que intentar averiguar la posible decisión del sujeto afectado concreto por irrazonable que sea; y hay que advertir que la fijación de tales criterios probablemente sea distinta según el tipo de decisiones de que se trate. Y se debe determinar además los requisitos que deberá tener tal consentimiento presunto para que tenga la misma eficacia que el real.

1. La razonabilidad o irrazonabilidad del consentimiento presumido

a) Para poder efectuar la presunción de consentimiento del afectado, el criterio a seguir es intentar determinar cuál sería probablemente su decisión si conociera las circunstancias y pudiera decidir, y no importa que lo presumible sea que se tratara de una decisión no razonable o incluso perjudicial para sus intereses. Por eso la doctrina dominante⁽²¹⁾ considera decisiva la probabilidad de lo que presumiblemente habría querido el afectado, aunque sea algo no razonable y no en su interés objetivo, pues los criterios objetivo-generales de lo comúnmente razonable o normal no tienen significado autónomo, sino que sólo sirven para averiguar normalmente la hipotética voluntad individual.

Así p. ej. aunque en una casa en ese momento vacía se rompa una cañería o un grifo y se escape el agua y por eso sea razonable que algún vecino quiera entrar en aquella a cortar el paso del agua, no obstante no cabe consentimiento si se sabe que el dueño, muy desconfiado, en un caso así que se produjo tiempo atrás no quiso autorizar la entrada (otra

(20) Sobre lo que sigue *cf.*, aunque más esquemáticamente, LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/123 ss.

(21) Entre otros, MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª, 1949, 219 s.; JESCHECK, *AT*, 4.ª, 1988 [*PG*, 3.ª 1981], § 34 VII 2; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch AT*, 5.ª, 1996 [*PG*, 5.ª, 2002], § 34 VII 2; HIRSCH, *LK*, 11.ª, antes del § 32/137; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht*, *AT*, 4.ª, 1987, § 15 C II 2; STRATENWERTH, *AT*, 3.ª, nm. 397; 4.ª, 2000 [*PG*, 4.ª, 2005], § 9/40; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/214; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/5; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/54; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/124. En cambio, SCHMIDHÄUSER, *AT*, Lb, 2.ª 1975, 9/49, n. 65; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX, 23, consideran predominante la situación objetiva de intereses, el interés al que se sirve sobre la voluntad presunta del titular del bien jurídico.

cuestión es que la entrada pudiera estar autorizada por estado de necesidad si se tratara de una casa de pisos y la fuga del agua amenazara con inundar los pisos inferiores).

Pero ciertamente en muchos casos el consentimiento presunto coincidirá en sus resultados con el estado de necesidad, porque frecuentemente el consentimiento presunto del afectado coincidirá con el resultado de una ponderación objetiva de intereses: si no se sabe nada sobre la concreta postura del dueño ante una emergencia así, para la presunción se puede partir de lo objetivamente razonable, o sea que consiente en que se entre en su casa para cortar el paso del agua.

Esta situación (de regla-excepción: lo razonable/pero a veces lo irrazonable) la desconocen, como señala con razón ROXIN⁽²²⁾, quienes sólo admiten el consentimiento presunto como subcaso de estado de necesidad y quienes sólo admiten resolver según una ponderación objetiva de intereses, pues si, cuando está presente el titular del bien jurídico y no hay estado de necesidad, su voluntad real es la única que puede legitimar la ingerencia, no se entiende por qué en su ausencia importa sólo la ponderación objetiva de intereses y no lo que presumiblemente querría aquél.

Por último, tampoco es correcto combinar, como se haría en la gestión de negocios sin mandato, estado de necesidad (ponderación de intereses, lo objetivamente razonable) y consentimiento (la voluntad subjetiva) y exigir una actuación en interés objetivo, pero también basada en la voluntad presunta del afectado. En efecto, si el afectado está conforme o incluso se alegra de la interferencia en sus bienes jurídicos aunque le perjudique, el Estado no puede prohibir y menos criminalizar la conducta del sujeto activo, pues si el consentimiento real no deja de ser eficaz porque no sea razonable, tampoco puede dejar de ser eficaz el consentimiento presunto porque sea contrario al interés objetivo del afectado⁽²³⁾.

b) Ahora bien, ¿cómo se puede compaginar esto —la posible irrazonabilidad del consentimiento o decisión que se presume— con la idea de que el consentimiento presunto no es sino un caso más de *creencia objetivamente razonable* sobre la voluntad del afectado, creencia que puede ser acertada, pero a veces puede resultar errónea, igual que muchos supuestos de caso fortuito o en general los de error objetivamente invencible? Porque hay que **distinguir razonabilidad de la creencia o presunción de la razonabilidad o no del consentimiento**, que son cosas totalmente distintas. Para que pueda presumirse el consentimiento hipotético del afectado, ciertamente ha de ser razonable, objetivamente fundada *ex ante* la creencia de que el afectado consentiría si pudiera; pero eso no significa que el consentimiento presumido también tenga que ser razonable⁽²⁴⁾: como hemos visto, a veces, conociendo el peculiar carácter o manías del sujeto pasivo, lo razonable es presumir que la decisión de consentir o no que adoptaría sería precisamente la objetivamente irracional o irrazonable.

(22) ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/6.

(23) Así ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/7.

(24) Así LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/126.

2. Requisitos

a) Probabilidad

Basta la probabilidad, la muy elevada posibilidad de que el sujeto pasivo consentiría si pudiera, no hace falta la seguridad⁽²⁵⁾.

b) Requisitos comunes con el consentimiento

Puesto que se trata de averiguar cuál sería probablemente el consentimiento, muchos requisitos serán comunes con los del consentimiento: Así, entre los más importantes: a') ha de tratarse obviamente de un bien jurídico respecto del cual quepa un consentimiento eficaz; b') el consentimiento esperado debe referirse al momento del hecho (si el afectado pudiera consentir), y no basta la esperanza de una posterior aprobación; c') el titular del bien jurídico, o su representante legal si es incapaz y cabe representación, ha de tener capacidad de consentir; d') si el consentimiento fuera posible, habría de estar ausente de vicios del conocimiento y de la voluntad, medida que es distinta según las clases de consentimiento (excluyente de toda la antijuridicidad o sólo de la tipicidad penal) e incluso a veces según los tipos delictivos⁽²⁶⁾.

c) Subsidiariedad

El consentimiento presunto sólo es admisible cuando sea imposible preguntar u obtener un consentimiento real⁽²⁷⁾. Por ello no se puede operar a un paciente inconsciente si es posible sin daño ni riesgo esperar a que recupere la consciencia⁽²⁸⁾; no es lícito grabar una conversación telefónica con otro presumiendo su consentimiento, dado que en todo momento se le puede preguntar si accede⁽²⁹⁾; y no se puede esterilizar sin preguntar a una mujer tras un parto con cesárea, ya que se le puede preguntar y además caben otros medios para prevenir el riesgo⁽³⁰⁾. Y como el consentimiento presunto es subsidiario del consentimiento real, no

(25) Así la doctrina mayoritaria, que se conforma con la probabilidad: *cf.*: RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/217; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/54; DE VICENTE REMESAL, *EJB*, 1995, 1508; en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, 294; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/127. En cambio, algunos exigen seguridad, p. ej. MIR, *PG*, 9.ª, 2011, Lec. 19, núm. 40, aunque en núm. 44 se conforma con la suficiente probabilidad *ex ante*.

(26) *Cf.*: LUZÓN PEÑA, *RGDP* 18, 2012, IV, 2, 3; *Lecciones DP, PG*, 2.ª, Valencia, Tirant, 2012, 22/88 ss., 97 ss.

(27) Así JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996 [*PG*, 5.ª 2002], § 34 VII 1; JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991 [*PG*, 1997], 15/16; HIRSCH, *LK*, 11.ª desde 1992, antes del § 32/139; DE LA MATA, *LH-Roxin* (Barcelona), 1997, 404, 433; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/23; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/221 s.; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/10; LACKNER/KÜHL, *StGB, Kommentar*, 27.ª, 2010, antes del § 32/21.

(28) Así ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/10.

(29) Así JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991 [*PG*, 1997], 15/16.

(30) Así, rechazando la decisión de BGH 35,246, que admitió consentimiento presunto para los médicos que practicaron la cesárea sin preguntar, GEPPERT, «Anmerkung zu BGH JZ 1988 1021», *JZ* 1988, 1024 ss.; MAURACH/ZIPF, *AT I*, 8.ª, 1992 [*DP, PG I*, 7.ª, 1994], § 28/12; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, 11.ª, Bielefeld, 2003, 17/121; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/221; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/12; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 27.ª, 2010, antes del § 32/21.

cabe admitirlo si consta la negativa expresa del titular del bien jurídico o cabe deducir de su actitud o posición anterior que se negaría o no consentiría de poder expresarse⁽³¹⁾.

d) Actuación en interés ajeno, pero también posible en interés propio

Normalmente el autor lleva a cabo la actuación en interés ajeno, del afectado, como cuando el médico opera a un paciente inconsciente. Pero también cabe que la actuación sea en interés propio del sujeto activo⁽³²⁾, porque se sepa que al afectado no le va a importar.

Así p. ej. una persona recoge en el jardín del vecino, que está de viaje, para comerla fruta caída al suelo, que se iba a echar a perder; o alguien, para no perder el tren y poder resolver un asunto importante, utiliza la bicicleta de un amigo ausente, lo que en el StGB alemán sería en principio utilización ilegítima de vehículo del § 248 b⁽³³⁾; esto sería atípico en el art. 244 CP⁽³⁴⁾, pero no si lo utilizado fuera una moto. O en el ej. de *Jakobs*: un amigo que se presenta sin avisar en la casa de otro, al estar lloviendo intensamente, espera al dueño de la casa en el garaje que no estaba cerrado⁽³⁵⁾, lo que sería allanamiento de morada si no hubiera consentimiento.

3. Precisión de los criterios de determinación de la presunción según las clases de decisión

ROXIN señala acertadamente que para saber si se puede presumir el consentimiento o no debe distinguirse según las clases de decisión y su trascendencia⁽³⁶⁾:

a) Actuación en interés ajeno

En primer lugar hay que plantear el supuesto en que es más normal pensar que el afectado puede consentir, es decir, cuando el autor obra en interés del sujeto pasivo.

(31) Así JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991 [*PG*, 1997], 15/16; DE LA MATA, *LH-Roxin* (Barcelona), 1997, 404; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/23; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 222; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/10 ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB, Kommentar*, 27.ª, 2010, antes del § 32/21; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/57. Hacen una excepción admitiendo consentimiento presunto aun con rechazo expreso del titular del bien jurídico si se debe a un conocimiento deficiente de la situación, de tal manera que, si la hubiera conocido correctamente, habría consentido MEZGER, *Tratado I*, 1946, 433; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP español*, *PG*, 18, 1995, 508; ARMAZA GALDÓS, *RDPCr* 1 1998, 127; *PG*, 2008, 669; citando esta posición pero sin pronunciarse CERESO, *Curso II*, 6.ª 1998, 348; *PG*, 2008, 669. Esta posición puede parecer en principio correcta por tender a averiguar la auténtica posición del afectado disponiendo de todos los datos, pero ciertamente corre el riesgo de prescindir de la auténtica voluntad del titular cuando es poco ilustrada, lo que no es aceptable.

(32) Así JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996, § 34 VII 1 b, p. 386 s.; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18 nm. 15 ss.; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/55.

(33) Ejs. de JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996, § 34 VII 1 b, p. 387; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/15.

(34) Lo destaca CERESO, *Curso II*, 6.ª, 1998, 347 n. 100; *PG*, 2008, 669 n. 100.

(35) JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991 [*PG*, 1997], 15/18.

(36) *Cfr.* ampliamente sobre todo lo que sigue ROXIN, *FS-Welzel*, 1974, 464 ss.; *AT I*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18 nm. 19 ss. Acoge tb. su planteamiento CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24, pp. 741 s.

1) *Decisiones vinculadas a la situación objetiva.* Se trata de supuestos en que la intervención del auxiliador no afecta, o sólo marginalmente, al ámbito de la configuración más personal de la vida del sujeto pasivo; p. ej. el citado caso de entrar en la vivienda ajena a cortar el paso del agua, o en caso de tormenta entrar en un jardín ajeno para poner los asientos a salvo del agua. La presunción se basará normalmente en ponderaciones generalizables, de modo que la regla será admitir el consentimiento presunto que favorece el interés objetivo claramente preponderante del titular del bien jurídico, dado que la intromisión sólo afecta a intereses suyos no esenciales, salvo que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del afectado.

2) *Decisiones vinculadas a la personalidad.* Aquí la intervención ajena sí afecta directamente al ámbito de la personalidad del sujeto pasivo. Dado que normalmente no se puede encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en la situación, sino que depende de la opinión sumamente individual del afectado, p.ej. si el vecino que está de viaje consiente o no en que le abran una carta urgente, resulta que si no hay circunstancias más concretas, no se puede saber si el vecino permitía o no al tercero leer sus cartas para no perder posibles negocios. Por ello la regla será la inversa a la de 1), o sea, que no se puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que fundamenten la suposición de que el sujeto pasivo está de acuerdo⁽³⁷⁾. Así señala ROXIN que un indicio de ello sería el que el marido o el jefe siempre le haya permitido en su ausencia a su mujer o su secretaria abrir las cartas, con lo que la esposa o secretaria pueden partir de su consentimiento presunto si al ausentarse aquél no dice nada⁽³⁸⁾; y lo mismo sucederá en el caso de si se puede castigar a los niños ajenos por delegación de sus padres⁽³⁹⁾ (ello presuponiendo que hay derecho de corrección paterno⁽⁴⁰⁾).

3) *Decisiones existenciales*⁽⁴¹⁾. Así cabe denominar a las decisiones que afectan a la salvación de la existencia misma, a la posibilidad de vida o muerte, como ocurre en las operaciones a personas que están inconscientes. Dado que es lo que prefiere la gran mayoría de las personas, la regla será que se puede justificar por consentimiento presunto (como requisito del ejercicio legítimo de la profesión médica) una operación que salva la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad; pero pueden darse excepciones: no cabe consentimiento presunto si es posible esperar a que el paciente recupere la consciencia, o si el paciente, cuando anteriormente estaba consciente, ha rechazado la operación.

(37) Así ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/21 ss.; RÖNNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 224; siguiendo a Roxin CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

(38) Así ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/21; RÖNNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 224; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

(39) Así ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/21 ss.; RÖNNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/224.

(40) Sobre la discusión actual tras los cambios legislativos y mi posición afirmativa *cf.* LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 25/48 ss.

(41) *Cfr.* ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/24 ss.; RÖNNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/224 s.; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

b) Actuación en interés propio

Como señala ROXIN⁽⁴²⁾, aquí la situación es igual que en las decisiones vinculadas a la personalidad, es decir, que en principio no habrá consentimiento presunto salvo que circunstancias concretas permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo con que el autor obre en su propio interés, como en los casos vistos *supra* IV.2.d).

V. AUTORIZACIÓN OFICIAL. CONCEPTO. ÁMBITO: TIPOS A LOS QUE ES APLICABLE

La autorización oficial (o de la autoridad⁽⁴³⁾) supone el permiso, consentimiento o anuencia para una conducta en principio típica por parte de la autoridad estatal competente, que según los casos será la autoridad administrativa o gubernativa o habrá de ser la autoridad judicial; dicha autorización oficial exime de responsabilidad a la persona autorizada, que puede ser un ciudadano o administrado o a veces otro funcionario.

Como, a diferencia de la obediencia debida, la conducta está solamente autorizada o permitida pero no ordenada, no hay un deber u obligación de cumplirla, sino que el particular puede realizarla, con el efecto, como ahora veremos, de licitud o ausencia de antijuridicidad de su conducta (que puede ser incluso atipicidad de entrada o al menos justificación, ejercicio de un derecho) o en otros casos con eficacia sólo eximente, excluyente sólo de la tipicidad penal.

La autorización oficial del Estado en sentido amplio (incluyendo los entes territoriales menores: regionales, provinciales o municipales, o las administraciones institucionales) puede operar por una parte en *delitos contra bienes jurídicos supraindividuales o colectivos*, sean estatales o comunitarios. En dichos tipos la autorización o anuencia de la autoridad estatal u oficial competente significa la anuencia o permisión de la conducta bajo ciertos requisitos y condiciones por parte del ente público que representa a la comunidad que es directa o indirectamente titular del bien jurídico colectivo o comunitario; por tanto en estos casos es la **institución paralela al consentimiento** del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales (hasta tal punto que en algunos tipos se denomina autorización al consentimiento del particular, p. ej. en los delitos contra la propiedad intelectual o industrial: arts. 270.1 y 2, 275).

Por otra parte, la autorización oficial también puede excepcionalmente permitir la conducta en algunos *tipos delictivos contra bienes jurídicos individuales*. En estos supuestos generalmente se tratará de *autorización judicial* de ciertas injerencias en derechos y en general bienes jurídicos del ciudadano, generalmente como medidas cautelares practicadas por los agentes de la autoridad y necesarias para la salvaguarda de intereses preponderantes

(42) Así ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006 [*PG I*, 1997], § 18/28 s.; siguiéndole CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

(43) En el idioma español «autorización de la autoridad» no se suele usar, porque suena casi redundante al ser dos palabras con la misma raíz; en alemán sí se dice autorización de la autoridad: «behördliche Genehmigung» (o «behördliche Erlaubnis»: permiso de la autoridad), pero porque ambos vocablos tienen raíz totalmente distinta, y no se suele usar autorización oficial, que sería «amtliche Genehmigung».

como p. ej. la persecución e investigación de delitos, garantizar la comparecencia ante la Justicia, impedir la comisión de ilícitos, etc.; así la autorización judicial de la entrada y registro del domicilio o de efectos personales, de la interceptación de las comunicaciones, de la coacción para impedir manifestaciones ilegales, desórdenes públicos, etc. (art. 172.1: coacción «sin estar legítimamente autorizado») o incluso de la detención o privación de libertad provisional. Pero en otras ocasiones se trata de una *autorización administrativa*, de una autoridad que p. ej. actúa tutelando los intereses del menor o incapaz, como la anuencia de la autoridad en defecto de los padres o tutores en la entrega a otros del menor o incapaz en el art. 231 (en ocasiones tiene el mismo sentido de tutela y garantía de los intereses del incapaz la autorización judicial como la prevista en el art. 156 para la esterilización de incapaces).

VI. UBICACIÓN SISTEMÁTICA (NATURALEZA) DE LA AUTORIZACIÓN OFICIAL: EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD O EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

1. Posiciones doctrinales: exclusión de la tipicidad o justificación; la llamada accesoriad administrativa del Derecho penal

En la doctrina, sobre todo la alemana, que en las últimas tres décadas ha ido prestando cada vez más atención a la figura de la autorización oficial como eximente, sobre todo en el Derecho penal medioambiental, son mayoritarias las posiciones que distinguen clases de autorización y consideran que en unos casos es causa de exclusión de la tipicidad, pero en otros causa de justificación. Al hilo de esa cuestión se ha debatido también intensamente si rige o no la accesoriad administrativa del Derecho penal en este campo, es decir, si la autorización oficial, para operar como eximente en Derecho penal, ha de cumplir también o no los requisitos de validez de la autorización en Derecho administrativo⁽⁴⁴⁾.

Así se sostiene que la autorización oficial es causa de exclusión de la tipicidad, en primer lugar en los supuestos en que, al igual que sucede en el acuerdo o asentimiento del particular, la actuación contra la voluntad de la autoridad es presupuesto del tipo, como sucede si el permiso de la autoridad para entrar en instituciones públicas excluye el allanamiento del § 123 StGB. Y que también lo es en segundo lugar en las denominadas «prohibiciones preventivas con reserva de permiso», en las que la conducta es en sí misma socialmente aceptada y el deber de autorización sólo sirve para un control preventivo respecto de posibles peligros, p. ej. en la conducción de vehículos que sin permiso es delito, pero con permiso no lo es, o en el tráfico con estupefacientes autorizado por las autoridades sanitarias.

En cambio la doctrina mayor sostiene que en las llamadas «prohibiciones represivas con reserva de permiso», esto es en tipos en los que sólo excepcionalmente se autoriza una conducta desaprobada por regla general, la autorización oficial no excluye ya la tipi-

(44) Sobre todo esto y lo que sigue, entre la amplísima doctrina existente de la que es muestra la seleccionada en la bibliografía, *cf.* WINKELBAUER, *NSiZ* 1988, 201 ss.; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006, § 17/58 ss.; *PG I*, 1997, § 17/42 ss. No obstante, una opinión minoritaria (FRISCH, *Verwaltungsakzesorietät*, 1993, 60 ss.; SCHWARZ, *GA* 1993, 318 ss.) sostiene que la autorización oficial excluye siempre la tipicidad.

cidad, sino que opera como excepción, o sea como causa de justificación. Sin embargo, una opinión minoritaria mantiene que incluso en estos tipos la autorización excluye ya la tipicidad si en el caso concreto están excluidos los peligros normalmente existentes, así p. ej., si la autoridad autoriza la aceptación de un regalo por un funcionario⁽⁴⁵⁾. Y desde luego se considera causa de justificación la autorización oficial en las prohibiciones represivas con reserva de permiso cuando una conducta en sí nociva e indeseada se justifica en consideración a otros intereses preponderantes, como sucede en los sistemas con delito de juegos prohibidos con la autorización excepcional de algunos juegos por razones fiscales, o en la autorización excepcional por razones de seguridad de la tenencia de armas por particulares, etc.

2. Posición propia: exclusión de la antijuridicidad (atipicidad por falta de relevancia jurídica o justificación) o exclusión de la tipicidad penal

a) Distintas clases de autorización

En los delitos indicados contra bienes jurídicos colectivos y en algunos contra bienes jurídicos personales, la autorización oficial, judicial o administrativa, tiene eficacia eximente, que unas veces es mencionada expresamente en el tipo correspondiente, y otras sólo va implícita, por deducirse de su sentido o derivarse de otras normas generales. Pues bien, la autorización oficial puede tener distinta naturaleza y ubicación sistemática: o causa de atipicidad excluyente *ab initio* de relevancia jurídica, o bien una causa de justificación, o finalmente causa de exclusión sólo de la tipicidad penal.

En los tipos que mencionan expresamente la ausencia de autorización, unas veces requieren que se trate de la autorización «debida» o válida jurídicamente (administrativamente o en la correspondiente rama jurídica), en cuyo caso exigen ya una causa de exclusión de (toda) la antijuridicidad para la exención penal (por tanto no es superflua la utilización de ese adjetivo en algunos tipos, como a veces se dice); pero otras veces se limitan a formular que se actúe «sin autorización» (o expresión similar: sin anuencia, permiso, licencia) o sin «estar autorizado»⁽⁴⁶⁾, en cuyo caso es una cuestión de interpretación del tipo correspondiente si pese a todo se exige igualmente para la exención una autorización administrativamente válida o si por el contrario la exclusión de la tipicidad penal puede producirse no sólo por la debida autorización, sino también por una autorización oficial fáctica aunque no sea plenamente válida jurídicamente. Cuando esa sea la interpretación de la figura típica, la autorización fáctica será una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, pero no de la antijuridicidad, pero si concurre en ese tipo la debida autorización, entonces naturalmente ésta excluye no sólo la responsabilidad penal, sino ya toda la antijuridicidad. En los tipos que no mencionan expresamente la ausencia de autorización, pero en los que se desprende de su sentido o de las normas generales que la autorización es eximente, nue-

(45) Mantiene esta posición minoritaria para esos casos ROXIN, *AT I*, 4.^ª, 2006, § 17/61; *PG I*, 1997, § 17/45, siguiendo a WINKELBAUER, *NSz* 1988, 202 s.

(46) Una detallada relación de tipos del CP y de leyes especiales que contienen la referencia expresa a que sea una actuación no autorizada (requiriendo unas veces que no esté debidamente autorizada, y otras simplemente que no esté autorizada) puede verse en LUZÓN PEÑA (dir.)/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (coord.)/DE VICENTE/PAREDES/OLAIZOLA, *Código Penal*, Madrid, La Ley, 2012, Índice analítico, voz «Autorización».

vamente será cuestión de interpretación si basta con la autorización fáctica o si es preciso una autorización válida, pero probablemente lo normal es que para la exención se requiera una autorización válida.

b) Autorización debida o válida: causa de atipicidad o de justificación

Cuando se trata de la **debida autorización** oficial, plenamente **válida** jurídicamente, para llevar a cabo esa actuación, tal autorización excluye toda la antijuridicidad de la conducta; lo que ocurre, o bien cuando el propio tipo requiere para la exención autorización válida, la debida autorización (p. ej. arts. 359: sin hallarse debidamente autorizado; 345 y 415: sin la debida autorización; 590.1: actos que no estén debidamente autorizados; 336: sin estar legalmente autorizado; 632.2: no autorizados legalmente), o bien cuando basta cualquier autorización oficial pero en el caso concreto concurre una autorización válida. Y ello a su vez significa: O bien que supone ya una **causa de atipicidad** excluyente de entrada del tipo indiciario por falta de toda relevancia jurídica y por tanto ausencia de indicio de todo injusto (porque no hay lesión o afectación del bien jurídico, dado que ya es presupuesto del tipo una actuación contra la voluntad de la autoridad, en otras palabras, dado que lo que se tipifica es precisamente actuar contra la voluntad de la autoridad y ésta autoriza válidamente; o porque la afectación no es jurídicamente relevante por adecuación social); o bien significa que la autorización válida constituye una **causa de justificación** (de una conducta en principio típica por haber afectación relevante del bien jurídico y permitida excepcionalmente por la ponderación de otros intereses concurrentes), y no es sino una manifestación más del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20, 7.º) por parte del particular que cuenta con la debida autorización, o de derechos del cargo (tb. art. 20, 7.º) por parte del funcionario que actúa con la debida autorización.

Así, excluye ya la tipicidad, y no sólo la antijuridicidad, por falta de entrada de toda relevancia jurídica, en primer lugar la autorización válida que excluya la afectación del bien jurídico: la lesión o el peligro para bienes jurídicos; ello sucede efectivamente cuando lo que se tipifica es actuar sin la debida autorización oficial que excluye la lesión o la peligrosidad para el bien jurídico: así ocurre en el art. 203 con la autorización por el titular, la autoridad competente, de la entrada en el domicilio de una persona jurídica pública, donde no se vulnera la capacidad de exclusión del acceso al edificio público y tampoco, a diferencia del allanamiento de morada privada, se ve afectada la intimidad de los moradores; o en la conducción sin permiso del art. 384, 2.º cuando se cuenta con el debido permiso o licencia de conducción, pues no hay desobediencia a la prohibición administrativa y el permiso garantiza la no peligrosidad de la conducción para la seguridad viaria, o, si se prefiere afirmar que subsiste peligrosidad pese al permiso, éste garantiza que no se supere el riesgo permitido con carácter general; o en el art. 231 con la anuencia de la autoridad en defecto de los padres o tutores en la entrega a otros del menor o incapaz por quien tiene a su cargo su crianza o educación, pues si la autoridad, que representa los intereses del menor y tiene la capacidad de decidir sobre su situación, presta su anuencia a tal entrega a un tercero o un establecimiento público tras examinar adecuadamente lo más conveniente para el menor o incapaz, no se ven afectados los intereses de éstos en cuanto a su adecuada crianza o educación.

En segundo lugar será causa de atipicidad por ausencia de entrada de cualquier relevancia jurídica cuando la conducta autorizada sí suponga afectación de bienes jurídicos,

pero precisamente realizada con la debida autorización sea una conducta socialmente (y jurídicamente) adecuada, absolutamente normal con carácter general. Así puede haber una cierta afectación del bien jurídico, pero es socialmente adecuada y normal si se da la debida autorización oficial, p. ej. dentro de las usurpaciones en la distracción de aguas de uso público o privativo de su curso o de su embalse del art. 247, pero efectuada con una autorización válida, y lo mismo ocurre cuando concurre esa autorización en la conducta de otro modo constitutiva de delito urbanístico del art. 319.1: construcción (típica si es no autorizada) en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural; incluso en la conducta antes mencionada del art. 384, 2.º, si se considera que pese al permiso de conducir hay en la conducción de vehículos una cierta afectación potencial del bien jurídico seguridad vial por haber peligrosidad aunque no rebase riesgo permitido, en todo caso tal conducción con permiso está absolutamente cubierta por la adecuación social y jurídica y por ello es atípica de entrada.

En cambio, la autorización válida será una causa de justificación, de ejercicio legítimo del derecho o del cargo, cuando pese a ella la conducta suponga una afectación de bienes jurídicos y jurídicamente relevante por no ser socialmente adecuada y normal, pero esté excepcionalmente autorizada por la ponderación que la autorización supone de otros intereses concurrentes en el caso concreto. Así sucede con la autorización judicial de escuchas telefónicas o de registros domiciliarios, o con la autorización excepcional de la elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos del art. 359, o en el 368 la autorización de los actos médicos de facilitación del consumo de drogas o estupefacientes a drogadictos para deshabituación o su control médico-sanitario (el precepto castiga facilitar «el consumo ilegal», lo que no se da si es debidamente autorizado), pues no parece que la realización de tales conductas peligrosas para la «salud pública» pueda considerarse algo absolutamente cotidiano, intrascendente y normal y por ello socialmente adecuado, pero se autoriza excepcionalmente por considerarse más importantes en la ponderación de intereses en colisión las necesidades de la justicia en el primer caso, y los intereses industriales o comerciales y los médico-sanitarios en el segundo y tercer casos, unidos al suficiente control de otros riesgos por medidas de control.

En ambos grupos de casos, tanto los de atipicidad por ausencia de entrada de relevancia jurídica como en los de justificación, la autorización oficial (de modo paralelo a los de consentimiento excluyente ya del tipo indiciario y a los de consentimiento justificante) ha de ser plenamente válida, tanto en su conformidad a los requisitos jurídicos materiales y formales como en la ausencia de vicios fácticos (relevantes) del conocimiento o voluntad de la autoridad, como se insistirá *infra* VII.1.

c) Autorización fáctica no plenamente válida: causa de exclusión sólo de la tipicidad penal en ciertos delitos

Cuando los tipos hablan simplemente de actuar sin autorización, sin requerir que sea debida o válida, y lo mismo puede suceder (aunque quizás más raramente) en tipos que no mencionan expresamente la autorización pero en que puede deducirse de su sentido que la autorización oficial opera como eximente, la interpretación de los mismos puede a veces llevar a la conclusión de que, a diferencia de los supuestos anteriores, la exclusión de la

tipicidad penal puede producirse no sólo por la debida autorización, sino también por una autorización oficial fáctica aunque no sea plenamente válida jurídicamente —de modo paralelo a lo que sucede en el consentimiento, es decir, a los casos de tipos que para la exigencia se conforman con un asentimiento, acuerdo o conformidad puramente fácticos—. Cuando esa sea la interpretación de la figura típica, la autorización fáctica será una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, porque pese a tener algún vicio la autorización administrativa la conducta de todos modos estaba autorizada y por tanto ya no es típica —por ello castigarla vulneraría el principio de legalidad penal⁽⁴⁷⁾—, pero desde luego subsistirá un ilícito extrapenal con la posible responsabilidad administrativa, civil, etc. No obstante, esa ilicitud no es considerada lo suficientemente grave por el tipo penal, en virtud del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, como para calificarla como delictiva. Sobre qué grado de vicios es compatible con tal exclusión de la tipicidad penal según los diversos tipos *vid. infra* VII.2.

Así p. ej. se puede entender que se conforman con una autorización oficial real aunque no sea plenamente válida para que la conducta ya no sea penalmente típica: el art. 319.1, que antes de su reforma por LO 5/2010 castigaba «la construcción no autorizada» (a partir de 2010 ya habla de «no autorizables») en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, lo que puede desprenderse del hecho de que el ap. 2 del mismo art. 319 castiga la «edificación no autorizable» en suelo no urbanizable, es decir, no simplemente no autorizada, sino no susceptible de la debida autorización; o que ello sucede igualmente en el art. 2.1.e) de la LO 12/1995, de represión del Contrabando, el sacar del territorio español bienes que integren el patrimonio histórico español «sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria», donde cabe interpretar (aunque sea ciertamente opinable) que basta autorización estatal fáctica aunque no sea plenamente válida, dado el contraste entre la redacción de este requisito y la redacción de otras letras de ese art. 2.1, que en cambio requieren una conducta sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, y sobre todo la letra j), que considera punible no sólo la conducta no autorizada, sino también la autorizada pero con una autorización viciada: exportar material de defensa o de doble uso «sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta... o de cualquier otro modo ilícito»; o también en el art. 203 con la autorización por el titular, la autoridad competente, de la entrada o permanencia en el domicilio de una persona jurídica pública, al decir el precepto que tal conducta sea «contra la voluntad del titular», en lo que cabe interpretar que, de modo paralelo a lo que sucede en el allanamiento de morada particular del art. 202, para la exclusión de la tipicidad penal basta con que se cuente con la voluntad fáctica del titular aunque no sea plenamente válida.

(47) Así lo señalan en la doctrina alemana: p. ej. RENGIER, *ZStW* 101, 1989, 39 ss.; FRISCH, *Verwaltungsakzesorietät*, 1993, 60 ss.; SCHEELE, *Zur Bindung des Strafrichters*, 1993, 137 ss., respecto de los fallos jurídicos que no hagan evidentemente nula la autorización, pero no para los vicios de la voluntad; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006, § 17/67; *PG I*, 1997, § 17/47. Este último señala que en cambio si la autorización es causa de justificación y concurren vicios en la misma se puede rechazar la exención por abuso del derecho y que con ello no se vulnera el principio de legalidad porque éste no rige estrictamente en las causas de justificación; en Derecho español no hace falta acudir a la construcción del abuso del derecho, sino que directamente, si la autorización está viciada y no es válida jurídicamente, la conducta autorizada no puede ser plenamente conforme a Derecho y desde luego no es ejercicio legítimo de un derecho, por lo que no se plantean problemas de principio de legalidad.

VII. REQUISITOS DE LA AUTORIZACIÓN OFICIAL

1. De la exclusión de la antijuridicidad («accesoriedad administrativa» del Derecho penal)

Ya hemos visto con diversos ejemplos que a veces los propios tipos exigen para la exención que la conducta esté debida o legalmente autorizada, pero que también en otros tipos que se conforman para la exención con que la conducta esté autorizada, en el caso concreto la autorización concurrente puede ser plenamente válida. En ambos supuestos, el que exista plena exclusión de la antijuridicidad, o con atipicidad de entrada por falta ya de relevancia jurídica o bien con justificación (ejercicio legítimo de un derecho o del cargo), porque haya autorización jurídica, legal, y no sólo autorización administrativa (o procesal) *de facto*, requiere obviamente que la autorización sea plenamente válida jurídicamente, que sea la debida autorización. En efecto, *para la exclusión total de la antijuridicidad sí rige la «accesoriedad administrativa del Derecho penal»*⁽⁴⁸⁾, por propia voluntad del Derecho penal en los tipos en que éste requiere para la exención autorización válida, y en los restantes supuestos porque para la plena exclusión de toda la antijuridicidad, y no sólo del ilícito penal, rige, aquí sí, la coherencia con «la unidad del ordenamiento jurídico» y ausencia de contradicciones entre sus diversas ramas para la permisón o juridicidad de una conducta⁽⁴⁹⁾.

Ahora bien, la validez de la autorización no es incompatible con alguna irregularidad jurídica no invalidante, o sea de las que no provocan ni siquiera anulabilidad del acto administrativo, en este caso la autorización, o con algún pequeño vicio o irregularidad en la motivación fáctica de la autorización, pero que no llegue a vicio invalidante en las otras ramas del Derecho.

Sobre cuáles son esas meras irregularidades no invalidantes, o sea, que no producen nulidad ni anulabilidad, hay que estar a lo dispuesto en el Derecho administrativo o, cuando se trata de autorizaciones judiciales, en el Derecho procesal⁽⁵⁰⁾.

2. De la exclusión sólo de la tipicidad penal (no «accesoriedad administrativa» del Derecho penal)

Ya he señalado que la cuestión de qué vicios jurídico-formales o materiales o incluso vicios de la voluntad de la autoridad, y hasta qué grado siguen siendo compatibles con estimar que pese a todo la conducta está autorizada y es penalmente atípica, es una cuestión de interpretación del tipo correspondiente y podría variar según los tipos (es por tanto una cuestión de la Parte especial).

(48) Cfr. con ulteriores referencias ENSENBACH, *Probleme der Verwaltungsakzesorietät*, 1989; HEINE, *NJW* 1990, 2425 ss.; ADPCP 1993, 289 ss.; ; FRISCH, *Verwaltungsakzesorietät*, 1993; SCHWARZ, *GA* 1993, 318 ss.; STRATENWERTH, *AT*, 4.ª, 2000 [*PG*, 4.ª, 2005], § 9/128 ss., § 12/45; RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/283 ss.; ROXIN, *AT* I, 4.ª, 2006, § 17/43; *PG* I, 1997, § 17/42; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/62; LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 22/142 ss.

(49) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 25/5.

(50) Sobre la influencia de esta cuestión en la obediencia debida cfr. LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 25/112 ss., 123 s.

Ello significa que *no es cierto con carácter general que deba darse la llamada «accesoriedad administrativa del Derecho penal»*, es decir la vinculación de éste a los requisitos de validez conforme al Derecho administrativo de las autorizaciones oficiales, porque *tal accesoriedad no rige en los delitos en que para la exclusión de la tipicidad penal basta una conducta autorizada aunque sea sin plena validez* de la autorización; si es así, aunque pese a la autorización fáctica subsista la ilicitud extrapenal: ilicitud administrativa y posible responsabilidad administrativa o en otra rama jurídica, el Derecho penal con sus propios criterios de *ultima ratio* no la considera suficientemente grave para ser también un ilícito penal, o sea, penalmente típica.

Dicha «accesoriedad», como se ha indicado, se dará por una parte si los tipos requieren —explícita o implícitamente— para su exclusión una autorización debida o válida, y por otra parte, en los que no la requieran, cuando se pretenda contar con una autorización plenamente excluyente de la antijuridicidad, para lo que habrá de ser válida. Pero cuando el tipo requiera simplemente conducta no autorizada sin exigir su validez y el sujeto quiera actuar sólo sin incurrir en responsabilidad penal, basta con que se le haya otorgado la autorización oficial aunque ésta no se ajuste a todos los requisitos de validez del Derecho administrativo (o de la correspondiente rama del Derecho): como siempre ocurre, el Derecho penal puede ser más exigente para incriminar ilícitos como ilícitos penales y por eso puede ser más generoso que otras ramas del Derecho a la hora de admitir causas de exclusión sólo de la tipicidad penal, del ilícito penal.

Según una opinión muy extendida, que se inclina a favor de la accesoriedad administrativa del Derecho penal, son abuso del derecho y por ello punibles las conductas cubiertas por una autorización oficial con vicios de la voluntad o jurídicos, aunque conforme al Derecho administrativo la autorización no sea nula, sino sólo anulable, como aprovecharse de una autorización oficial obtenida mediante engaño o amenazas, o también cuando se haya sobornado a la autoridad o en otros casos de cooperación colusiva (pactos ilícitos en daño de tercero), o de conocimiento de que el permiso es materialmente antijurídico. Por el contrario otro sector opina con razón que si la autorización excluye la tipicidad, todos o al menos muchos de esos supuestos constituyen conductas al fin y al cabo autorizadas oficialmente y por tanto penalmente atípicas⁽⁵¹⁾. A mi juicio, como ya he dicho, depende del sentido y finalidad de cada tipo de la parte especial la interpretación de qué grado de vicios de la autorización son pese a todo compatibles con la exclusión de la tipicidad penal; pero **hay un límite en el que no se dará tal exclusión: los vicios que den lugar a nulidad de pleno derecho**, no simple anulabilidad, de la autorización, pues las autorizaciones totalmente nulas equivalen a autorización inexistente, a falta de autorización⁽⁵²⁾.

(51) Cfr: para una exposición de unas y otras opiniones, defendiendo la segunda, ROXIN, *ATI*, 4.ª, 2006, § 17/48 s.; *PG I*, 1997, § 17/47.

(52) *Vid.* respecto de los supuestos de nulidad radical y sus efectos en la obediencia debida cfr: LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, § 25/123 s.

VIII. LA TOLERANCIA OFICIAL; LA SUSCEPTIBILIDAD DE AUTORIZACIÓN:
¿EFICACIA?

La simple tolerancia oficial de una actividad típica no equivale a su autorización. Desde luego no puede tener eficacia eximente cuando se trata de una tolerancia oficial claramente ilegal y corrupta de una actividad delictiva sobre la que la autoridad no tiene competencia ni capacidad legal para permitirla y, al contrario, debería perseguirla, p.ej. el narcotráfico, el tráfico ilegal de armas, el contrabando o incluso el cohecho. Ya he advertido además en otras ocasiones⁽⁵³⁾ que no debe confundirse la mera tolerancia oficial con la tolerancia social unánime o claramente mayoritaria de una conducta poco importante de las que podrían encajar en un tipo (no la tolerancia social de todo el tipo delictivo), que por razones de coincidencia con el principio democrático y con el de insignificancia sí excluye la tipicidad penal.

Distinta es la tolerancia oficial de una conducta que la autoridad sí sería competente para autorizarla expresamente en ciertas condiciones. Pese a todo dicha tolerancia no puede eximir, pues la prohibición legal existente en principio sólo puede ser exceptuada por resolución expresa y siguiendo el procedimiento administrativo establecido; el supuesto es sustancialmente igual a los casos de conductas no autorizadas pero autorizables, es decir susceptibles de autorización aunque no haya habido siquiera tolerancia oficial, y lo cierto es que la susceptibilidad de autorización tampoco sustituye a la autorización, porque se podría acabar prescindiendo del procedimiento de autorización si se pudiera eludir el mismo invocando la susceptibilidad de autorización⁽⁵⁴⁾. No obstante, algunos establecen excepciones y admiten la impunidad, fundamentada de diversos modos, si la conducta no sólo podía sino que debía haber sido autorizada y se deniega antijurídicamente el permiso⁽⁵⁵⁾; o para el caso de la tolerancia, o bien en general por considerar una infracción sólo formal la falta de autorización, o bien sólo en los casos en que se debía haber autorizado y no hay peligro para el bien jurídico⁽⁵⁶⁾.

(53) Así en LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad en DP*, Aranzadi, Pamplona, 1995, 29 s.; *Curso DP, PG I*, Madrid, 1996, 566 s.; *Lecciones PG*, 2.ª, 2012, 20/43.

(54) Este argumento y el anterior sobre la no eficacia de la tolerancia en ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006, § 17/67 y 66; *PG I*, 1997, § 17/50 y 49. No obstante, admite algunas excepciones que a continuación se indican. Aunque hay opiniones discrepantes, la doctrina mayor sostiene que la simple susceptibilidad de autorización no es suficiente para eximir, incluso aunque el acto debiera haber sido autorizado, lo que generará un derecho del ciudadano a reclamar administrativamente, pero no a la autotutela: *cfr.*, sosteniendo como principio esta opinión (y con ulteriores citas, tb. de las posiciones contrarias), RÖNNAU, *LK*, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/290 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/62.

(55) *Cfr.* SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 28.ª, 2010, antes del § 32/62 (en algún caso excepcional), 133; RUDOLPHI, *NSiZ* 1984, 198; BREUER, *Die Strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen aber nicht genehmigten Verhaltens*, 1988; ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006, § 17/66; *PG I*, 1997, § 17/49.

(56) En el primer sentido WINKELBAUER, *NSiZ* 1988, 203; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, 1995, 142; HÜTING, *Die Wirkung der behördlichen Duldung*, 1996, 203; en el segundo sentido más restrictivo ROXIN, *AT I*, 4.ª, 2006, § 17/67; *PG I*, 1997, § 17/50.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre consentimiento presunto:

- AHRENS, *Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund*, tesis doct. Göttingen, 1929.
- ARMAZA GALDÓS, «La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico», *RDPCr* 1 1998, 109 ss.
- ARNDT, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, Berlín, Duncker & Humblot, 1929.
- BACIGALUPO, «Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht», en Eser/Perron (eds.), III. *Deutsch-italienisch-portugiesich-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990*, Max-Planck-Institut f. a. u. i. Strafrecht Freiburg, 1991, 159 ss.
- «El consentimiento del lesionado en el DP y en la dogmática españoles», en Gimbernat/Eser/Perron (eds.), *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, 1995, 119 ss.
- *Principios de DP, PG*, 5.ª, Madrid, Akal, 1998, 211 ss.
- CEREZO MIR, *Curso de DP español, PG*, II, 6.ª, Madrid, Tecnos, 1998, 346 ss.
- *DP, PG*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2008, 667 ss.
- CUELLO CONTRERAS, *DP, PG I*, Madrid, Dykinson, 3.ª, 2002, IX/23 s., pp. 740 ss.
- DISPUT, *Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des Strafrechtlichen Tatbestandes*, Frankfurt, etc., Lang, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, *PG I*, 2.ª, 2007, 489 ss.
- GROPP, *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?*, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.
- HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Teil 1, Mannheim, Bensheimer, 1919.
- JAKOBS, *AT*, 2.ª 1991 [*PG*, 2.ª, 1997], 15/16 ss.
- JESCHECK, *AT*, 4.ª, 1988 [*Tratado PG*, 1981], § 34 VII.
- JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª, 1996 [*PG*, 5.ª, 2002], § 34 VII.
- KUHLEN, *Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*, FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.
- «Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen», *FS-Roxin*, 2001, 331 ss.
- «Der Ausschluß der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR* 2004, 227 ss.
- «Hypothetische Einwilligung und “Erfolgsrechtfertigung”», *JZ* 2005, 713 ss.
- LUDWIG/LANGE, «Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte – Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?», *JuS* 2000, 446 ss.
- LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón/Mir (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en DP*, Pamplona, Aranzadi, 1995, 21 ss.
- «Causas de atipicidad», en Luzón Peña (dir.), *Encicl. Penal Básica (EPB)*, Granada, Comares, 2002, 237 ss.
- «Vernünftige Annahme (objektiv unvermeidbarer Irrtum) und mutmaßliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschließungsgrund», *GA* 2006-5: *FG-Roxin*, 317 ss., 319 ss.
- «Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal», en: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal* (dir. Vieira), *CDJ* 2006-7, 359 ss., 370 s..

- «Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal», en: *El Derecho Penal del siglo XXI* (dir. S. Mir Puig), *CDJ*, 2007-8, 403 ss., 438 ss. = en *RGDP* 9, 2008 (electrónica: <<http://www.iustel.com>>), 1 ss., 23 ss. = *RDP* arg. 2008-1, 631 ss., 660 ss. = *LH-Vives*, 2009, 1189 ss., 1213 ss. = *LH-Figueiredo Dias II*, 2009, 631 ss., 657 ss.
- *Lecciones DP, PG*, 2.^a, Valencia, Tirant, 2012, 22/117 ss., 59 ss.
- «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *RGDP* 18, 2012, 1 ss.
- MARLIE, «Zum mutmaßlichen Einverständnis», *JA* 2007, 112 ss.
- DE LA MATA, «El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio», *LH-Roxin* (Barcelona), 1997, 387 ss.
- MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS* 89 1924, 207 ss.
- *Strafrecht*, 3.^a, 1949, § 29, 219 ss. = *Tratado I*, 1946, 413 ss.
- MITTSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg, Kovač, 2004.
- Die «hypotetische Einwilligung» im *ArztStrafrecht*, *JZ* 2005, 279 ss.
- MÜLLER-DIETZ, «Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung», *JuS* 1989, 280 ss.
- OTTO, *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, *Jura* 2004, 679 ss.
- PAEFFGEN, «Gefahr-Definition, Gefahr-verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich», *FS-Rudolphi*, 2004, 187 ss.
- RIEGER, *Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch*, tesis doct. Munich (1997), 1998.
- RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Tubinga, Mohr, 2001.
- *Leipziger Kommentar, StGB (LK)*, 12.^a, Berlín, de Gruyter, II, 2006, antes del § 32/214 ss.
- ROXIN, «Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten», *FS-H. Mayer*, 1966, 467 ss.
- «Über die mutmaßliche Einwilligung», *FS-Welzel*, 1974, 447 ss.
- *AT*, 4.^a, 2006 (*PG*, 1997), § 18 1 ss.
- RUDOLPHI, «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *GS-Schröder*, 1978, 73 ss.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB, Kommentar*, 28.^a, Munich, Beck, 2010, antes del § 32/54 ss.
- SICKOR, «Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht», *JA* 2008, 11 ss.
- STRATENWERTH, *Strafrecht*, *AT I: Die Straftat*, 4.^a, 2000, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Heymanns, § 9/29 ss.
- *Derecho Penal, PG I, El hecho punible*, trad. de la 4.^a ed., 2000 de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, § 9/29 ss.
- TIEDEMANN, «Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder», *JuS* 1970, 108 ss.
- DE VICENTE REMESAL, «Consentimiento y asentimiento», *EJB*, 1995, 1507 ss.
- «Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?», en: Luzón/Mir (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, 113 ss.
- «Consentimiento y asentimiento», en Luzón (dir.), *EPB*, 2002, 293 ss.
- YOSHIDA, «Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung», *FS-Roxin*, 2001, 401 ss.

ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970.

ZITELMANN, «Ausschluß der Widerrechtlichkeit», *AcP* 99 1906, 1 ss.

Sobre autorización oficial:

BREUER, *Die Strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen aber nicht genehmigten Verhaltens*, tesis doct. Univ. Trier, 1988.

DÖLLING, «Umweltstraftat und Verwaltungsrecht», *JZ* 1985, 461 ss.

ENSENBACH, *Probleme der Verwaltungsakzessorietät im UmweltStrafrecht*, 1989.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, «Infracciones extrapenales “cualificadas” en el CP español de 1995: problemas de interpretación», *RDPCr* 5 2000, 11 ss.

FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im UmweltStrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur Strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg, Müller, 1993.

GOLDMANN, *Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund*, tes. doct. Univ. Freiburg, 1967.

HEINE, «Verwaltungsakzessorietät des UmweltStrafrechts», *NJW* 1990, 2425 ss.

— «Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente», trad. de la Cuesta Aguado/Padrós, *ADPCP* 1993, 289 ss.

HUNDT, *Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht*, 1994.

ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por productos defectuosos*, pról. Silva Sánchez, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, 199 ss.

LENCKNER, «Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht», *FS-Pfeiffer*, 1987, 27 ss.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones DP, PG, 2.ª*, Valencia, Tirant, 2012, 22/133 ss.

MARX, *Die behördliche Genehmigung im Strafrecht*, 1993.

DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, Barcelona, Cedecs, 1996.

PERSCHKE, *Die Verwaltungsakzessorietät des UmweltStrafrechts etc.*, wistra 1996, 161 ss.

RENGIER, «Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht», *ZStW* 101 (1989), 874 ss.

RÖNNAU, *Leipziger Kommentar, StGB (LK)*, 12.ª, Berlín, de Gruyter, II, 2006, antes del § 32/273 ss.

ROXIN, *ATI*, 4.ª 2006, § 17 43 ss.

— *PG I*, 1997, § 17 42 ss.

RUDOLPHI, «Primat des Strafrechts im Umweltschutz», *NStZ* 1984, 193 ss., 248 ss.

— «Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Gewässerunreinigung», *FS-Lackner*, 1987, 863 ss.

SCHEELE, *Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte behördliche Genehmigungen im Umwelt Strafrecht*, Berlín, Duncker&Humblot, 1993.

SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB, Kommentar*, 28.ª, Munich, Beck, 2010, antes del § 32/61 ss.

SCHWARZ, «Zum richtigen Verständnis der Verwaltungsakzessorietät des UmweltStrafrechts», *GA* 1993, 318 ss.

STRATENWERTH, *AT*, 4.ª, 2000 [*PG*, 4.ª, 2005], § 9/128 ss., § 12/45.

WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät des UmweltStrafrechts*, Berlin, Duncker&Humblot, 1985.

— «Die behördliche Genehmigung im Strafrecht», *NStZ* 1988, 201 ss.

WON, *Behördliche Genehmigung als Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund im UmweltStrafrecht*, tesis doct. Würzburg, 1994.

Sobre tolerancia oficial:

ALTENHAIN, «Die Duldung des ungenehmigten Betriebens einer kerntechnischen Anlage», *FS-U. Weber*, 2004, 441 ss.

HALLWASS, *Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im UmweltStrafrecht*, tesis doct. Kiel, 1987.

— «Rechtmäßigkeit behördlich geduldeter Umweltbeeinträchtigungen?», en *Natur und Recht*, 1987, 296.

HÜTING, *Die Wirkung der behördlichen Duldung im UmweltStrafrecht*, 1996.

MALITZ, *Zur behördlichen Duldung im Strafrecht*, 1995.

ROGALL, «Die Duldung im UmweltStrafrecht», *NJW* 1995, 922 ss.

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN Y MEDIOS DE PRUEBA EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN

Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado

En la lucha contra el crimen organizado se hacen necesarias técnicas de investigación especiales que se adopten con carácter excepcional, así como medios de prueba que afectan de manera determinante los derechos fundamentales de los sometidos a ellas.

De entre todas ellas, por su importancia e insuficiente regulación, hemos destacado en el presente artículo los agentes encubiertos, las entregas vigiladas, la prueba de inteligencia, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y la prueba de ADN.

En el tratamiento de todas ellas no solo destaca la falta de regulación, sino, como consecuencia precisamente de ello, el tratamiento desigual de la jurisprudencia según cual sea el hecho delictivo perseguido, así como la diversa cooperación que ofrecen los Estados cuando son requeridos para ello, a través de sus autoridades policiales o judiciales.

Palabras clave: Agente encubierto, agente provocador, entrega vigilada, prueba de inteligencia, interceptación de comunicaciones telefónicas, prueba de ADN, SITEL.

ABSTRACT

Investigation proceedings and instruments of evidence in the fight against the organized crime

In the fight against organized crime are necessary special investigative techniques adopted exceptionally, as well as evidences that decisively affect the fundamental rights of those submitted to it.

Among all of them, by their importance and inadequate regulation, we have highlighted in this paper, the undercover agents, the controlled deliveries, the intelligence evidence, the interception of telephone communications and DNA test.

In the treatment of all not only highlights the lack of regulation, but precisely because of it, the unequal treatment of jurisprudence depending on the criminal act and the cooperation offered by different States when required to do so, through their police or judicial authorities.

Key words: Undercover agent, provoking agent, controlled delivery, intelligence evidence, the interception of telephone communications and DNA test, SITEL.

SUMARIO

- I. EL AGENTE ENCUBIERTO.
- II. LA ENTREGA VIGILADA.
- III. PRUEBA PERICIAL DE INTELIGENCIA.
- IV. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.
- V. PRUEBA DE ADN.

VI. LA CADENA DE CUSTODIA.

VII. DEFICIENCIAS EN LA ACTUAL REGULACIÓN.

I. EL AGENTE ENCUBIERTO

En la actualidad, en la lucha contra el crimen organizado dominan las técnicas con fuerte componente personal. Ello es debido a que las organizaciones criminales, como medida de autoprotección, se cierran en sí mismas con lenguajes propios, en los que el silencio ocupa un lugar principal. Por ello, la información sobre las organizaciones criminales es el instrumento primario y principal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para perseguir sus actividades⁽¹⁾.

Algunas de las técnicas de carácter personal de mayor importancia en la lucha contra la delincuencia organizada son los agentes encubiertos, las entregas vigiladas y la prueba de inteligencia.

En lo relativo al agente encubierto, consiste en la atribución de una identidad ficticia a un funcionario de policía, orientada a vencer las dificultades que supone la clandestinidad y opacidad propia de las estructuras de la criminalidad organizada. Se procede así al sacrificio parcial del derecho a la intimidad de los investigados, haciendo que un agente policial se inmiscuya, con la nueva identidad facilitada, en las relaciones y ámbitos privados en los que se oculta la organización. En definitiva, la razón última que puede justificar la utilización de este medio de investigación excepcional es la necesidad de averiguar las circunstancias relativas a la propia estructura, características, medios y personas que forman el entramado, en principio opaco y clandestino, de la organización criminal.

El agente encubierto en España se introduce en la LECr por mor de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECr, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves⁽²⁾. Con esta previsión legislativa se regula una técnica ya utilizada por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional⁽³⁾ como del Tribunal Supremo⁽⁴⁾.

Por su parte, en el ámbito internacional se reconoce su existencia en la Convención de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional. Según su artículo 20, son técnicas especiales de investigación las operaciones encubiertas, de tal modo que los Estados adoptarán las «medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a [...] las operaciones encubiertas, por sus autoridades com-

(1) PERALS CALLEJA, J., «Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto; confidente, regulación en España; validez de la prueba obtenida en el extranjero; problemas prácticos de la heterogénea regulación de la materia», en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 42, 2010, pp. 1 y 2.

(2) Por LO 15/2003, de 25 de noviembre, el 282 bis se modifica, al introducir entre el catálogo de delitos del apartado 4 los relativos a la propiedad intelectual o industrial.

(3) STC 11/1983, de 21 de febrero.

(4) STS 1570/1984, de 15 de noviembre.

petentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada». Asimismo, en el marco europeo, el artículo 14 del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000, prevé como investigaciones encubiertas las «investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa».

Las investigaciones encubiertas no son sino una técnica especial de investigación que, precisamente por partir del engaño generado por parte del Estado, deben ser contempladas de manera excepcional.

Siendo esto así, los Estados deben fundamentar la necesidad de recurrir a medios de investigación en cuya base se halla el recurso al engaño. Para ello se hace preciso que se prevea en las legislaciones de cada uno de ellos:

- a) La necesidad de que la medida deba ser autorizada por un juez o fiscal según el ordenamiento de cada país. El Estado, de oficio, y a través del órgano competente pertinente, debe evaluar la absoluta necesidad de infiltrar a un agente policial en una organización criminal y de proporcionarle una identidad supuesta, como presupuesto angular e inicial de legitimación de la medida.
- b) La incorporación con carácter general del principio de proporcionalidad para la adopción de esta técnica de investigación, con el fin de salvaguardar todas las garantías y asegurar su empleo verdaderamente excepcional. De modo tal que se tenga en cuenta para acordar la medida tanto la complejidad de la investigación a llevar a cabo como la índole del delito.
- c) Resulta absolutamente necesario dejar claro qué se entiende por agente encubierto, y diferenciarlo así con nitidez de otras figuras afines. Así, por agente encubierto cabe entender el agente de policía que se infiltra en una organización criminal⁽⁵⁾ con identi-

(5) Como bien expone PERALS CALLEJA, J., «Técnicas de investigación del crimen organizado...», *op. cit.*, pp. 23 y 24, la figura del agente provocador se asemeja impropiaamente a la figura del agente encubierto, pues se trata de un funcionario policial que se acerca a una organización o a un grupo de delincuentes escondiendo su condición de funcionario público, y finge intervenir en el delito y de esta manera provoca la consumación del mismo.

El agente provocador es el funcionario policial que provoca el delito, pero cuando el delincuente ya tiene la intención de cometerlo y ha resuelto hacerlo e incluso comienza la ejecución. Ello ocurre habitualmente en los delitos de tracto sucesivo, y mucho más claramente en los delitos de peligro abstracto o de mera actividad (caso de los delitos contra la salud pública).

Las diferencias entre agente provocador y encubierto son: primero, el agente provocador no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con la misma o con algún delincuente; en segundo lugar, el agente provocador no usa una identidad ficticia, pues se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes; en tercer lugar, al ser el engaño menor y la relación con los delincuentes más corta, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto; y en cuarto lugar, la finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información, ya que por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas está la desarticulación de una organización criminal.

Actualmente cabe diferenciar el delito provocado, que es impune, y la actuación del agente que interviene en la comisión del delito, permitido como medio de investigación y comprobación del delito. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 dice, respecto del delito provocado, que «resulta ante todo imprescindible el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en trance de comisión del concreto delito de que se trate, de modo que si la ejecución del mismo da comienzo sólo a partir de la intervención del funcionario o “agente provoca-

dad ficticia para recabar información, ya que por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas está la desarticulación de una organización criminal. A este respecto cabe mencionar la STS de 19 de noviembre de 2009, según la cual «La provocación delictiva es una inducción engañosa, es decir, supone injertar en otra persona el dolo de delinquir, y cuando esto se hace con la colaboración policial, se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión —elemento subjetivo— bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado —elemento objetivo—, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias —elemento material—, siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la actividad del agente encubierto provocador, figura regulada el art. 282 bis LECr, que tiene exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a la actividad delictiva, o como se dice, entre otras STS 1114/2002, “... cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir sancionar el delito”».

Por su parte, el *agente provocador* también es un agente de policía, si bien tiene, a diferencia del agente encubierto, un contacto limitado con una organización criminal o algún delincuente, escondiendo su condición de funcionario pero sin utilizar identidad ficticia, fingiendo intervenir en el delito, provocando de esta forma la consumación del mismo, con la finalidad de detener al delincuente.

Finalmente, se encuentra la figura del *arrepentido*, que es la persona que ha abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y ha colaborado activamente con las autoridades o agentes para impedir la producción del delito, obtener pruebas o evitar la actuación de las organizaciones a las que ha pertenecido.

- d) Otra de las cuestiones fundamentales es la delimitación del tipo de actuaciones que pueden desarrollar quienes se hallan infiltrados. Ello supone, no sólo definir claramente responsabilidades y posibles exoneraciones de carácter disciplinario, sino también, muy particularmente, la responsabilidad penal en que los mismos pudieran incurrir.

dor”, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención “provocativa” el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como “delito provocado”, de esa conducta ilícita y, por consiguiente, con fundamento en lo inadmisibles de dicha provocación por parte de las Autoridades entendida como contribución eficaz y determinante a la comisión de un delito, la procedencia de su carácter impune.

Pero cuando, como aquí, no es que se hubiese iniciado la ejecución del ilícito sin o que los actos realizados por los diferentes partícipes, poseyendo y trasladando la substancia prohibida, ya podían considerarse integrantes de la consumación de semejante infracción, el que uno de los funcionarios, en concreto un guardia civil, objeto de ofrecimientos constitutivos de cohecho, simulase, siguiendo instrucciones de sus superiores, atender a dichos requerimientos delictivos, a fin de colaborar en el completo conocimiento, y posterior acreditación, de las actividades de quienes pretendían corromperle, en modo alguno puede significar “provocación” para la comisión de un delito que, como decíamos, ya se había cometido antes de la intervención, por otro lado no buscada por él, del referido guardia que tan ejemplarmente actuó».

En España, se hallan exentos de responsabilidad criminal por los actos cometidos durante la investigación, consistentes en transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, siempre y cuando los actos sean consecuencia necesaria de la investigación, sean proporcionales y no constituyan un delito provocado⁽⁶⁾. Además, será preciso que se trate de actos posteriores a la autorización judicial, pues en caso contrario no estará protegido por la exención de responsabilidad penal.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de junio de 2007, según la cual «El llamado, como agente encubierto, D. ..., fue habilitado como tal mediante auto de 3 de julio de 2002, previo informe favorable del Ministerio Público, dentro de las Diligencias Previas 331/2000 del Juzgado Central de Instrucción Cinco.

Achacan los recursos a la actuación del ulteriormente llamado Agustín al que venía desarrollándola con anterioridad al 2 de julio de 2002. Ahora bien, el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de instigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda ser válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo.

El testigo fue sometido al interrogatorio de las partes durante el juicio oral, y, así, su testimonio a los principios de oralidad, inmediación y publicidad. Y no pudo encerrar indefensión para las partes acusadas el que no fuera interrogado durante la instrucción, pues el contenido del eventual objeto de sus declaraciones se desprendía del escrito de los folios 1363 y siguientes, unido al procedimiento en Sato del año 2002; y el Ministerio Fiscal propuso, como medios probatorios, junto a sus conclusiones provisional, la prueba testifical consistente en la declaración del agente encubierto de la guardia civil con identidad supuesta de Agustín «y, como documental, los folios 1116 a 1465; no se originó sorpresa alguna para las Defensas».

- e) Una última cuestión es la del valor probatorio de las informaciones y fuentes de prueba obtenidas por medio del agente encubierto. Esta problemática precisa de una importante delimitación y defensa de quienes se ven procesados por ellas. Así las cosas:
 - a) La información que obtenga el agente como resultado de su investigación la tendrá que poner en conocimiento del Juez o fiscal, aportándose al procedimiento, a fin de ser valorada por el órgano de enjuiciamiento⁽⁷⁾. De este modo, se valorará como prueba testifical, pudiendo mantenerse la identidad falsa con la que hubieran actuado en la investigación, siéndole de aplicación las medidas de protección de

(6) En este sentido *vid.* SSTS de 4 de marzo de 1992 y de 2 de julio de 1993.

(7) Según la STS de 5 de junio de 1999, «El problema procesal que suscitan los agentes encubiertos en o con respecto a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas se refiere, por lo general, a casos distintos del presente, en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencias las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado, sin que éste haya comparecido en el juicio oral. Pero, en la medida en la que el agente encubierto sea conocido por su real identidad por el tribunal, comparezca ante éste y sus manifestaciones tengan corroboraciones objetivas que permiten juzgar sobre su veracidad, no existen razones para excluir completamente la prueba basada en sus dichos».

la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos, salvo en lo relativo a la declaración en juicio bajo identidad supuesta, que como excepción a la ley podrán hacerlo⁽⁸⁾.

- b) Puede no ser aportada al proceso como medio probatorio y servir únicamente como inicio de la investigación. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo de 2010, según la cual «La jurisprudencia ha señalado que el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes no es absoluto. Entre otras cosas, el derecho no resulta vulnerado si la prueba que se deniega o que, finalmente, no se practica sin acceder a la suspensión del juicio oral, no es necesaria o no es posible.

En el caso, la testifical del agente encubierto no era posible, ya que no se pudo localizar su paradero tras la pertinente investigación, tal como se hace constar en la sentencia impugnada. Además no era necesaria, pues actos de valorar la justificación de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, la suficiencia del oficio inicial depende de su contenido escrito, y el cumplimiento del deber de motivación que incumbe al Juez puede ser comprobado mediante el examen del auto dictado, en su tenor literal en relación con el mencionado oficio policial».

En cualquier caso, si durante su investigación hubieren de verse afectados derechos fundamentales, deberán haber solicitado autorización judicial, a fin de que posteriormente pueda ser valorada como prueba. No obstante, en la práctica sucede que no siempre se solicita dicha autorización y en esos casos se plantea el problema de la validez probatoria de las actuaciones del agente.

En el caso de no hacerlo así:

- a) Si proceden a la entrada domicilio sin constar autorización judicial aun cuando sí consentimiento de quien en él mora, aunque viciado por el engaño en la identidad, el problema que se plantea es si el consentimiento está viciado por el engaño en la identidad del agente infiltrado, y por tanto la prueba es nula y lo que de ella derive. A este respecto, debemos tener en cuenta que la labor que el agente realiza es la propia de su investigación, con una finalidad proporcionada y legítima. Así se halla previsto en el Código Procesal alemán, en el que se permite al agente entrar en los domicilios de los investigados sin necesidad de autorización judicial concreta y previa cuando la actuación es consecuencia de la utilización de la identidad ficticia y si se entra con el consentimiento del titular del domicilio⁽⁹⁾.
- b) Cuando se lleve a cabo la grabación de la conversación mantenida por el agente infiltrado con los miembros de la organización. Dicha grabación no afecta al secreto

(8) Art. 282 bis. «2. Los funcionarios de la policía judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la LO 19/1994, de 23 de diciembre».

(9) PERALS CALLEJA, J., «Técnicas de investigación del crimen organizado...», *op. cit.*, p. 18.

de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad⁽¹⁰⁾; no obstante, considero que se halla amparada por la autorización judicial de la infiltración. Al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de diciembre de 1998, según la cual «dicha autorización ni siquiera era precisa ya que —tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la Sentencia de 27 de noviembre de 1997 con referencia a la 114/84 del Tribunal Constitucional— hemos de diferenciar el supuesto en que se graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18-3 CE, de aquél en el que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto al citado que —según dice la combatida— dicha norma se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma. Por ello, la grabación de las palabras del acusado en conversación con el agente infiltrado realizadas con el propósito de su posterior revelación y a virtud de la citada autorización judicial no vulnera derecho fundamental alguno».

También se puede plantear la validez probatoria de la grabación de la conversación mantenida por el agente infiltrado con los miembros de la organización. A su vez, cabe destacar la STS de 9 de noviembre de 2001, según la cual «debemos desechar la pretensión de que la grabación de la conversación en que los Agentes encubiertos simularon estar interesados en la compra de hachís suponga una infracción derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 CE. De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autora por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el artículo 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia, se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven».

(10) STS de 20 de febrero de 2006. «Al respecto, el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 2005 entiende que “no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste: (que graba también, por tanto, sus propias manifestaciones personales) la grabación en sí, al margen de su empleo ulterior, sólo podrá constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético derecho a la voz que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero”.

Esta doctrina está considerada en la jurisprudencia de esta Sala Segunda, que en las SS 11.5.94 y 30.5.95, tras aludir a la STC 114/84, precisaban “el secreto de las comunicaciones, recogido como derecho fundamental de la persona en el tan repetido art. 18. 3 CE, no alcanza a aquél con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarlo que ha considerado oportuno, sino que refiere al tercero que, ajeno a la conversación la intercepta de cualquier modo”».

Sin embargo, en esta misma sentencia se opina que sí cabe con semejante actuación conculcar el derecho a no declarar contra sí mismo: «Un problema diverso del que acabamos de considerar es el que plantea la posibilidad de que, grabando subrepticamente manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos, igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el artículo 24.2 CE. El riesgo evidentemente existe y es probable que, en el caso que estamos considerando, se concretase el riesgo en una lesión real de los citados derechos. Por esta razón, si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio, contenidas en la cinta en que se registró su conversación con los Agentes encubiertos, acaso nos encontraríamos ante una ausencia de prueba, por la prohibición “ex” art. 11.1 LOPJ de valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en cuyo caso la declaración de su culpabilidad hubiese infringido, como en este motivo se postula, su derecho a la presunción de inocencia. No son, sin embargo, aquellas declaraciones la única prueba que el Tribunal de Instancia pudo apreciar y valorar para llegar a convencerse de que el recurrente tenía en su poder una crecida cantidad de estupefacientes que destinaba a su difusión. Dicho convencimiento estuvo basado, ante todo, en el hecho material de la ocupación de la droga en poder de dos personas de las que racionalmente se podía pensar actuaban por cuenta del recurrente y, complementariamente, del relato que ofrecieron de su propia actuación los Agentes de la Guardia Civil que practicaron la detención de aquellos dos cuando intentaban entregarles la droga en la creencia de que eran también traficantes. E importa subrayar que estas pruebas, de claro sentido de cargo y sometidas a contradicción en el juicio oral, no estaban contaminadas por la violación de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a que ya nos hemos referido. Cualesquiera que fuesen los términos exactos en que el recurrente se expresó ante los Agentes encubiertos, la posterior actuación de éstos, poniendo de manifiesto que el recurrente tenía una importante cantidad de hachís con propósito de venderla, no estuvo determinada por una confesión realizada sin previa instrucción de sus derechos al confesante sino por la posterior decisión de éste de llevar a cabo la venta de la droga que tenía en su poder».

II. LA ENTREGA VIGILADA

Las exigencias de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 y el artículo 73 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 hicieron posible la redacción del artículo 263 bis LECr.

El artículo 1 de la Convención de Viena de 1988 define la entrega vigilada como «la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o sustancias por las que hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, los atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados en el artículo 3, párrafo 1 de la Convención».

Por su parte, el artículo 73 del Convenio de Schengen exige que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito

de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, no sin dejar a salvo la autonomía de la parte contratante en su territorio respectivo.

En el Derecho español, como hemos dicho, las entregas vigiladas de droga fueron reguladas en la LECr por medio de un nuevo artículo 263 bis, introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de Viena de 1988, sobre tráfico de drogas. Con posterioridad, este precepto se vio reformado por la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECr en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, a fin de que la figura de la entrega vigilada no quedara única y exclusivamente en el marco del tráfico de drogas, sino que se extendiera también a otras formas de criminalidad organizada.

A estos efectos, se entiende por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de contener drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

La finalidad es, una vez lleguen a su destinatario, descubrir e identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos de tráfico de drogas, o prestar auxilio a esos fines a autoridades extranjeras, porque sólo así puede atacarse con eficacia la cúspide de una organización criminal.

Se trata de una diligencia útil para identificar y aprehender a todos los implicados en una actividad delictiva que resulta compleja por la propia dinámica del tráfico ilícito de bienes.

En las entregas vigiladas no existen restricciones o limitaciones por razón del lugar de entrada al territorio de otro Estado, o de paso por él, de donde tanto puede producirse por fronteras terrestres como fluviales, marítimas o aéreas.

Se trata de una medida que normalmente se halla regulada en todos los Estados como mecanismo de investigación. No obstante, resultaría conveniente que su regulación, más allá de contemplarla y definirla, se desarrollase para dotarla de mayor seguridad jurídica. En especial, se hace preciso:

- a) Definir el ámbito en que dicha medida puede ser empleada para la investigación de delitos.
- b) Delimitar qué tipo de objetos y bajo qué condiciones pueden ser introducidos de forma controlada. Aunque con carácter general se prevé para el tráfico de estupefacientes, en el ámbito internacional se ha revelado como un mecanismo idóneo para otros tipos delictivos, tales como tráfico de armas, tráfico de animales protegidos y de bienes arqueológicos, entre otros.
- c) Completar cuál es el procedimiento (administrativo o judicial) que posibilite el control del desarrollo de la medida. Para la entrega vigilada en el ámbito Schengen, en operaciones que normalmente se organizan por y desde el punto de destino de las drogas, se exige la previa autorización del Estado de donde parten, del que

deben entrar desde el extranjero y, eventualmente, de aquél por donde deben circular las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas.

III. PRUEBA PERICIAL DE INTELIGENCIA

Como venimos poniendo de manifiesto, en la búsqueda de prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia condenatoria en hechos delictivos que presentan un importante grado de dificultad, se revela como fundamental la actividad policial. Ésta se contiene en el atestado, el cual, previa ratificación en juicio, se convierte en prueba testifical. No obstante, dicha naturaleza es harto dudosa cuando estamos en presencia de informes que recogen conclusiones policiales de una investigación en curso, por cuanto el funcionario no está relatando el hecho criminal por haberlo percibido por sí o por referencias, sino que, aplicando una determinada técnica cognoscitiva, procede a extraer unas conclusiones que están basadas, no sólo en los datos que se manejan en la investigación, sino también en la propia experiencia del funcionario y su leal saber y entender⁽¹¹⁾.

Estamos refiriéndonos pues al trabajo de inteligencia⁽¹²⁾, el cual se encuentra definido en la Exposición de Motivos y en el artículo 1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, como aquella labor de tratamiento y análisis de datos o información de la que puedan disponer los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o el Centro Nacional de Inteligencia tendente a prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones⁽¹³⁾.

A la vista de ello, entendemos que servicio de inteligencia es todo organismo del Estado que tiene como misión obtener, analizar e interpretar información no alcanzable por otros organismos sobre los riesgos y amenazas a la seguridad y las diversas oportunidades

(11) GUERRERO PALOMARES, S., «La denominada “prueba de inteligencia policial” o “pericial de inteligencia”», *Derecho y Proceso Penal*, núm. 25, 2011, p. 77.

(12) La inteligencia es definida por Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, como todo tipo de información o datos en poder de los servicios de seguridad; así como todo tipo de información o datos en poder de autoridades públicas o entes privados, de la que puedan disponer los servicios de seguridad sin tener que utilizar medidas coercitivas definidas de acuerdo con la legislación española —art. 2—. Según el art. 3 de esta misma norma, tendrán la consideración de servicios de seguridad competentes las autoridades policiales y aduaneras que estén autorizadas por el ordenamiento jurídico español para descubrir, prevenir e investigar delitos y actividades delictivas, así como para ejercer la autoridad y adoptar medidas coercitivas que sean designadas de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley, sin perjuicio de lo previsto en el apartado tercero del art. 1 de esta ley.

(13) Mediante Real Decreto 1558/77 se creó el Centro Superior de Información de la Defensa, el CESID, que fue el resultado de la fusión de las áreas de inteligencia y contraespionaje de la Tercera Sección de Información del Alto Estado Mayor y del Servicio Central de Documentación, los cuales se encargaban de la inteligencia interior y la lucha contra el terrorismo.

En sus inicios, el personal era exclusivamente militar, proveniente del SECED y del Alto Estado Mayor. Posteriormente se ha ido incrementando el número de civiles.

El Real Decreto 726/1981 encargaba al CESID «obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento de Defensa cuanta información fuera necesaria o interesara a la Defensa Nacional y al cumplimiento de misiones que a las Fuerzas Armadas encomienda el artículo 8 de la Constitución, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor».

de actuación existentes en el ámbito de lo secreto. El objetivo de dicha tarea es producir conocimiento (inteligencia), la cual se suministra al Gobierno, con el fin de permitir la toma de decisiones y hacer posible la prevención y la desactivación de dichos riesgos y el aprovechamiento de las oportunidades. Su trabajo puede ser descrito como el descubrimiento de lo que se desconoce mediante la búsqueda de indicios y el análisis y la valoración de lo hallado a partir de lo que ya se conoce, y todo ello dentro del ámbito de lo secreto⁽¹⁴⁾.

Por tanto, la esencia de la inteligencia es servir de apoyo a las autoridades en la toma de decisiones relativas a la seguridad y defensa del Estado. Implica poner a disposición del Ejecutivo, en tiempo oportuno, un conjunto de informaciones sobre los distintos objetivos marcados, debidamente contrastadas, valoradas e interpretadas y de utilidad para ejercer la acción del Gobierno tanto en su proyección exterior como en la interior⁽¹⁵⁾.

En algunos casos, este conocimiento policial se transfiere al órgano juzgador, supuesto en el que dichos informes han venido siendo conceptuados por la jurisprudencia como pruebas de inteligencia policial o pericial de inteligencia. Así bien, y a pesar de que la inteligencia criminal no persigue, en esencia, la resolución de un hecho delictivo, ya que no opera en el ámbito de los tipos penales, sino en la esfera imprecisa de la amenaza, del riesgo y de las situaciones predelictuales, ello no quiere decir que, en determinados supuestos, no se requiera de una operacionalización de la inteligencia desarrollada, o al menos parte de ella, para implementar un operativo policial destinado a la efectiva neutralización de la amenaza criminal o que en el transcurso del desarrollo del análisis de inteligencia aparezcan elementos susceptibles de su empleo probatorio⁽¹⁶⁾.

Así bien, de lo que no cabe duda es de que la información elaborada por Inteligencia es, sin lugar a dudas, prueba, y así lo avala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias 13 de diciembre de 2001 o de 19 de julio de 2002, según las cuales «estas investigaciones, y sus resultados expuestos en cada proceso por medio de informes escritos y luego trasladados al juicio oral mediante las declaraciones de sus autores, pueden tener valor como prueba de cargo, evidentemente no como una manifestación de las opiniones personales de éstos, sino por los documentos manejados que constituyen el fundamento de esas opiniones».

Partiendo de su naturaleza de prueba, la cuestión pasa por determinar si tales informes de análisis de información tienen naturaleza pericial⁽¹⁷⁾ o testifical⁽¹⁸⁾.

(14) PADILLA CAMPOS, J., «Servicios de inteligencia: secreto e información, tecnología y terrorismo», en *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, 2010, p. 94.

(15) GUDE FERNÁNDEZ, A., «Algunos apuntes acerca del Centro Nacional de Inteligencia», en *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela 2010, p. 82.

(16) SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., *Inteligencia criminal: una elección estratégica en clave de seguridad frente a la iniciativa de la delincuencia organizada*, en *Inteligencia estratégica y prospectiva* (coord. Rivera Velez, F.) Ecuador, 2011, p. 224.

(17) El Tribunal Supremo ha sostenido su naturaleza pericial en sentencias de 13 de diciembre de 2001, de 7 de junio y 19 de julio de 2002, de 29 de mayo de 2003, de 6 y 21 de mayo de 2004, de 22 de abril de 2005, 19 de enero de 2007.

En el mismo sentido, la STS de 1 de octubre de 2007, según la cual se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales.

(18) El Tribunal Supremo en otras sentencias —119/2007, de 16 de febrero; 556/2006, de 31 de mayo y 1029/2005, de 26 de septiembre— se inclina por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial, preci-

A este respecto, la cuestión estriba en considerar o no si tales informes incorporan razón de ciencia, arte o práctica que les corresponda conocer por la función que les está encomendada a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Desde luego parece que cabe entender que dichos informes sí incorporan razón de ciencia, pues sus autores, en cuanto tienen una larga experiencia adquirida durante los muchos años de investigación de las Fuerzas de Seguridad, en el transcurso de los cuales han ido acumulando datos sobre el funcionamiento del crimen organizado y sus miembros, pueden ser calificados como peritos. En este sentido se ha pronunciado decididamente el Tribunal Supremo, en varias sentencias⁽¹⁹⁾, en los siguientes términos: «A este respecto debemos destacar nuestras sentencias [...], que han declarado que tal prueba pericial de inteligencia policial cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los artículos 456 LECr, como el 335 LEC, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del artículo 741 LECr [...] La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, para valorar por el Tribunal de instancia conforme a los artículos 741 y 632 LECr y 117 CE. Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se interroga por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos».

De cualquier manera, la delimitación entre la condición de peritos de los funcionarios que emiten tales informes y la de testigos es sutil y no siempre fácil, debiendo analizarse caso a caso para constatar si, en efecto, se trata de una prueba de una u otra naturaleza, porque, como ya hemos dicho con anterioridad, es prueba.

sando que «es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo».

Algún autor, como GUERRERO PALOMARES, S., «La denominada “prueba de inteligencia policial” o “pericial de inteligencia”», *Derecho y Proceso Penal*, núm. 25, 2011, p. 85, también opina que no se trata de prueba pericial, y ello por cuanto en los informes de inteligencia no se aplica ninguna ciencia ni arte, por lo que dicho medio de prueba no encaja en el supuesto previsto en el art. 456 LECr. Así, parece que el Informe de Inteligencia no es más que una sistematización resumida de determinada documentación, calificada normalmente como ingente, y aderezada con determinadas opiniones que vierten los funcionarios de policía que elaboran este documento, con base en conocimientos adquiridos anteriormente sobre casos similares en aplicación del método de análisis policial inductivo, que da lugar a una verdad policial que se comparece mal con la verdad judicial que se emite por un tribunal de justicia.

(19) SSTs de 31 de marzo de 2010; de 1 de octubre de 2010; de 29 de mayo de 2003; de 13 de diciembre de 2001, y de 17 de julio de 1998.

A la vista de ello, no queda sino que el Tribunal deba analizar si la realidad o las conclusiones que constituyen el contenido de esta prueba eran o no obtenibles directamente por el Tribunal. Sólo si la respuesta es negativa, es decir, cuando la realidad o las conclusiones del supuesto informe no sean directamente obtenibles por el Tribunal valorando por sí el material que ha servido de base al informe, podrá afirmarse que se trata de una prueba pericial⁽²⁰⁾. Se trata, en definitiva, de constatar los extremos sobre los que se han pronunciado los peritos, su correspondencia o no con la tesis de las partes y, sobre todo, de dilucidar si eran necesarios conocimientos técnicos ajenos a la ciencia jurídica o al acervo del hombre medio para llegar a las conclusiones que se proponen⁽²¹⁾.

En consecuencia, no será una auténtica prueba pericial cuando:

- a) No aporte conocimientos prácticos distintos de una interpretación/valoración lógica a la que podría llegar o no el Tribunal mediante la valoración directa de las «fuentes de conocimiento» sobre las que se ha desarrollado la supuesta pericia⁽²²⁾.
- b) No sean más que meros transmisores de lo percibido por otro u otros sensorialmente.
- c) O simplemente actúen como clasificadores de la información incorporada a un conjunto de documentos.

En definitiva, el informe de inteligencia no podrá estar basado en apreciaciones sobre las circunstancias concretas del caso, esto es, en consideraciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, que pertenecen al género de las propias del común saber empírico, por lo que no podrán ser valoradas como prueba pericial⁽²³⁾.

Siendo esto así, se suscita la cuestión relativa al momento de determinación de la verdadera naturaleza de los análisis de información, el cual no se producirá hasta que sean

(20) SORIANO SORIANO, J.R., «El terrorismo y el Tribunal Supremo», en GÓMEZ COLOMER J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, p. 196, define la prueba pericial de inteligencia como aquella realizada por «expertos en lucha antiterrorista, que con apoyo abrumador en multitud de hechos objetivos, que a su vez reseñan y constatan, llegan a conclusiones que permite evidenciar circunstancias que no se descubren en un primer examen».

Este autor parece circunscribir este tipo de prueba a la lucha antiterrorista, como también lo hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de febrero de 2009. Sin embargo, en sentencias posteriores, como la de 31 de marzo de 2009, o las de 22 de mayo de 2009, de 13 de octubre de 2009, o de 31 de marzo de 2010, se amplía el ámbito objetivo. En esta última se concluye que «la pericial de inteligencia es un medio probatorio que no está previsto en la ley, pero que resulta perfectamente válido, elaborado por personas expertas en determinada clase de información, que auxilian al tribunal aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala».

(21) El artículo 11.1 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, atribuye a la policía, junto a la función de investigar delitos y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, la de «... elaborar los informes técnicos y periciales pertinentes».

(22) En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2011 se entendió que los informes de inteligencia no eran prueba pericial en cuanto «del examen de la documentación unida a los informes y del propio resultado del interrogatorio en el plenario de los comparecientes como peritos, concluimos que no estamos ante auténtica pericial pues los funcionarios actuantes lo que hacen es plantear al instructor una tesis tras el análisis de diferentes fuentes de conocimiento, todas escritas, salvo las conversaciones telefónicas intervenidas, que están transcritas».

(23) SSTs de 26 de septiembre de 2005 y de 19 de enero de 2007.

valorados tras el juicio. Ello supone que, en tanto presenten la apariencia o las notas características de prueba pericial, debe ser admitida con tal carácter, pues el perito contrae mayor obligación que el testigo, reforzando de este modo las garantías del justiciable.

Una de las cuestiones que se plantea es si cabe calificar de parciales los informes, por ser las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado quienes los emiten. Sin duda, podemos dudar de su imparcialidad si fueren emitidos como resultados de la investigación del hecho delictivo concreto de que se trate en el proceso en el que se introducen. Pero no es el caso, pues recordemos que, para estimar los informes de inteligencia como prueba pericial, no debe estar basada en las circunstancias concretas del caso⁽²⁴⁾, de ahí que no debamos dudar de la imparcialidad del emisor del informe.

En efecto, hemos de distinguir entre la investigación de un delito y la investigación de inteligencia. La primera se realiza con objeto de conseguir pruebas que acrediten la comisión de un delito. Por su parte, la investigación de inteligencia pretende facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, y asegurar la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones —art. 1 Ley 11/2002—. Para ello, el Gobierno determina y aprueba anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia, mediante una Directiva que tendrá carácter secreto —art. 3 Ley 11/2002—⁽²⁵⁾.

Por tanto, la función legal de este servicio no es la investigación de delitos concretos, sin perjuicio de que, si en el curso de sus labores, averiguan o tienen indicios de acciones delictivas, lo pongan en conocimiento de los órganos policiales y judiciales competentes. A pesar de ello, su actividad no va encaminada directamente al descubrimiento de delitos, ni tiene como condicionante la previa comisión de alguno.

Así bien, cabrá dudar de la imparcialidad de los agentes en su comparecencia en juicio oral, cuando acudan para ratificar los informes que realizan durante la instrucción de la causa, pues lo que se trata es de ratificar sus propias actuaciones. Como tal, no cabe pensar que pueden actuar en la condición de perito sometido a una exigible imparcialidad en su testimonio, que no concurriría en ellos, dada su parcialidad objetiva al defender su propia actuación como agentes de la autoridad.

En efecto, hay una clara distinción entre la obtención de pruebas y evidencias propias del ámbito de la investigación policial y las actividades de Inteligencia. La clave reside en asumir que la Inteligencia criminal no consiste en perseguir delitos o crímenes para su posterior enjuiciamiento. Su finalidad última no dista en esencia de la concepción clásica de inteligencia salvo por su especialización derivada de su concreto objeto de análisis, de obtener información y elaborar inteligencia, a fin de que el decisor pueda tomar las decisiones adecuadas para preservar la seguridad frente a riesgos o amenazas de carácter criminal.

Por su parte, la naturaleza preventiva de la inteligencia criminal hace que su actividad sea permanente. No reacciona ante la comisión de un delito, sino que opera en un *continuum* constante sobre toda persona, actividad u organización que pueda parecer sospechosa de constituirse en una amenaza o implique un riesgo para la seguridad. Cuando la

(24) STS de 30 de marzo de 2009.

(25) STS de 29 de diciembre de 2010.

inteligencia llegue tarde, el delito ya se ha cometido, por lo que el trabajo de inteligencia ha resultado infructuoso y el hecho delictivo efectivamente materializado pasa a ser objeto de trabajo de la investigación criminal.

De esta manera, la inteligencia criminal tiene por objeto el alertar sobre las actividades criminales antes de que estas se produzcan. A lo sumo es factible identificar simultáneamente su utilidad en clave instrumental (Inteligencia operativa e Inteligencia técnica, esto es, como medio de apoyo para desarrollar la actividad policial de persecución del delito), y como producto final (Inteligencia estratégica, es decir, como un fin en sí mismo para informar la decisión a tomar), en función de las necesidades a cubrir⁽²⁶⁾.

En definitiva, la inteligencia criminal no persigue, en esencia, la resolución de un hecho delictivo. No opera en el ámbito de los tipos delictivos, sino en la esfera de la amenaza, del riesgo y de las situaciones predelictuales. Esto no quiere decir que, en determinados supuestos, no se requiera de una operacionalización de la inteligencia desarrollada o al menos parte de ella, para implementar un operativo policial (inteligencia operacional) destinado a la efectiva neutralización de la amenaza criminal, o que en el transcurso del desarrollo del análisis de inteligencia aparezcan elementos susceptibles de su empleo probatorio en el contexto judicial.

En los casos en los que el informe puede considerarse prueba pericial, se ha puesto en duda la imparcialidad de los agentes de inteligencia, por el hecho de su adscripción al Ministerio del Interior y su presunta vinculación al éxito de la investigación desarrollada. Así se entiende en el Derecho alemán, en el que se prevén tres tipos de informes periciales. Entre los elaborados por organismos públicos —art. 251 StPO— se excluyen los provenientes de los órganos responsables de la persecución penal. De hecho, de ordinario, los informes periciales se realizan por organismos públicos separados de la policía, el fin de garantizar una mayor objetividad y, por tanto, fiabilidad⁽²⁷⁾.

Esta falta de imparcialidad es la que se aprecia en la normativa norteamericana⁽²⁸⁾. El artículo 803 (8) de las *Federal Rules of Evidence*, que alude a los archivos e informes públicos elaborados por organismos públicos en el desarrollo de las funciones o competencias que les han sido atribuidas, excluye expresamente los informes relativos a las observaciones realizadas por miembros de la policía o por otros agentes de seguridad pública. Se considera que los informes elaborados por las autoridades policiales no gozan de la misma fiabilidad que los elaborados por organismos públicos independientes, ajenos a la persecución penal. En la actualidad, no obstante, numerosos tribunales tienden a admitir como prueba los informes que contienen análisis de laboratorios policiales, entendiendo que se trata de informes que se realizan de manera habitual en el ejercicio de una actividad profesional y pueden enmarcarse, por tanto, dentro de la excepción prevista en el art. 803 (6) de las *Federal Rules of Evidence*⁽²⁹⁾.

(26) SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., «Inteligencia criminal: una...», *op. cit.*, p. 226.

(27) BACHMAIER WINTER, L., *Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania*, p. 41.

(28) BACHMAIER WINTER, L., *Dos modelos de prueba pericial...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

(29) Excluye de la prohibición de la prueba mediante los *hearsay*: informes, archivos o compilación de datos que se realizan de manera habitual en el desarrollo de una actividad profesional, aunque sean informes técnicos y contengan,

No obstante, en el marco de nuestro ordenamiento, el artículo 5 de la Ley 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, impone a sus miembros que su actuación sea siempre políticamente neutral. Como ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de diciembre de 2008, «los funcionarios de la Policía Judicial llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un algo poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro [...] Pero ninguna de las actuaciones desplegadas por los testigos-peritos en la causa comporta tener interés directo o indirecto en la misma ni afecta a la imparcialidad objetiva de sus asertos o negaciones porque no han sido llamados al plenario para que realicen aportaciones fácticas, sino para que analicen hechos procesalmente preexistentes al plenario. Con independencia de ello, la jurisprudencia ya ha establecido y fijado el contenido de lo que sea “interés directo”, como interés personal, afectivo, ético o económico; contenido que no se percibe como presente en el actuar de los testigos-peritos en la presente causa. Argumentación también convincente por cuanto, con fundamento en el art. 5 b) de la LO 2/86, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, tales funcionarios actúa en el cumplimiento de sus funciones con absoluta neutralidad e imparcialidad y, en consecuencia, no es posible predicar de éstos interés personal y directo en ningún procedimiento, puesto que se limitan a cumplir con el mandato normativo previsto en el artículo 11 de la norma antes citada, al elaborar los informes procedentes».

Considero, como lo hace el Tribunal Supremo a la vista de la legislación vigente, que los agentes de inteligencia, como funcionarios públicos, deben servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio del derecho de las partes a proponer pruebas alternativas. La vinculación laboral de los funcionarios con el Estado que ejercita el *ius puniendi* no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al precedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes.

IV. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Fuera de las técnicas de investigación de eminente componente personal, sirven al fin de la persecución de los hechos delictivos perpetrados por organizaciones criminales la intervención de las comunicaciones personales y la prueba de ADN.

por tanto, la opinión del experto. Dentro del concepto de actividad profesional se incluyen informes elaborados por instituciones, asociaciones o profesiones, con independencia de que desarrollen sus actividades con o sin ánimo de lucro.

La prueba de *hearsay* tiene un significado mucho más amplio que el de testigo de referencia. En concreto, se encuadra dentro de ella cualquier declaración efectuada por el declarante que no sea la emitida como testigo en el juicio o en vista judicial, y que se emita con la finalidad de probar la veracidad de unos hechos.

La regulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la interceptación de las comunicaciones telefónicas adolece de importantes lagunas normativas, y supone una grave intromisión en la intimidad del ciudadano, siendo necesaria una regulación no solamente mucho más extensa sino también más completa en cuanto a los medios de comunicación.

En lo que se refiere a la regulación más extensa se hace preciso que se prevea:

1.º La investigación ha de referirse a determinadas infracciones, en las que cabe combinar:

- a) Gravedad de pena, que podría ser la de prisión igual o superior a 5 años.
- b) Con un listado de delitos que, por debajo de este listón punitivo, puedan requerir singularmente la utilización de esta diligencia extraordinaria, entre los que cabría destacar:

- a) Delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo:

- Asociación ilícita.
- Tráfico ilícito de drogas.
- Sustracción de menores.
- Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.
- Cohecho.
- Tráfico de influencias.
- Malversación.
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales.
- Contrabando.
- Blanqueo de capitales.
- Delitos de organización criminal o cometidos en el seno de la misma.

2.º Un juicio de pronóstico suficientemente fundado sobre la utilidad de la diligencia para obtener datos relevantes que no resultan accesibles a través de otros medios de investigación menos gravosos.

Por tanto, se ha de contemplar como medida excepcional, esto es, de *ultima ratio*, sólo cuando no existan otras medidas menos lesivas para los derechos fundamentales del investigado, debiendo ser autorizada la intervención de las comunicaciones.

3.º Ha de haberse establecido, de manera suficiente, la relación entre la línea telefónica objeto de la intervención y el hecho delictivo.

De este modo, se ha de prever un auténtico control judicial sobre la misma, a fin de evitar tanto las investigaciones prospectivas, esto es, sobre demasiadas líneas de teléfono; como las intervenciones demasiado dilatadas en el tiempo.

Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la regulación, además de más extensa, ha de ser más completa en lo relativo a los medios de comunicación. Lo cierto

es que, siendo el teléfono uno de los principales medios, su utilización en la investigación penal viene condicionada por las nuevas tecnologías.

Por ello, la nueva regulación no se ha de referir exclusivamente a las escuchas telefónicas, sino a cualquier intervención de las comunicaciones realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, expresión que ya está plenamente asentada en el lenguaje jurídico de nuestro tiempo.

Así las cosas, se hace necesario que se prevean expresamente las garantías que han de proyectarse, además de cuando se ordene el simple conocimiento del origen y destino de la comunicación, o el registro y la grabación del contenido de la comunicación, en aquellas intervenciones que tienen por objeto exclusivo el conocimiento de los datos de tráfico y de otros datos asociados a la comunicación que están amparados por el secreto de las comunicaciones.

Esta previsión se hace absolutamente necesaria a la vista de que, en el marco de las nuevas tecnologías, se sitúan sistemas como SITEL⁽³⁰⁾, que permiten la interceptación de comunicaciones telefónicas, así como la localización geográfica de los interlocutores y los datos asociados a la comunicación, como son la fecha, hora y duración de las llamadas, la identificación del IMEI (identificación internacional) y el número de móvil que efectúa y emite llamadas, la distribución de llamadas por día, la información contenida en SMS, carpeta de audio, números de teléfonos de los interlocutores, etc.

Para acordar este tipo de interceptación, a fin de la necesaria protección del proceso previo a la intervención de las comunicaciones, se hace conveniente que el auto contenga:

- El medio de telecomunicación objeto de la intervención, designando el número de teléfono intervenido, la dirección IP o los datos que sirvan para identificar el medio de comunicación o telecomunicación de que se trate.
- La unidad investigadora de policía judicial que se hará cargo de la intervención.
- La duración de la misma.
- La forma de interceptación.
- El hecho punible objeto de investigación.
- La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida de ser conocido.

(30) SITEL como tal es un proyecto conjunto del Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil de mejora tecnológica de los sistemas de interceptación para dotar a ambos cuerpos de sistemas digitales centralizados que cuentan con mejores sistemas de seguridad, superando a los anticuados sistemas analógicos de grabación, que no se adaptaban a los actuales sistemas de telecomunicaciones electrónicos. Se cambia también el sistema de gestión con las operadoras, pasando de un modelo descentralizado con contactos locales y asignado a grupos vinculados con funciones operativas a un sistema centralizado atribuido a un departamento técnico independiente del ámbito operativo y que no está integrado en las investigaciones policiales.

El modo de acceso a la información que consta en el sistema se basa en la identificación del usuario mediante clave y *password* y autorización de lectura únicamente a los archivos generados en las interceptaciones que mediante orden judicial les ha sido asignadas. La asignación cabe hacerla a través de grupos operativos en funciones de Policía Judicial o por funcionarios concretos para investigaciones más restringidas. Por tanto, el tratamiento de datos en SITEL se produce siempre bajo el control de la autoridad judicial que ordena la interceptación.

- La extensión de la medida especificando su contenido de conformidad con lo establecido en el artículo 273⁽³¹⁾, especificando los datos asociados al proceso de la comunicación que, en su caso, puedan ser conocidos.

Una vez dictado el auto, el proceso de interceptación hasta la completa recepción por el órgano jurisdiccional es bastante seguro y plantea pocos problemas. Todo comienza con la solicitud, por parte de la autoridad policial al órgano jurisdiccional competente, de intervención de un terminal de telecomunicaciones, para lo que habrá de designar un agente facultado que se encargue de recepcionar y transmitir a la autoridad judicial la información que a su vez le facilite el operador de telecomunicaciones. El agente facultado es la policía judicial o personal del Centro Nacional de Inteligencia habilitado por una autoridad judicial para materializar una interceptación legal —art. 33 LGT—.

La operadora afectada iniciará el envío de información al Servidor Central donde se almacena⁽³²⁾. De hecho, la grabación original se guarda íntegramente en SITEL central hasta que la autoridad judicial no ordene su destrucción.

La cuestión es que no se prevé un tiempo máximo por el que podrá estar dicha información almacenada. No cabe la menor duda de que el tiempo no podrá ser indefinido y resulta imprescindible su regulación.

El envío de información por parte de la operadora se realiza a través de la puesta a disposición de ésta al agente facultado, a través del centro de recepción, de una o varias interfaces. A través de las interfaces se reenvían o transmiten las comunicaciones interceptadas a los centros de recepción de las interceptaciones. Esto es, una vez recibida la orden de interceptación, las operadoras han de transmitir la información a los centros de recepción de las interceptaciones, por medio de interfaces, que son las localizaciones físicas o lógicas dentro de las instalaciones de los operadores en las que se proporcionan las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación.

La información queda a disposición del Agente facultado, responsable de la intervención de la comunicación, quien podrá acceder mediante Código identificador de usuario y clave personal. Éste podrá supervisar la información que se le facilite por el operador, de forma tal que podrá articular mecanismos que podrán contrastarla en los archivos del

(31) Artículo 273 del anteproyecto:

«La interceptación de las comunicaciones podrá tener por objeto:

El simple conocimiento de su origen o destino

El conocimiento de sus datos asociados al proceso de la comunicación

El registro y grabación del contenido de la comunicación».

(32) Según indica la comunicación de 6 de mayo de 2009 del área de telecomunicación de la división de coordinación económica y técnica de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, el sistema SITEL se construye sobre la base de enlaces punto a punto con las operadoras de telefonía, que transmiten la información correspondiente a la interceptación de dichas Operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía.

Los enlaces punto a punto establecidos permiten únicamente la entrada de información procedente de la operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de solo lectura, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la autoridad judicial.

operador que la transmite o reenvía. Entre dichos mecanismos se halla la posibilidad de instalación y mantenimiento de elementos de seguridad por parte de los agentes facultados, siempre con garantía de inocuidad respecto del funcionamiento del sistema⁽³³⁾.

La cuestión que se suscita a continuación son las dudas relativas al método de conservación y custodia del material objeto de interceptación, así como, en todo caso, la necesidad de posibilitar el cotejo y control de autenticidad, inalterabilidad e integridad del material que, en soporte magnético, se facilita a la autoridad judicial a través del agente facultado⁽³⁴⁾.

En fin, se cuestiona la autenticidad o no de los CD/DVD, argumentándose que, de la relación trimembre Juzgado-agente facultado-operadoras, SITEL sólo garantiza la comunicación veraz entre agente facultado y operadoras mediante interfaces seguros, pero que el sistema quiebra en lo que se refiere a la relación con el Juzgado, al no arbitrarse un interfaz seguro entre éste y el Servidor Central del agente facultado donde se recibe la comunicación intervenida de la operadora para comprobar la integridad de la comunicación y discrepar de la presunción de autenticidad del CD/DVD, el que se vuelca por el agente facultado el archivo informático para entregarlo al Juzgado.

No obstante, y para garantizar la autenticidad de aquellos, se arbitra que, después de cada conversación, se proceda al sellado tecnológico del archivo de sonido, con el fin de salvaguardar su integridad, excluyendo así cualquier riesgo de manipulación. Por otro lado, y después de cada grabación, se activa una certificación expedida por el funcionario responsable del tratamiento que garantiza que el soporte no ha sido abierto y que no ha existido riesgo de manipulación.

Una vez que en el sistema central se realiza el proceso de firma se genera un nuevo fichero que contendrá la firma electrónica, y que verificará tanto el contenido de la comunicación como los datos asociados a esta. Así, el sistema de firma electrónica nunca altera el contenido del archivo original que se está firmando.

Los usuarios del sistema (los grupos operativos encargados de la investigación) no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, recogiendo únicamente un volcado de esa información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndola a un CD o DVD para su entrega a la Autoridad Judicial, garantizando de esta manera la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central. Así bien, la evidencia legal del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato CD o DVD para su entrega a la autoridad Judicial.

Las conversaciones o datos intervenidos y la información requerida se facilitan a la autoridad judicial, a través del agente facultado, en el mismo soporte en el que se recibe

(33) Artículo 5.4 de la Orden ITC/110/2009, de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del Capítulo II del Título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril.

(34) RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «De vueltas con SITEL», *Diario La Ley*, núm. 7515, sección *Doctrina*, 23 de noviembre de 2010, año XXXI, 12541/2010, pp. 1 y 2.

por el agente facultado, dando cumplimiento a las exigencias concretas de control, dación de cuenta y transcripción de conversaciones impuestas en la orden de interceptación.

Siendo éste el proceso, el Tribunal Supremo entiende que se garantiza la integridad del contenido de los soportes. Así en su sentencia de 14 de abril de 2011: «los DVDs aportados al Juzgado, que luego fueron utilizados para el examen de la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, contenían la totalidad de las conversaciones grabadas, y venían asegurados suficientemente por firma digital que se genera de forma automática, con independencia de la identidad del firmante, y la comprobación del certificado digital, sin que se hayan aportado elementos que permitan dudar de la integridad de su contenido».

La aplicación incorporará en cada evidencia legal generada por un terminal SITEL un fichero ejecutable desde cualquier PC, y que permitirá comprobar mediante la comparación del fichero con su firma electrónica la autenticidad e integridad de este, de tal modo que no se requerirá ningún programa de terceros para la validación de dicha firma.

Al respecto manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de junio de 2011 que «El recurrente plantea dos cuestiones diferentes. De un lado se refiere a la garantía de integridad de las conversaciones telefónicas intervenidas, que considera incumplida en la causa. Es cierto que la jurisprudencia ha exigido, dentro del control judicial del desarrollo de la intervención telefónica, que se proceda a la entrega de las cintas originales. Era habitual que esta previsión apareciera en los Autos que acordaban la restricción de aquel derecho como una de las obligaciones impuestas a la Policía que procedía a la ejecución de la medida. Y continúa apareciendo en ocasiones, como ocurre en esta causa, a pesar de que el sistema SITEL, ya ordinariamente utilizado, no da lugar a la existencia de cintas originales propias dichas, sino que todas las conversaciones intervenidas son grabadas y se almacenan en un disco duro central, del que se vuelcan luego a un soporte distinto, un DVD, que se entrega a la autoridad judicial. Tal soporte debe venir protegido con firma electrónica, para garantizar la integridad de lo entregado, pues el propio sistema se encarga de que el volcado sea de la totalidad de lo grabado. Importa pues, la existencia de mecanismos de seguridad que acrediten de antemano y fuera de toda duda, que lo volcado al soporte que se entrega a la autoridad judicial no ha podido, y no pueda, ser alterado en forma alguna.

2. En el caso, consta que se entregó a la Audiencia, y obra en el Rollo de Sala, un soporte con todas las grabaciones almacenadas en el ordenador central del sistema SITEL respecto de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo en estas actuaciones, y, según se afirma, tal soporte viene protegido por firma electrónica. De esta forma se está garantizando que la totalidad de las conversaciones intervenidas se han entregado a la autoridad judicial y se encuentran a disposición de las partes para lo que resulte pertinente en el juicio oral. La firma electrónica garantiza igualmente que lo grabado en el soporte entregado es precisamente el contenido íntegro de lo que consta en el ordenador central, y que no puede ser posteriormente alterado».

En todo caso, dado que la grabación original se guarda íntegramente en SITEL central, hasta que la autoridad Judicial no ordene su destrucción; a requerimiento de dicha autoridad se podrán efectuar los cotejos que estime necesarios, sobre las copias realizadas en CD y DVD. Y todo ello porque, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de diciembre de 2009, «El espacio de almacenamiento tiene una gran capacidad, quedando su contenido a disposición de la Autoridad judicial que será la competente para ordenar la

eliminación de las grabaciones». De este modo, la información interceptada queda almacenada en el sistema central a disposición de la autoridad judicial hasta que la misma ordene cualquier diligencia sobre la misma bien sea la entrega, peritaje o destrucción.

Al respecto el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de diciembre de 2009, manifiesta que «El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas».

V. PRUEBA DE ADN

Hoy la prueba de ADN puede resultar de una importancia transcendental pues los genes de cada individuo están formados por cadenas de ADN, las cuales contienen toda la información genética de un organismo, dicho código genético es específico y diferente en cada persona. Así pues, entre las funciones del ADN se halla la de contener la información genética completa de cada persona y transferir dicha información de forma hereditaria, destacándose tres características: el código genético es específico de cada individuo; diferente en cada individuo; siendo la información genética la misma en cada célula⁽³⁵⁾.

Así bien, a través de los análisis de ADN podemos hallar la huella genética de un individuo, lo que es de gran ayuda, utilizándose como prueba pericial. En efecto, y según se reconoce en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de marzo de 2008, «la Audiencia aceptó íntegramente y sin variante alguna las conclusiones de los informes periciales llevados a cabo en el Instituto Nacional de Toxicología, según los cuales la probabilidad de pertinencia del semen al acusado es notoriamente alta», dado que «la probabilidad de encontrar al azar otro individuo en la población que presente el mismo perfil de ADN... es aproximadamente del 0,0005%».

Por otra parte, el grado de probabilidad requerido por los jueces *a quibus* se corresponde con la práctica reconocida en otros tribunales europeos, cuyas exigencias pueden ser consideradas razonables. En efecto, de acuerdo con lo informado por los especialistas más prestigiosos en esta materia, el límite de decisión, con el que operan por ejemplo los tribunales alemanes y suizos, alcanza el 99,73% y 99,8% respectivamente, con lo que las posibilidades de error resultan reducidas matemáticamente al 0,03%. Los especialistas afirman, por otra parte, que, a salvo de ciertas reservas, que no parecen aplicables a este caso, con la introducción de las características del ADN en el estudio de los rastros del delito se reduce la frecuencia de los fenotipos hallados de una manera tan drástica que, en la actualidad, es posible admitir la identidad en los casos de coincidencia, aunque se carezca de un conocimiento preciso de la frecuencia.

(35) Manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 2010 que «tiene por lo tanto razón el recurrente al poner de relieve que el perfil genético es singular en cada individuo y siempre idéntico en cada célula del mismo. Cuando no coincide el del acusado con el que aparece en el análisis biológico de los restos encontrados la ciencia afirma radicalmente y sin fisuras que debe excluirse que estos restos le pertenezcan. Cuando no coinciden como sucede en este caso la certeza de que no le pertenecen es absoluta».

En las regulaciones de derecho comparado, al igual que como ocurre en España, es el juez el que ha de ordenar a la policía que proceda bien a la recogida, custodia y examen de los vestigios cuyo análisis biológico pueda contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, bien a la intervención corporal sobre el sospechoso.

En el primer supuesto, no obstante, cabe que la policía proceda a recoger las muestras sin autorización judicial, siempre que concurra peligro de desaparición de estas, pero, en todo caso, poniéndolos a disposición judicial⁽³⁶⁾. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo⁽³⁷⁾, apreciando la posibilidad, no ya de recoger la policía muestras biológicas halladas en el lugar del delito, sino restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

En todo caso, si no existiere dicho riesgo de desaparición, la competencia para su recogida corresponde exclusivamente al Juez, quien podrá, en cuanto a la ejecución, proceder por sí a ordenarlo a la Policía Judicial o al Médico forense.

En cualquier caso, uno de los problemas más importantes que se plantean en relación con los análisis de ADN aparece desde el momento en que dichos análisis exigen, en la mayoría de los casos, una previa intervención corporal.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, ha distinguido las inspecciones y registros corporales de las intervenciones corporales, en función del derecho fundamental predominantemente afectado. Así, entiende que las inspecciones y registros corporales consisten en «cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 27/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad».

Por su parte, las intervenciones corporales las define como «la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición de radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea en apariencia externa».

Así bien, uno de los derechos fundamentales que pueden verse afectados mediante las intervenciones corporales, según la jurisprudencia, es el derecho a la integridad física (art. 15 CE). El Tribunal Constitucional español ha delimitado un contenido tan amplio

(36) En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Bases de Datos de ADN se disponía que «En los casos de peligro de desaparición o destrucción de los vestigios biológicos, la policía judicial deberá proceder a la recogida de los mismos, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial».

(37) La Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sesión celebrada el 31 de enero de 2006.

de tal derecho que las injerencias corporales consistentes en la obtención de muestras de sangre, cabello, saliva, etc., suponen, sin duda, una injerencia en él. Conforme a dicha jurisprudencia, mediante el derecho a la integridad física y moral «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular».

El problema fundamental en estas diligencias viene de la mano del sometimiento a estas por parte del sospechoso, pues se viene dudando, de manera reiterada, de su carácter voluntario u obligatorio.

Desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial⁽³⁸⁾, cabe concluir que la prueba de ADN no puede ser admitida como válida cuando la decisión de la intervención no esté amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación, sin que sea admisible la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva coactiva sobre la persona para que éste se preste a la práctica de la prueba.

En cualquier caso, hasta ahora se ha venido valorando la negativa al cumplimiento como un indicio de culpabilidad, esto es, cuando la negativa a someterse a la prueba de ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir, que puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que, conectado con el resto de la prueba, puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador⁽³⁹⁾.

No es esta la respuesta recibida por los ordenamientos de derecho comparado. Así en Argentina, el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nacional permite que el Juez, previo juicio de necesidad, acuerde la inspección corporal y mental del imputado, cuidando, todo lo posible, el respeto al pulcro.

(38) SSTC 107/1985, 37/1989, y 207/1996.

(39) Manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de enero de 1998 que «la atribución del semen hallado en la vagina de la niña al acusado, es una conclusión lógica racionalmente inferida de los demás hechos probados, sin que pueda darse por improbable tal dato por el hecho de que Sabino se negase a someterse a la correspondiente extracción de sangre para el análisis de ADN. Luego todos los demás hechos deben ser probados, aunque no se puede probar que el material genético perteneciera al imputado. La negativa es un indicio que conjugado con los demás indicios y pruebas practicadas en el procedimiento pueden justificar la condena del sujeto, pero en ningún caso pueden servir para deducir por sí misma, y aislada de los demás hechos que deban ser probados, la culpabilidad del imputado.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1989, siguiendo el criterio de la Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, ha establecido la doctrina según la cual, si la orden se realiza cumpliendo formal y materialmente con todos los requisitos exigibles, se puede obligar a su ejecución mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pudieren seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero en ningún caso mediante el empleo de la fuerza física, que sería degradante e incompatible con el art. 15 CE. No obstante, ello no puede significar que el sometimiento a determinadas intervenciones corporales no constituya una obligación procesal. Si el imputado se niega a permitir la medida, existiendo indicios suficientes para considerarle autor de los hechos, y la prueba genética aparece como necesaria, puede el juez sustituir dicho consentimiento a través de auto motivado, si bien se discute sobre el verdadero valor de éste si el obligado se opone a cumplirlo».

En Canadá, la *Law Reform Commission* admite el uso razonable de la fuerza, con objeto de obligar a una persona a someterse a una investigación corporal, cuando su oposición no se fundamente en una excusa razonable.

En Dinamarca, por su parte, se pueden utilizar medidas coactivas siempre que estén previstas en una disposición legal y se respete el principio de proporcionalidad. Para realizar una intervención corporal sin el consentimiento del interesado es necesario que existan indicios razonables de la autoría del delito y que éste lleve aparejada una condena de privación de libertad superior o igual a dieciocho meses, así como el examen sea considerado decisivo para la investigación.

En Estados Unidos se permite el uso de la fuerza física en todos aquellos Estados en los que se han establecido Bases de Datos de ADN. Se autoriza con carácter general a los agentes de prisiones y agentes de la ley debidamente autorizados para recurrir a la fuerza razonable, tal y como autoriza la ley, cuando el individuo no quiera someterse a la prueba de ADN, no siendo estos funcionarios responsables civiles o penales por el uso de la fuerza con un nivel razonable.

El Código de Procedimiento Penal italiano, en su artículo 244, regula la inspección de personas, lugares o cosas, acordada mediante decreto motivado, cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito. Además, el 245 prevé que, antes de proceder a la inspección personal, el interesado será advertido de la facultad que tiene de ser asistido por persona de su confianza, siempre que ésta pueda localizarse sin demora y fuera idónea. La inspección se efectuará con respeto a la dignidad y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección.

En Portugal no sólo se permite el uso de la fuerza, previa autorización judicial, sino que se permite la coacción directa para detener a una persona con objeto de practicarle una intervención corporal —artículos 171 y 172 Código procesal penal portugués—.

En la PACE británica se admite la fuerza física para la obtención de muestras biológicas no íntimas.

El párrafo 81 a) de la Ley Procesal Alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 establece que podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según su *lex artis*, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para la salud.

VI. LA CADENA DE CUSTODIA

Como ha sido fácil apreciar, uno de los problemas que se plantea en la obtención de algunas de las fuentes de prueba para la lucha contra el crimen organizado es mantener la integridad de la cadena de custodia.

Se ha definido la cadena de custodia como «la figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar en todo momento la unidad de la sustancia estupefaciente, pues al tener que pasar por diversos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la completa seguridad de que lo que se

traslada, lo que se mide, lo que se pesa y lo que se analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el momento final en que se estudia y destruye»⁽⁴⁰⁾.

Se trata, en definitiva, de la figura por la que se identifica en todo momento la sustancia objeto de examen. Para ello, han de respetarse las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia, de forma tal que se garantice que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones.

Por otro lado, y desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico procesal, la cadena de custodia es un procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado, no es posible el error o la contaminación y así, es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba.

De todo ello se desprende que la toma de muestras es:

- a) El inicio de un largo procedimiento que podrá terminar en la coincidencia de una muestra indubitada con otra u otras dubitadas.
- b) Y puede ser la primera etapa de la pericia que se practique.
- c) Por lo que tiene gran relevancia la fiabilidad de la recogida de los materiales y la custodia conveniente de éstos hasta su análisis.

Se trata del resultado de que la garantía que constituye la cadena de custodia ha ido reconociéndose por el Derecho de diferente manera. Mientras que en la primera redacción de la LECr la cadena de custodia se diseñó teniendo en cuenta fundamentalmente el aspecto personal de la seguridad de las piezas de convicción a través del Juez de Instrucción, a partir de diferentes reformas se ha ido dando cada vez más importancia a los aspectos periciales que habrían de recaer sobre los distintos objetos relacionados con el delito. Ello propicia que el Juez de Instrucción haya quedado relegado a una función de salvaguarda del buen hacer de otras personas que intervienen en la investigación. Esta evolución viene determinada por la trascendencia que la prueba pericial tiene en el proceso penal moderno. El avance de la ciencia forense hace posible que el examen correcto de la escena del crimen, los análisis de los vestigios, objetos, etc., sean cada vez más importantes a la hora de determinar el hecho y los partícipes en él. Ya no basta con que conste en el proceso la evidencia del hecho, cada vez es más importante lo que del vestigio dictamine el perito forense⁽⁴¹⁾.

VII. DEFICIENCIAS EN LA ACTUAL REGULACIÓN

En la actual regulación de nuestra LECr son evidentes las deficiencias, entre ellas y de forma más destacada⁽⁴²⁾:

(40) SAP de Girona 320/2005, de 17 de marzo.

(41) EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de custodia y prueba de cargo», *Diario La Ley*, núm. 6863, sección doctrina, de 17 de enero de 2008, año XXIX, ref. D-13, La Ley 24/2008, p. 2.

(42) EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de custodia y prueba de cargo», *op. cit.*, p. 3.

- a) El tratamiento separado de la recogida y custodia de datos y piezas de convicción, de las previsiones legales respecto de la prueba pericial, esto es, su análisis.
- b) La falta de regulación del procedimiento de la recogida y custodia de las piezas de convicción. No existen previsiones sobre precintos, sellos y cualesquiera mecanismos que posibiliten el aislamiento y la no contaminación de la pieza de convicción. Sólo se prevé la actividad de abrir diligencias informativas sobre lo que va sucediendo en la recogida, custodia y análisis del elemento de convicción.
- c) La garantía de la autenticidad se hace recaer en diferentes sujetos que intervienen en la investigación, así la policía, el juez, el secretario judicial, el perito; sin tener en muchos casos en cuenta al perito forense. Todo ello produce, al menos, dos disfunciones importantes: la primera, que cuando se custodia una pieza de convicción se pueda hacer sin atender a las normas forenses sobre el cuidado de esta; la segunda, que en la recogida de elementos de convicción tenga distinto valor probatorio si éstos lo son por el juez, en cuyo caso es prueba anticipada, de que sea por la policía, como diligencia de investigación⁽⁴³⁾.

En efecto, se han encomendado a la Policía funciones de recogida y custodia, cuando carecen de funciones de fe pública dentro del proceso judicial. Así, y según el acuerdo de 31 de enero de 2006 del Tribunal Supremo, «la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Y ello a la vista de la interpretación que se viene haciendo de lo dispuesto en el artículo 282 LECr. De este modo, manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia 1190/2009, de 3 de diciembre, que «La policía judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración como expresamente se recoge en el artículo 282 de la LECr que expresamente faculta a la Policía Judicial para recobrar los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial».

En definitiva, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia 433/2008, de 3 de julio, «Que la policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía Judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la policía judicial actúa en tales diligencias “a prevención” de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter

(43) Según la STS 1190/2009, de 3 de diciembre, «La presencia del Secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como prueba preconstituida, pero no para la validez de una diligencia policial como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho».

jurisdiccional de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena».

Normalmente, las diligencias policiales forman parte del atestado, que no será prueba si no se introduce en la fase del juicio a través de la declaración de la propia policía. Esta interpretación de la prueba que hace la jurisprudencia es obvio que no puede equipararse a la recogida y custodia de los elementos de convicción por el Juez de Instrucción bajo fe pública del Secretario Judicial. El juez de Instrucción es quien dirige la investigación, quien protege los derechos de todos cuantos se hallan implicados en el procedimiento penal, y esta garantía es la que hace que lo que él recoja y custodie no pueda dudarse que estaba allí.

Pues bien, en lo relativo al déficit normativo respecto a qué medidas o exigencias mínimas son las que deben adoptarse en la recogida y custodia de los elementos probatorios, con el fin de proceder a preservarlos y cumplir así con el mandato legal de garantizar su autenticidad e integridad, cabe destacar que su falta de regulación legal clara hace que los tribunales en esta materia se estén pronunciando de forma distinta, siendo curioso que asistamos a un Derecho penal del Enemigo en los delitos de narcotráfico, terrorismo y de carácter sexual. En estos delitos, los tribunales están dispuestos a disculpar deficiencias en la cadena de custodia que en otros delitos, como los de propiedad intelectual, tienen como consecuencia el apartar la prueba del proceso.

Así, cabe destacar la STS 430/2012, de 29 de mayo, en la que se resuelve «en cuanto a la ausencia de precintos en las sustancias ocupadas y a los periodos de tiempo habidos entre el momento de incautación de las sustancias y la entrega para los análisis, ha de señalarse que los objetos incautados fueron identificados y numerados tal como consta en el acta de registro, y permanecieron a disposición judicial bajo custodia directa de la Policía, responsable, por lo tanto, de su conservación en adecuadas condiciones. Es cierto que puede resultar conveniente, para una mayor seguridad, que cada uno de los hallazgos de interés para la investigación sea conservado bajo precintos policiales y judiciales, con la finalidad de garantizar en todo caso su integridad, a cuyo fin deberían dotarse a las autoridades y a los agentes de los medios precisos para ello.

... En cuanto a las diferencias de pesaje, la relativa a que la cocaína arrojó en una ocasión un peso de más de 22 kilos es claramente un error material, que en la sentencia recibe la adecuada valoración, y las diferencias en cuanto al porcentaje de sustancia pura en ningún caso variarían su valoración como una cantidad que daría lugar a la agravación aplicada en la sentencia».

O la STS 441/2012, de 5 de junio, según la cual «no existe duda de que el producto que se analizó por este Organismo Oficial fueron los mismos que constan en la diligencia de remisión, aunque en ésta figurara que los envoltorios eran de color blanco y en el dictamen oficial figuren como verdes. Basta comprobar que el Informe de toxicología figura que las sustancias analizadas son las enviadas por la policía con el número de referencia 424420/2010, que es el mismo que consta en el dictamen analítico oficial. A lo que cabe añadir que con excepción de la mentada diligencia policial de remisión, todas las referencias del Atestado a los envoltorios coinciden en que eran bolsitas termoselladas de color verde, lo que induce racionalmente a considerar que ha existido un error de remisión de la sustancia sobre el color de los envoltorios».

De todo ello se desprende que, en la práctica, se genere una cierta inseguridad jurídica respecto a la suficiencia y validez de determinadas diligencias de prueba, especialmente de las que podrían denominarse de última generación. Así, en relación a la recogida y conservación de muestras biológicas sobre las que posteriormente se realizan los análisis de ADN, la doctrina destaca la importancia de que se garantice la incolumidad de la cadena de custodia, referida al aseguramiento de la identidad y la adecuada conservación y custodia de la muestra.

Asimismo, por lo que atañe a los informes periciales practicados sobre los soportes electrónicos o informáticos incautados, se ha alertado sobre la importancia que reviste en esta prueba la cadena de custodia, ya que no se trata de pruebas inalterables o de difícil manipulación, sino, antes al contrario, pruebas que se denominan virtuales precisamente por su esencial alterabilidad en todo momento⁽⁴⁴⁾.

Más benévola es nuestra jurisprudencia respecto a la custodia de drogas tóxicas y estupefacientes, en cuanto viene considerando que la ocupación de los objetos, efectos o instrumentos del delito, tal como se regula en la LECr, ofrece unas variantes y especialidades cuando el objeto del delito sean drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. A estos efectos, conviene extremar las precauciones para que no se pierdan o puedan ser sustraídas de los lugares de depósito, por lo que se autoriza directamente a los funcionarios de la Policía Judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 LECr, para que remitan los estupefacientes a los laboratorios autorizados para su análisis y destrucción, salvo la muestra necesaria para una posible reproducción de la prueba de análisis. Por tanto, no habrán de ser entregadas las sustancias al Juez, sirviendo con dar comunicación de su envío al órgano encargado de su análisis al Juez de instrucción que lo solicitó. Con esta actuación no se entiende rota la cadena de custodia⁽⁴⁵⁾.

(44) FIGUEROA NAVARRO, C., «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *La Ley Penal*, núm. 84, sección *Estudios*, julio de 2011, La Ley 13541/2011, p. 4.

(45) En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia 27/2011, de 6 de octubre, según la cual «La segunda de las cuestiones previas introducidas a debate al inicio de las sesiones del juicio oral, plantea la “nulidad del informe pericial y su acta de recogida” al constatarse durante la instrucción —se denuncia— irregularidades en la cadena de custodia. Como tales se alude a la falta de custodia y control judicial de los efectos intervenidos; la ausencia de resolución judicial que ordenase el pesaje y análisis de las sustancias ocupadas; irregular foliado de las actuaciones; tardanza —más de veinte días— desde que la fuente de prueba salió del Juzgado y es entregada en las dependencias de Sanidad Exterior, etc., todo lo cual lleva a la conclusión —se alega— de una flagrante ruptura de la cadena de custodia de la fuente de prueba al perder el Juzgado el debido y exigible control judicial sobre el cuerpo del delito.

... Si tenemos en cuenta lo que constituye el núcleo de la problemática suscitada, centrada en torno a la idea de la pérdida de control judicial sobre las sustancias incautadas en el registro efectuado en el domicilio del acusado, evidente es que la cuestión ha de ser rechazada. Porque, como ya dice la sentencia 775/2001, de 10 de mayo, la Policía Judicial está autorizada para remitir la droga directamente a los laboratorios oficiales, pues la ocupación de los objetos, efectos o instrumentos del delito, tal como se regula en la LECr, ofrece unas variantes y especialidades cuando el objeto del delito sean drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. Conviene extremar las precauciones para que no se pierdan o puedan ser sustraídas de los lugares de depósito, por lo que se autoriza directamente a los funcionarios de la Policía Judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 LECr, para que remitan los estupefacientes a los laboratorios autorizados para su análisis y destrucción salvo la muestra necesaria para una posible reproducción de la prueba de análisis. En la misma línea, la sentencia de la Sala Segunda de 6 de julio de 2007 declara que “nada obsta, y antes al contrario, es lo procedente, que la Policía entregue la droga directamente al órgano oficial encargado de su análisis, evitando los gravísimos problemas de custodia para tales sustancias de las instalaciones judiciales, de conformidad con las previsiones de los arts. 338, 770.3.^a y 788.2 LECr. Esta Sala ha declarado respecto al envío y custodia de los

El Tribunal Supremo ha rechazado que se hubiera roto la cadena de custodia en estos supuestos: así el auto de 7 de junio de 2007, en el que las sustancias aprehendidas como consecuencia de la intervención policial «fueron depositadas en la caja fuerte del Instructor Jefe de la Ertzaintza»; la sentencia de 26 de abril de 2007, en la que la droga intervenida queda en custodia en la Sección Fiscal de un aeropuerto; y la sentencia de 26 de marzo de 2007, en la que se afirma: «no puede albergarse duda alguna acerca de que la droga analizada fue, realmente, la misma que se le ocupó al recurrente, cuando circulaba al volante de su vehículo, pues no sólo declararon en Juicio los mismos agentes que llevaron a cabo esta intervención, sino que más adelante, queda consignada la custodia de los paquetes en la caja fuerte del Sr. Comisario».

Siendo así es preciso que la regulación de la cadena de custodia prevea, por un lado, las cuestiones relativas a la inalterabilidad de la fuente de prueba y, por otro, los efectos de la cadena de custodia.

En lo relativo a la inalterabilidad de las fuentes de prueba, se hace preciso regular, como resultado de que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado, que se analiza justamente lo ocupado y que además, no ha sufrido contaminación alguna, para lo cual se requiere que se prevea:

1. Corresponde a todos cuantos tengan relación con la fuente de prueba, sean funcionarios públicos o particulares, la obligación de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, garantizando la inalterabilidad de la fuente de prueba.

Por ello, ha de regularse 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 o análisis.

2. Si por la naturaleza de la actuación o por las técnicas que hayan de aplicarse para su recogida, inspección, análisis o depósito hubieran de producirse alteraciones en el estado original de las muestras o efectos intervenidos, se dejará debida constancia de ello en las actuaciones.
3. Se hace preciso para la debida conservación de las muestras que se establezca el procedimiento de gestión y custodia de muestras.
4. Necesidad de documentar los hitos básicos de la gestión de muestras, dejando constancia de los siguientes particulares:

estupefacientes que “a partir de los convenios internacionales de 1961, relativos a sustancias psicotrópicas, ambos ratificados por España, decidió medidas drásticas, siendo precisamente una de ellas, la adopción por parte de los Estados signatarios de un servicio administrativo de control para impedir que las drogas tóxicas puedan encontrarse en dependencias públicas distintas de las previstas a tal fin”, y en su artículo 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, ordena que “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando, serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes”; concluyendo esta Sala afirmando que al enviar la Policía la sustancia ocupada al correspondiente órgano administrativo a quien está encomendada específicamente la custodia de dichos productos, comunicando dicho envío al Juez de Instrucción que solicitó el análisis correspondiente, nada anormal se observa». En el mismo sentido el auto del Tribunal supremo 1585/2011, de 6 de octubre.

- a) La persona y el lugar en que se localizó la muestra y la documentación del hallazgo.
- b) Todas las personas que la hayan tenido a su cargo y los lugares en los que haya estado guardada, depositada o almacenada.

En efecto, así lo viene exigiendo la jurisprudencia⁽⁴⁶⁾, la cadena de custodia requiere que conste siempre en los protocolos de conservación las firmas tanto de los policías y técnicos que ocupan, trasladan, pesan, entregan en Comisaría y depositan en sanidad la sustancia incautada, como la de quienes en cada una de las secuencias mencionadas las reciben.

En este sentido, se ha afirmado que la ausencia de determinados datos, como la identificación del número de placa de los funcionarios encargados de la custodia, simplemente supone que nadie se ha hecho responsable de ese objeto, es decir, que es factible que haya podido estar en manos de cualquiera⁽⁴⁷⁾.

- c) El tiempo que haya estado en poder de cada persona o depositada en un determinado lugar.
- d) El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada en otro lugar o ha pasado a manos de otras personas.
- e) Las personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras.

Por lo que se refiere a los efectos de la cadena de custodia, se hace preciso destacar que cumpliéndose los procedimientos de gestión y custodia, se garantiza la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral.

Por ello, la actuación policial con inobservancia del protocolo establecido, que exige la documentación de todos los actos, determina que la prueba pericial no pueda ser verosímil y se podría llegar a la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía⁽⁴⁸⁾.

Por su parte, el quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba.

En efecto, tengamos en cuenta a este respecto que «las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones⁽⁴⁹⁾».

Por lo tanto, «a pesar de la comisión por los respectivos responsables de ese proceso de ciertos defectos en cuanto al cumplimiento de tales formalidades ello no supone, por sí

(46) STS 129/2011, de 10 de marzo.

(47) STS53/2011, de 10 de febrero

(48) STS 501/2005, de 18 de abril.

(49) SSTS 1349/2009, de 29 de diciembre y 530/2010, de 4 de junio.

sólo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados»⁽⁵⁰⁾.

Así bien, resulta exigible asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad 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 valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos, etc.) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ése 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. No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad⁽⁵¹⁾.

A este respecto y con relación a la intervención de las comunicaciones, apunta el Tribunal Supremo en sentencia 401/2012, de 24 de mayo, que «Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, y sólo entonces, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, sólo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por si mismas, y en consecuencia poder ser estimadas como medio de prueba.

Tales requisitos, son los propios que permiten la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio, y que por ello se refieren al protocolo de incorporación al proceso, siendo tales requisitos la aportación de las cintas originales íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendiendo que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para, tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario. Tal estrategia, es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el artículo 11.2 LOPJ, de vigencia también, como el párrafo primero, a todas las partes del proceso, incluidas la defensa, y expresamente hay que recordar que en lo referente a las transcripciones de las cintas, estas solo constituyen un medio contingente —y por tanto prescindible— que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están son las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes; ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial.

(50) STS 169/2011, de 18 de marzo.

(51) *Vid.* a este respecto STS 506/2012, de 11 de junio.

De lo expuesto se deriva, que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole»⁽⁵²⁾.

No obstante, y a pesar de que no se trate de una cuestión de nulidad de la fuente de prueba, cuando se alega el incumplimiento de éstos y a los efectos de que el tribunal valore la fiabilidad de la fuente de prueba, se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, entendido como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, referida a elementos esenciales del delito y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen. Y que de ella queda inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos⁽⁵³⁾.

Pero no es que se vulnere dicho derecho de forma directa. Conviene dejar bien claro que la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa. Recordemos a este respecto que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados⁽⁵⁴⁾.

En este marco, resulta imprescindible garantizar la corrección de la denominada cadena de custodia, sin que pueda apreciarse pérdida de eslabón alguno, con el fin de asegurar que aquello que se presenta ante los tribunales como evidente o prueba es lo mismo que se encontró en el escenario delictivo⁽⁵⁵⁾. En efecto, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Auto 304/2011, de 31 de marzo, en relación a la cadena de custodia, «el problema que plantea es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello

(52) *Vid.* en este sentido también SSTC 22/84, de 17 de febrero, 114/84, de 29 de noviembre, 199/87, de 16 de diciembre, 128/88, de 27 de junio, 111/90, de 18 de junio, 199/92, de 16 de noviembre. SSTS de 12 de septiembre de 1994, de 1 de junio, 28 de marzo, 6 de octubre de 1995, 22 de julio de 1996, 10 de octubre de 1996, 3 de junio de 2002, 13 de enero de 2004, 23 de abril de 2004 y 6 de marzo de 2006.

(53) SSTC 52/2010, de 4 de octubre; 109/2009, de 11 de mayo; y 111/2008, de 22 de septiembre.

(54) STS 1349/2009, de 29 de diciembre. En el mismo sentido se pronuncian la AP de La Rioja en sentencia 109/2012, de 8 de junio, y la STS 444/2012, de 21 de mayo.

(55) FIGUEROA NAVARRO, C., «El aseguramiento de las pruebas...», *op. cit.*, p. 3.

sobre lo que recaerá la intermediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues el tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se trasladada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza, y, en su caso, destruye».

A este respecto sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia 179/2006, de 14 de febrero, que «Hemos de dejar sentada la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN. El instructor del sumario había dictado auto de sobreseimiento provisional por falta de autor. La policía autonómica vasca al entregar el atestado, y después de practicadas las primeras diligencias justifica indiciariamente la comisión de uno o varios delitos, quedando pendiente en su cometido o función el descubrimiento del autor o autores de los mismos. La policía advierte al juez que sigue practicando diligencias, de cuyo resultado positivo le dará oportuna cuenta. Y así fue, ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía, que la remite a su Laboratorio de genética forense; revelada la “huella genética” resulta coincidente con tres de los perfiles que se detectaron en las capuchas y mangas de jersey halladas junto al lugar de los hechos y que utilizaron los autores del delito para ocultar su identidad. Todo ello lo hacen en la correspondiente diligencia, por escrito y documentada, procediendo a su entrega al juez, que no advierte ninguna irregularidad y la une a los autos. A continuación el Instructor requiere a los imputados para que faciliten saliva u otro fluido corporal al objeto de realizar una prueba de contraste, a lo que se niegan, a pesar del poco sacrificio personal que ello suponía. En el juicio oral son citados el policía o policías que practican la recogida y los que realizan los análisis; estos últimos para la práctica de la prueba pericial correspondiente, junto a los que también intervino otro perito especialista en análisis de este género, propuesto por la defensa, emitiendo el correspondiente parecer en juicio y confirmando los análisis realizados con posibilidad de contradicción de todas las partes procesales. En definitiva, garantizada la cadena de custodia, al tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras debidas intervenidas en su día. Consecuentemente, la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia».

LA IMPLANTACIÓN DEL DP JUVENIL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: ¿UNA ASPIRACIÓN TRASNOCHADA?

MARÍA A. TRAPERO BARREALES

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de León*

RESUMEN

La implantación del DP juvenil en el sistema penal español: ¿una aspiración trasnochada?

El ideario de la seguridad y el del populismo punitivo han impedido la entrada en vigor del Derecho penal juvenil en España. La propuesta de regulación restrictiva prevista en la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor no ha satisfecho estos planteamientos. Porque en aquella propuesta se podía aplicar la ley penal del menor al joven que cometiera una falta, un delito menos grave sin violencia o intimidación o un delito menos grave sin peligro para las personas. Pero existen fundadas razones para la creación del Derecho penal juvenil, adoptando como criterio rector el de la madurez, extendiendo la regulación de la ley penal del menor a los jóvenes entre 18 a 21 años que se encuentran mentalmente más próximos a la etapa de la adolescencia.

Palabras clave: Delincuencia juvenil, Derecho penal de menores o Derecho penal de adultos, madurez, medidas educativas, medidas extrajudiciales de solución de conflictos, prevención especial.

ABSTRACT

The implantation of juvenile criminal Law in the Spanish criminal system: an aspiration outdated?

The ideology of security and that of the punitive populism have prevented the coming into effect of the juvenile criminal law in Spain. The proposal of restrictive regulation included in the fundamental law that regulates the criminal responsibility of minors has not met these ideas. In that proposal it was possible to apply the criminal law of the minor to the young person who committed a misdemeanour, a less serious offense without violence or intimidation or a less serious offense without danger for the people. But well founded reasons exist for the creation of the juvenile criminal law, taking the maturity as the guiding criterion, extending the regulation of criminal law of the minor to the people between 18 to 21 years old who are mentally closer to the stage of the adolescence.

Key words: Juvenile delinquency, criminal law of minors or criminal law of adults, maturity, educational measures, extrajudicial settlement of conflicts measures, special prevention.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LA CREACIÓN DEL DP DE JÓVENES: ¿UNA OPCIÓN JUSTIFICABLE?
 - III. LÍMITE MÁXIMO DE EDAD EN EL DP DE JÓVENES.
 - IV. CONDICIONES PARA LA CREACIÓN DEL DP DE JÓVENES.
 - V. NORMATIVA PENAL APLICABLE AL JOVEN.
- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.
-

I. INTRODUCCIÓN(*)

La LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha puesto fin a una aspiración, la creación del DP juvenil en nuestro sistema punitivo.

En efecto, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, había dado un primer paso hacia su formulación, si bien se trataba de una regulación muy restrictiva. Así, el antiguo art. 4 LORRPM anterior a su reforma por la citada LO 8/2006 disponía bajo qué condiciones podría aplicarse esta ley al joven entre 18 a 21 años que hubiera cometido un hecho delictivo. La regulación era del siguiente tenor:

«2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

- 1.^a Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.
- 2.^a Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.

(*) Abreviaturas utilizadas: ADP: *Anuario de Derecho Penal* (citada por año); AFDUAM: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma* (citada por número y año); AJA: *Actualidad Jurídica Aranzadi* (citada por número y año); AP: *Actualidad Penal* (citada por año y tomo); Art.: artículo; CDJ: *Cuadernos de Derecho Judicial* (citada por año y tomo); CE: Constitución Española; Comp.: compilador; Coord./s: coordinador/es; CP: Código Penal; CPC: *Cuadernos de Política Criminal* (citada por número y año); Dir./s.: director/es; DP: Derecho Penal; Ed./s.: editor/es; EDJ: *Estudios de Derecho Judicial* (citada por año y número); EP-Díaz Pita: *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; EH-Gimbernat: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, dos tomos, Edisofer, Madrid, 2008; EPC: *Estudios Penales y Criminológicos* (citada por número y año); FGE: Fiscalía General del Estado; H-Del Rosal: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993; ICADE: *Revista ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas* (citada por número y año); INE: Instituto Nacional de Estadística; La Ley: *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (citada por año y tomo); LH-Beristain: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989; LH-Cerezo: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002; LO: Ley Orgánica; LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria; LORRPM: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor; MFC del CGPJ: Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial (citada por número y año); N., nn.: nota/s; ONU: Organización de Naciones Unidas; *Op. cit.*: Obra citada; P., pp.: página/s; PANCP: Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal; PG: *Parte General*; RDPC: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (citada por época, en su caso, número y año); ReAIDP/e-RIAPL: *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (citada por año y número de artículo); RECPC: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (citada por número de artículo y año); RJCat: *Revista Jurídica de Cataluña* (citada por tomo, número y año); RP: *Revista Penal* (citada por número y año); RPen: Reglamento Penitenciario; S., ss.: siguiente/s; UE: Unión Europea; *Vid.*: véase. Este artículo se enmarca en los Proyectos de Investigación DER2010-16558, del Ministerio de Ciencia e Innovación (financiado con fondos FEDER), LE066A11-1, de la Junta de Castilla y León (en ambos Proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo) y en otro del Gobierno de Navarra (investigadora principal: Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales).

- 3.^a Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe».

Tras varios años suspendida la entrada en vigor de esta normativa, como se ha indicado al inicio de este comentario, la LO 8/2006 ha aplazado *sine die* la creación del DP juvenil en nuestro ordenamiento jurídico.

Se entiende que estamos ante un aplazamiento porque el art. 69 CP no ha sido derogado expresamente, precepto que establece que al mayor de 18 años y menor de 21 años que cometa un hecho delictivo se le podrá aplicar las disposiciones de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.

La formulación de este Derecho especial (denominado así porque va referido a un concreto círculo de sujetos, los jóvenes delincuentes) sólo está justificada si supone un tratamiento penal para el joven delincuente diferente, y «benévolo», en comparación con el tratamiento que se le aplicaría desde el DP de adultos, por tanto, sólo tiene sentido su defensa si se propone una regulación especial para este grupo de sujetos, bien porque se opta por la creación de un sistema específico para ellos, bien porque se opta por la extensión del DP de menores también a los jóvenes delincuentes.

Es precisamente esta circunstancia la que pone en entredicho la oportunidad de esta aspiración. Porque, descartada de momento la propuesta de un sistema específico para los jóvenes delincuentes, el recurso al DP de menores no asegura que la respuesta punitiva para el joven delincuente sea menos aflictiva que la que recibiría desde el DP de adultos. Aun cuando en el art. 8.2 LORRPM, formulado de manera incorrecta, se ha reconocido el principio de proporcionalidad en relación con las medidas (privativas de libertad) aplicables al menor de edad, para prohibir que su duración sea superior a la de la pena (privativa de libertad) que le hubiera sido aplicado con arreglo al CP a este sujeto de haber sido mayor de edad, las continuas reformas que ha sufrido aquella norma, guiadas por el ideario de la seguridad, han llevado a que, en la práctica, la respuesta sancionadora que recibe el menor desde esta ley específica sea tanto o más grave que la respuesta sancionadora que se impondría con el CP para los mismos hechos.

Si en la actualidad está en entredicho que la LORRPM sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, esta duda puede incrementarse de prosperar la propuesta de reforma del régimen de la suspensión presentada en el Anteproyecto de LO de reforma del CP, de 16 de julio de 2012, a pesar de que se deja pasar la oportunidad de ampliar la operatividad de este régimen alternativo a la prisión, pues con carácter general sigue manteniéndose el límite de que las penas privativas de libertad susceptibles de suspensión no superen los 2 años de duración y, sobre todo, la condición de que se trate de un delincuente primario (si bien se admiten excepciones para las dos condiciones). Pero sí se pretende formular un nuevo régimen de suspensión adaptado a la nula o mínima peligrosidad criminal del sujeto, estableciendo varias alternativas de tratamiento, con amplia discrecionalidad para su modificación y adaptación a la situación concreta del sujeto, introduciendo por primera vez la mediación penal, no como alternativa al procedimiento penal, sino como alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad.

A pesar de esta seria objeción, creo que sigue siendo oportuna la introducción del DP juvenil en nuestro sistema penal. Tal afirmación se apoyaría en un no cuestionado doble

presupuesto: el DP de menores ofrece una respuesta más específica y ajustada a la situación del menor, que tiene más expectativas de éxito en el objetivo de lograr su rehabilitación (en caso necesario), y el joven, por su madurez y desarrollo, presenta más similitudes con el menor que con una persona adulta.

El objetivo de este comentario va dirigido a reavivar el debate en torno al DP juvenil. Se prestará atención a las siguientes cuestiones centrales: primera, ¿es acertada esta decisión político criminal de no ofrecer un trato especial al joven delincuente? Segunda, para el caso de que la primera pregunta se conteste negativamente, ¿cuál sería el límite máximo de edad que se podría barajar para la creación del denominado DP de jóvenes? Tercera ¿bajo qué condiciones o presupuestos estaría justificada la implantación de este DP juvenil? Y cuarta, ¿qué disposiciones serían aplicables al joven, el DP de menores, el DP de mayores con algunos ajustes, un DP juvenil específico?

II. LA CREACIÓN DEL DP DE JÓVENES: ¿UNA OPCIÓN JUSTIFICABLE?

No han faltado voces que se han opuesto a la creación de este DP de jóvenes, básicamente porque si la mayoría de edad civil se ha establecido a los 18 años (art. 12 CE), ésta también ha de ser la edad de la mayoría de edad a efectos penales, ya que además las personas que han cumplido los 18 años no son ni constitucionalmente ni *de facto* menores de edad, además de que, si se atiende a la evolución experimentada por el DP de adultos, ya no parece tan necesaria la aplicación de la LORRPM para conseguir la resocialización de los jóvenes, pues también desde el DP de adultos se pueden perseguir fines preventivos especiales de los jóvenes delincuentes, y sin necesidad de que la respuesta punitiva sea la pena privativa de libertad y, para el caso de que se imponga pena de prisión, el trato especial que reciben en el centro penitenciario (hasta los 25 años), intensificando el esfuerzo en su resocialización y educación también supone una merma importante en los argumentos a favor del DP de jóvenes, sin olvidar que algunas objeciones se han dirigido no tanto a la existencia de un DP juvenil como a la regulación inicialmente propuesta por el legislador de la primera versión de la LORRPM y/o a la falta de recursos materiales y humanos para hacer frente a la delincuencia juvenil desde las instancias y recursos del DP de menores⁽¹⁾.

(1) CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC 96* (2008), 16 s., sintetiza las distintas críticas vertidas a la aplicación generalizada de la ley del menor a los jóvenes delincuentes: primera, que no se pueden establecer edades diferentes para la adquisición de la mayoría de edad civil y penal; dos, que no existe competencia estatal para exigir y asegurar la educación de los ciudadanos cuando estos alcanzan los 18 años; tercero, la evolución preventivo-especial del DP de adultos relativiza la necesidad de acudir al régimen del menor para apostar por la resocialización del joven. A tales críticas responde CRUZ MÁRQUEZ: primero, el concepto de mayoría de edad hace referencia a una capacidad y ésta se alcanza en edades diferentes en función del objeto al que se dirija (un contrato de compraventa o un abuso sexual, por ejemplo), pero es que además la decisión de extender la ley del menor a la responsabilidad penal del joven no es un problema que afecte a la mayoría de edad penal, sino que se refiere al modo como se responde ante el delito cometido por un joven; segundo, la intervención estatal procedente del derecho de protección de menores y la modulación educativa de la respuesta penal a ejercer por el Estado son cuestiones de diferente naturaleza: la primera es manifestación de la responsabilidad subsidiaria del Estado para asegurar el correcto desarrollo y educación del menor, que desaparece al cumplir los 18 años en aras de la autonomía particular para tomar decisiones sobre su educación y bienestar, la segunda es una manifestación de la obligación del Estado de prevenir el delito, que no desaparece con la adquisición de la mayoría de edad del delincuente; tercero, es cierto que se han producido avances en la tendencia resocializadora del

Pero la opinión más generalizada se muestra partidaria de tal creación legislativa⁽²⁾, una opción político criminal fundamentada principalmente en los estudios de psi-

DP de adultos, pero son mayores los logros que se pueden alcanzar con el DP de menores. Sobre los autores que se han mostrado contrarios a la creación del DP de jóvenes, *vid.* VENTAS SASTRE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 93, quien si bien inicialmente considera adecuado aplicar la ley del menor a los jóvenes entre 18 y 21 años, porque no han adquirido aún ni una madurez completa ni una personalidad sólida para ser juzgados conforme al CP común, luego parece ser contraria a esta posibilidad en *Minoría de edad*, 2002, 93 y n. 209, 248 s., 249 y n. 1117, ya que considera que con la posibilidad de aplicar el régimen penal de los menores a los jóvenes se corre el riesgo de ampliar el comienzo de la mayoría de edad penal a un criterio discrecional o potestativo del juez, pues la ampliación del régimen penal del menor al joven de hasta 21 años está ausente de una explicación razonable desde un punto de vista estrictamente penal, sin perjuicio de las diferencias oportunas en el régimen penitenciario, adhiriéndose en este aspecto a la tesis formulada previamente por ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Atenuantes*, 1997, 188. Pero más adelante VENTAS SASTRE afirma que resulta muy interesante la posibilidad de excluir a los jóvenes del CP (pp. 246 s.), para concluir que los jóvenes entre 18 a 21 años deberían quedar sujetos al CP, sin excepción, pero reconociéndole una responsabilidad atenuada y con un régimen especial como el previsto en la LOGP y en el RPEN (pp. 248 s.). Más claramente, CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 155; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 47, 66, se muestra contraria a mantener esta franja de edad, aunque en: *La Ley Penal 45* (2008), 63, afirma que prescindir de este tramo ha sido un error innecesario y contrario a la finalidad educadora que debería presidir e inspirar la aplicación general de la ley, pues además la aplicabilidad de la ley del menor a los jóvenes se había previsto para hechos de escasa trascendencia; DOLZ LAGO, en: *La Ley 1998-3*, 1511, afirmando que las personas mayores de 18 años y menores de 21 años ni constitucional ni realmente son menores, por eso no tiene sentido barajar edades superiores a los 18 años en la Justicia de Menores; FIERRO GÓMEZ, en: *La Ley 2006-3*, 1760, si bien también es partidario de que se busquen soluciones similares al tratamiento individualizado que habrían tenido los jóvenes de serles aplicables la ley del menor; ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *DP de menores*, 2.^a, 2007, 59 s., quienes aplauden la decisión de eliminar la aplicación de la ley del menor a los jóvenes entre 18 y 21 años; MORENILLA ALLARD, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios Ley penal del menor*, 2007, 53 s.; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4.^a, 2007, 82, 152, 154; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 65, quien considera positiva la eliminación del antiguo art. 4 por la LO 8/2006, ya que, dada su redacción, y los problemas que podía plantear, parece más conveniente su desaparición; DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, en: ASECIO MELLADO/FUENTES SORIANO (coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, 2008, 351, afirma que, por fortuna, el precepto que regulaba la posibilidad de aplicar la ley del menor al joven nunca llegó a entrar en vigor, y ha sido derogada tal posibilidad de modo definitivo; VALBUENA GARCÍA, *Medidas cautelares*, 2008, 28 n. 54, quien se hace eco de las propuestas formuladas desde distintos sectores de excluir la aplicación de la ley del menor al joven y, en su lugar, proponer la inclusión de una circunstancia atenuante para el caso de que el hecho sea cometido por un joven de entre 18 a 21 años, o la aplicación al joven en el procedimiento penal ordinario de alguna de las medidas previstas para la legislación de menores. No rechaza abiertamente la aplicación de la LORRPM al joven GÓMEZ RECIO, en: *AJA 437* (2000), 2 ss., si bien advierte que, al no existir razones dogmáticas que justifiquen la aplicación de la LORRPM, se pueden plantear problemas de orden práctico y de encaje constitucional, formulando estas objeciones desde la regulación propuesta en la versión inicial del art. 4 LORRPM (antes de ser modificado su contenido por la LO 8/2006). En concreto, GÓMEZ RECIO advierte de que el antiguo art. 4 podría ser contrario a los principios de igualdad, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, de seguridad jurídica y de legalidad. Además, podría ocasionar un aumento de la litigiosidad, problemas de imparcialidad del juez de instrucción en el enjuiciamiento de las faltas y generar crisis procesales por discrepancias entre el juez de instrucción y el fiscal de menores. Como consecuencia de la utilización del populismo punitivo como fenómeno «justificador» de la expansión del DP, también se ha puesto en entredicho la conveniencia de aplicar la Ley penal del menor a los jóvenes que han alcanzado los 18 años. En este sentido, CANO PAÑOS, en: *ADP 2002*, 288, menciona que, desde esta perspectiva, en Alemania se está planteando la exclusión de los jóvenes de 18 a 21 años del ámbito de aplicación de la ley penal del menor alemana.

(2) La creación del DP de jóvenes ha sido una aspiración antigua, potenciada con el profundo cambio experimentado con la CE. *Vid.* a favor de la creación del DP juvenil, además de los autores que se citarán en las siguientes notas, BARBERO SANTOS, en: *Marginación social*, 1980, 117; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 164 s., 178; en: *Eguzkilore 2* (1988), 63; en: *RECPC 10-09* (2008), 35; CANTARENO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 228, 304; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *H-Del Rosal*, 1993, 638 s.; en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 47; RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139; en: *ICADE 53* (2001), 215; VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, 1995, 352; GÓMEZ PAVÓN, en: RUIDÍAZ GARCÍA (comp.), *Violen-*

ciología evolutiva que demostrarían la mayor proximidad del joven al mundo del menor y, en contrapartida, su mayor lejanía con el mundo del adulto. El grado de madurez que ha alcanzado el joven a los 18-20 o 21 años no es completo, máxime en un contexto histórico-geográfico en el que se ha podido constatar que la etapa de la adolescencia se está prolongando con el consiguiente retraso de la vida adulta, la formación del joven se prolonga en el tiempo, se retrasa su entrada en el mercado laboral así como su independización del domicilio paterno, su participación sociopolítica alcanzada con la mayoría de edad es muy reciente... En definitiva, si desde esta perspectiva se puede concluir que el joven presenta mayores semejanzas con el menor⁽³⁾, en tal caso también se puede deducir que el logro

cia juvenil, 1998, 72 s.; URRÁ PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 223 s.; en: CORCOY BIDASOLO/RUIDÍAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 167; AGUIRRE ZAMORANO, en: *EDJ 1999-18*, 340; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, 229; GARCÍA PÉREZ, en: *RDPC 2.ª época 3* (1999), 68; en: *CDJ 2005-XXV*, 429; en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 56; CRUZ BLANCA, en: *Revista de Estudios Jurídicos 3* (2000), 56; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 40; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Proyecto alternativo*, 2000, 27 s.; SEGOVIA BERNABÉ, en: *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 70; LANDROVE DÍAZ, en: *LH-Cerezo 2002*, 1580 s.; en: *La Ley 2006-3*, 1853; ORTA I RAMÍREZ/ROGENT I ALBIOL, en: *RJCat 101, 1* (2002), 116, 136; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-1*, 130; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 324, 326; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 273, 279, 328 ss., 334 ss.; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 134; GARCÍA RIVAS, en: *RP 16* (2005), 90; HIGUERA GUIMERA, en: *La Ley Penal 18* (2005), 13, 14; en: *La Ley Penal 27* (2006), 71, 78, 89; en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2366, 2369; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 78 s.; en: *CPC 96* (2008), 18 ss.; NIETO GARCÍA, en: *CDJ 2006-XXII*, 351; GUTIÉRREZ ALBENTOSA, en: *La Ley 2006-1*, 1419; en: *La Ley 2007-2*, 1748; FERRÉ OLIVÉ, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 667; HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2.ª, 2008, 406; RODRÍGUEZ GARCÍA, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Menores en un Estado de Derecho*, 2009, 56; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El DP de menores a debate*, 2010, 35 s., quien calificaba la previsión del antiguo art. 4 LORRPM de opción interesante que «sin embargo, ha tenido una tortuosa evolución, sin, prácticamente, aplicación real, hasta llegar a su completa e incomprensible desaparición».

(3) *Vid.* más ampliamente sobre los argumentos indicados en el texto, entre otros, CABALLERO, en: *CPC 27* (1985), 414 ss., 418 s., quien se hace eco de la prolongación de la fase evolutiva de la adolescencia; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *Eguzkilore 2* (1988), 63, quien ha afirmado que bien por la personalidad del sujeto, su medio ambiental, las circunstancias o motivaciones de su conducta pueden confundirse con los hechos realizados por los menores de 18 años; BUSTOS RAMÍREZ, en: *LH-Beristain 1989*, 481, quien añadía un argumento adicional, y es que cuando se trataba de una protección amplia del menor el CP anterior llegaba a los 23 años, argumento que ha perdido vigencia en el actual CP, pues en este nuevo cuerpo legal la especial protección se centra en el menor de edad, que es el menor de 18 años, o en el menor de edades inferiores (generalmente de 13), si bien de manera excepcional también encontramos tipos penales que reconocen como circunstancia agravante la circunstancia de la edad de la víctima, sin especificar si esta vulnerabilidad se refiere a que es de corta edad o de edad avanzada (por ejemplo, en los delitos de agresiones, abusos sexuales y acoso sexual); SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 168 ss., 171; en: *AP 2000-3*, 727; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, 229; GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 53 s.; en: *AP 2000-3*, 691; en: *CDJ 2005-XXV*, 429; CRUZ BLANCA, en: *Revista de Estudios Jurídicos 3* (2000), 56, quien recurre a argumentos de política criminal, psicológicos y sociológicos; en: *CPC 75* (2001), 494 y n. 46; *DP de menores*, 2002, 305 s.; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 53 s., 72; *PG*, 3.ª, 2002, 983 s.; TAMARIT SUMALLA, en: *RP 8* (2001), 79; en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 29; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios LORRPM*, 2001, 53; DE URBANO CASTRILLO, en: DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Responsabilidad penal de los menores*, 2007, 40 s.; ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 44; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-1*, 130; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 218 s., 236, 310; en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2.ª, 2007, 338 s.; RODRÍGUEZ MESA, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 248, quien argumenta que el reconocimiento de un tramo de edad intermedio entre la minoría de edad y la edad adulta es aconsejado por los biólogos, psiquiatras y sociólogos, en el convencimiento de que la madurez en el ejercicio del comportamiento consciente no se alcanza hasta una edad intermedia entre los 21 y los 25 años. Añade que la política criminal no puede ignorar esta categoría porque su criminalidad ofrece generalmente unos

de los fines educativos (aún necesarios para una persona de esta edad) y socializadores del joven infractor pueden conseguirse de manera más adecuada desde el DP de menores, logrando también evitar los efectos perjudiciales que podría tener para el joven la aplicación de las penas del DP de adultos y, de manera destacada, porque el recurso al DP de menores facilita la posibilidad de apreciar los mecanismos de desjudicialización previstos en esta ley también para la delincuencia juvenil (que en la LORRPM están limitados a infracciones de poca gravedad)⁽⁴⁾: la conciliación o la reparación entre menor y víctima previstas en el art. 19 LORRPM⁽⁵⁾.

Enlazado con el anterior argumento, también se ha apoyado la creación del DP de jóvenes atendiendo a la aún disminuida capacidad de culpabilidad del joven, que sí es superior a la del menor pero que aún no ha alcanzado el grado de plenitud propio del adulto⁽⁶⁾.

La tesis favorable a la creación del DP juvenil puede reforzarse atendiendo a la respuesta que se ha dado a esta materia desde el Derecho Comparado, en particular desde los países europeos del entorno geográfico más próximo (en especial Alemania, por la

rasgos cuantitativos y cualitativos especiales acreedores del sometimiento a un régimen en el que predomine la tendencia reformadora; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 193; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 78; en: *CPC 96* (2008), 14 ss.; en: *AFDUAM 15* (2011), 256; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 61 s.; MORENTE MEJÍAS/BARROSO BENÍTEZ/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ/GREEN, en: MORENTE MEJÍAS (dir.), *Laberinto social de la delincuencia*, 2008, 78, quienes alegan que, desde un punto de vista psicológico, sociológico y político criminal el joven está más cerca del menor que del adulto; RODRÍGUEZ GARCÍA, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Menores en un Estado de Derecho*, 2009, 56.

(4) Destacan este argumento sobre la más adecuada respuesta a la delincuencia de los jóvenes desde el DP de menores, entre otros, RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139, ya que las medidas alternativas a la prisión posibilitarán la educación y reinserción social del joven; ORTA I RAMÍREZ/ROGENT I ALBIOL, en: *RJCat 101, I* (2002), 116, 136, para quienes la jurisdicción de menores está diseñada para llevar a término la labor de resocialización de forma más adecuada que la jurisdicción ordinaria; LANDROVE DÍAZ, en: *La Ley 2006-3*, 1853, quien destaca la posibilidad de aplicar las medidas de desjudicialización previstas en la LORRPM a las infracciones penales de escasa entidad cometidas por los jóvenes; CRUZ MÁRQUEZ, en: *AFDUAM 15* (2011), 256, también destaca la posibilidad de aplicar a los jóvenes los mecanismos de desjudicialización previstos en la LORRPM, con la consiguiente descarga de trabajo para los órganos judiciales competentes.

(5) El art. 19.1 dispone lo siguiente: «También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. // El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta». En relación con el joven, no parece que tenga sentido aplicar la otra modalidad de desistimiento en la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, la prevista en el art. 18, pues en este caso, cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, para el caso de que el Ministerio Fiscal decida desistir de la incoación del expediente, ha de dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para valorar en qué situación se encuentra este menor, si está o no en situación de desprotección y/o de desamparo. Y ello porque las entidades públicas de protección sólo de manera excepcional podrán ejercer sus funciones y competencias una vez que el sujeto ha alcanzado la mayoría de edad.

(6) Esta capacidad de culpabilidad aún no plena del joven se explicaría desde las constataciones de la psicología evolutiva. Defienden este fundamento SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 170 s.; GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 53 s.; en: *AP 2000-3*, 691 s.; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 156, 159, 273, 279, 328 ss., 334 ss.; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 132, quien argumenta que en la antigua regulación del art. 4 LORRPM existía una presunción *iuris tantum* sobre la capacidad plena de culpabilidad del joven entre 18 a 21 años, salvo que se demostrase que la tenía disminuida; CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC 96* (2008), 14 ss.; en: *AFDUAM 15* (2011), 256.

influencia que ha tenido en la regulación del DP de menores), al igual que también pueden ser de utilidad las recomendaciones y directrices que, sobre este aspecto, se han formulado desde organizaciones internacionales de las que España forma parte, mereciendo mención especial en este tema la Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre, del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores⁽⁷⁾.

Y, finalmente, si las consideraciones criminológicas han sido esgrimidas para determinar el límite mínimo de la edad penalmente relevante a efectos de aplicación de la LORRPM quizás no deberían ser obviadas ahora, a la hora de decidir si está justificada o no la creación del DP juvenil. En particular, si se hubiera dado por correcta (al menos de momento) la inicial regulación propuesta en la LORRPM o, en todo caso, como propuesta de mínimos en un momento histórico en el que la política criminal está guiada por los postulados del punitivismo y la defensa social, excluyendo de su posible aplicación particularmente al joven que cometa delitos graves, delitos menos graves con violencia o intimidación y delitos que comporten grave peligro para la vida o integridad personales, pues una vez descartadas estas infracciones los resultados que arrojan las estadísticas revelan que la incidencia de la aplicación de la LORRPM a los jóvenes de hasta 21 años sería de escasa entidad, en hechos poco graves, destacando de manera muy sobresaliente los ataques patrimoniales no violentos⁽⁸⁾.

(7) *Vid.* en este sentido, entre otros, APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, 229; LANDROVE DÍAZ, en: *LH-Cerezo 2002*, 1580 s.; en: *La Ley 2006-3*, 1853; HIGUERA GUIMERÁ, en: *La Ley Penal 27* (2006), 78, 89; GARCÍA PÉREZ, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 49 s.; en: JORGE BARREIRO/FEJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 48 s.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *RECPC 10-09* (2008), *passim*, y especialmente 35 ss., quien repasa los acuerdos, las recomendaciones y directrices de la ONU, el Consejo de Europa y la UE sobre el tratamiento del menor y joven infractor. En concreto, en relación con la creación del DP juvenil, se encuentra mencionada en la Recomendación (2003) 20, del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores, con el argumento de que «Habida cuenta del alargamiento del periodo de transición hacia la vida adulta, en relación con los menores de 21 años debería permitirse su tratamiento en la línea de los adolescentes si los jueces consideran que no pueden equipararse a los adultos en lo relativo a su madurez y a la responsabilidad de sus actos» (III.11). También se alude al tratamiento del joven adulto como si fuera un menor de edad, si aquel no tiene la madurez del adulto, en los Principios Básicos del Consejo Penológico de marzo de 2007 (elaborado en el seno del Consejo de Europa por el Consejo para la cooperación penológica que está trabajando en un proyecto de reglas europeas sobre menores delincuentes).

(8) Sobre este particular, RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, en: *CPC 74* (2001), 330, 335 s., 340 ss., llevan a cabo un estudio de la delincuencia de menores y jóvenes sobre datos 1996-1998; GUTIÉRREZ ALBENTOSA, en: *La Ley 2006-1*, 1419, quien reconoce que la regulación del antiguo art. 4 LORRPM hubiera afectado a un número reducido de jóvenes; CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC 96* (2008), 36 ss. y nn. 138 y 140, ofrece información estadística sobre el número de detenciones desde 2001 a 2006 y el porcentaje de jóvenes condenados y tipología de delitos cometidos por ellos, en infracciones penales concurriendo violencia o intimidación, entre los años 1999 y 2005, para concluir que las infracciones que más cometen los jóvenes siguen siendo las patrimoniales y los delitos contra la seguridad colectiva —seguridad vial y tráfico de drogas—. También ofrece datos estadísticos desde 1999 a 2006 sobre el número de condenados de 18 a 21 años atendiendo a los Títulos en los que se divide el Libro II del CP (p. 41), datos sobre reincidencia desde 1999 a 2005 (p. 42) y comparativa de datos estadísticos de delincuencia entre menores de 16 a 18 años y jóvenes de 18 a 21 años (p. 43); en: *AFDUAM 15* (2011), 255, esta autora afirma que, pese a la creencia de una mayor incidencia delictiva a estas edades, lo que podría llegar a justificar un incremento de la alarma social si se llegara a aplicar la LORRPM al joven delincente, los datos oficiales disponibles no muestran ni una mayor criminalidad en comparación con otros grupos de edad, ni un incremento en los delitos cometidos. En efecto, si se consultan los datos estadísticos que se publican en el INE sobre condenados por tipo de delito y edad desde los años 2001 (año de la

entrada en vigor de la LORRPM) a 2010, se puede comprobar cómo el mayor número de delitos cuantitativamente, superando la cifra de 100, se incluyen en las categorías genéricas de lesiones, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, delitos contra la seguridad colectiva, delitos contra el orden público, desde 2004 también los delitos contra la Administración de Justicia, desde 2007 también los delitos contra la libertad, las falsedades, los delitos contra la Administración Pública (que bajan de forma sustancial en 2009 y 2010), en 2009 también los delitos contra la libertad sexual. Los datos estadísticos aparecen más detallados desde 2007, reflejando cifras relativas a los distintos capítulos en los que se sistematiza los distintos títulos del libro II CP: en el año 2007, en los delitos que cuantitativamente superan la cifra de 100 condenados, de los 114 constatados en los delitos contra la libertad el porcentaje más alto es el referido a los delitos de amenazas, 92; de los 5.228 condenados por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico las cifras más elevadas corresponden a los delitos de hurto 1.075, los robos 2.899, los hurtos y robos de uso de vehículo a motor 368, las defraudaciones 127, los daños 463, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial 107 y los delitos de receptación 119; de los 2.685 condenados por delitos contra la seguridad vial los datos más altos corresponden a los delitos contra la salud pública 822 y los delitos contra la seguridad vial 1.856; de la cifra de 316 por delitos de falsedades, en las falsedades de moneda se constatan 153 condenas, y en las falsedades documentales 160; de las 114 condenas por delitos contra la Administración Pública 102 se computan al delito de abandono de destino; en los delitos contra la Administración de Justicia, el porcentaje mayor de las 429 condenas se computan al delito de quebrantamiento de condena, con 299; y de la cifra de 655 en los delitos contra el orden público el porcentaje más elevado corresponde a los atentados contra la autoridad, con 603; en el año 2008 los resultados son los siguientes: en delitos contra la libertad 169, computándose 137 en las amenazas; en delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico 5.258, y las cifras más altas corresponden a los delitos de hurto, 1.040, delitos de robo, 2.975, delitos de hurto y robo de vehículos a motor, 387; defraudaciones, 124; daños, 421; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, 111, y receptación, 122; de la cifra de 6.590 en los delitos contra la seguridad vial las cifras más elevadas corresponden a delitos contra la salud pública 849 y delitos contra la seguridad vial 5.736; de los 188 condenados por falsedades la cifra más elevada se computa a las falsedades documentales con 161; de las 103 condenas en delitos contra la Administración Pública 89 se refieren al delito de abandono de destino; la cifra de 444 de los delitos contra la Administración de Justicia se distribuye en 105 para delitos de acusación y denuncia falsa y 290 en el de quebrantamiento de condena; de la cifra de 608 de los delitos contra el orden público 587 se computan al delito de atentados contra la autoridad; los resultados del año 2009 se distribuyen del siguiente modo: de las 191 condenas por delitos contra la libertad 165 corresponden a los delitos de amenazas; de 113 condenas por delitos contra la libertad sexual la cifra más alta corresponde a las agresiones sexuales con 58 condenas; la cifra de 5733 de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico se distribuyen en sus datos más altos con 999 por delitos de hurto, 3.332 en delitos de robo, 420 en delitos de hurto y robo de uso de vehículos a motor, 146 en defraudaciones, 535 en daños, 78 en delitos contra la propiedad intelectual e industrial y 130 en delitos de receptación; de la cifra de 7.564 condenados por delitos contra la seguridad colectiva 909 corresponde a delitos contra la salud pública y 6.652 a delitos contra la seguridad vial; las condenas por falsedades ascienden a 164, correspondiendo 144 a las falsedades documentales; de la cifra de 498 en delitos contra la Administración de Justicia 106 son condenados por delitos de acusación y denuncia falsa y 334 por quebrantamiento de condena; y del dato de 661 por delitos contra el orden público 632 se computan a los delitos de atentado contra la autoridad; finalmente, los resultados de 2010 se distribuyen de la siguiente manera: de 234 condenados por delitos contra la libertad 191 se computan a los delitos de amenazas, los 5.813 condenados a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico se computan en su mayoría a los hurtos con 962, los robos con 3.525, los hurtos y robos de uso de vehículos a motor con 380, las defraudaciones con 152, los daños con 517 y la receptación con 132; de la cifra de 6133 condenados por delitos contra la seguridad colectiva los datos más altos se refieren a delitos contra la salud pública con 885 y los delitos contra la seguridad vial con 5.244; de las 196 condenas por delitos de falsedades la mayoría se computan a las falsedades documentales con 175; de los 546 condenados por delitos contra la Administración de Justicia las cifras más altas se refieren a los delitos de acusación y denuncia falsa con 125 y el de quebrantamiento de condena con 372; y de los 713 condenados por delitos contra el orden público 670 se computan a los delitos de atentado contra la autoridad. Como veremos más adelante, en orden a la creación del DP juvenil se puede utilizar el concepto de infracción juvenil en el que se incluyen infracciones como los delitos de hurto, robo, daños, agresiones sexuales, delitos contra la seguridad vial, tráfico de drogas, lesiones, amenazas, lo que en mayor o menor medida se ve reflejado en estos datos estadísticos: el porcentaje elevado de quebrantamientos de condena se puede entender desde la privación del permiso de conducir a los condenados por delitos contra la seguridad vial, o los atentados a la autoridad por el comportamiento violento y rebelde del joven frente al orden establecido (los movimientos antiglobalización se nutren de jóvenes inconformistas), las cifras de delitos contra la propiedad intelectual e industrial también se pueden explicar por la utilización de las nuevas tecnologías y su uso para la descarga de contenidos por la red. Si ahora cruzamos estas cifras con la antigua redacción del art. 4 LORRPM anterior a la reforma de la LO 8/2006, en el que se exclu-

Como se ha indicado en la introducción, si bien inicialmente el legislador español dio un paso en el reconocimiento del DP juvenil rápidamente se arrepintió, ya que antes de averiguar qué incidencia habría tenido el antiguo art. 4 LORRPM, se suspendió su entrada en vigor (al principio sólo de manera temporal), usando como argumento para el aplazamiento la falta de medios materiales y humanos para su aplicación⁽⁹⁾, aunque también se ha destacado como explicación el posible miedo del legislador a la hora de someter a los jóvenes, considerados como demasiado conflictivos, a una normativa percibida por la opinión pública como demasiado laxa y benévola⁽¹⁰⁾, un temor que, aparte de infunda-

ye de la aplicación de la ley de menor si el joven comete un delito grave, un delito menos grave con violencia o intimidación y los delitos que supongan un grave peligro para la vida o integridad personales, sin atender ahora a otros requisitos y condiciones para la aplicación de esta ley al joven delincuente, con el añadido de que incluso se puede hacer una interpretación amplia de los términos violencia, intimidación, peligro, entonces se puede comprobar que la afirmación realizada en el texto es cierta: la incidencia y aplicabilidad de la LORRPM a los jóvenes delincuentes entre 18-21 años sólo afectaría a un porcentaje no muy significativo, y en relación con las infracciones que menos alarma social generan.

(9) Este temor puede ser calificado como infundado, ya que atendiendo a la redacción del antiguo art. 4 LORRPM los casos que podrían reconducirse a la LORRPM no eran cuantitativamente elevados, y en todo caso el traslado de un porcentaje de casos al ámbito de esta ley también podría haberse acompañado de una redistribución de medios materiales y humanos del DP de adultos al DP de menores (si bien esta redistribución de medios sí implica un coste económico). Porque, por otro lado, la entrada en vigor de la LORRPM tenía que ir acompañada de una inversión económica para su puesta en marcha, y en esta previsión perfectamente se podía haber incluido la posible aplicación ampliatoria de la ley a los jóvenes delincuentes. Otra cosa es que esta previsión económica tampoco se hiciera para la aplicación del ámbito propio de la LORRPM, y, sin medios para la aplicación a los menores, difícilmente se podía asumir la ampliación de su operatividad también con los jóvenes.

(10) *Vid.*, para más detalles sobre estos argumentos, HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 29; en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2364, quien enumera posibles causas para la suspensión: carencia de centros adecuados, frecuente fuga de menores de centros de internamiento lo que producía gran alarma social, los centros existentes no eran adecuados para los jóvenes de 18 a 21 años, presiones de la policía y de sectores de jueces y fiscales de menores que consideraban que sus respectivas funciones policiales y jurisdiccionales podrían verse abrumadas al poder conocer de las infracciones penales de este grupo de jóvenes. Pero en relación con el temor por la insuficiencia e inadecuación de los centros, da la impresión de que la aplicación de la LORRPM al joven delincuente implicaba la imposición generalizada de la medida «estrella», la de internamiento en sus distintas modalidades o, en el mejor de los casos, la medida de asistencia a un centro de día o la permanencia de fin de semana a cumplir en un centro, cuando tal temor estaba muy alejado de la realidad, porque la medida privativa de libertad ha de imponerse de manera restrictiva, como último recurso, cuando los hechos que podrían dar lugar a la aplicación de la LORRPM —a la vista de los requisitos exigidos en el antiguo art. 4— eran cualitativamente poco graves, no pareciendo adecuado que ante hechos de esta entidad se responda con medidas privativas de libertad, y, sobre todo, porque en la selección de la medida aplicable ha de respetarse el principio de proporcionalidad reconocido expresamente, aunque de una manera muy imperfecta, en el art. 8 LORRPM; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: *RDPC 2.ª época 18* (2006), 72; en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 54, quienes consideran que fueron las razones económicas las verdaderas causas del aplazamiento. Y añaden que, en relación con la desconfianza frente a la posible aplicación de esta regulación al joven menor de 21 años, se trata de un temor irracional, no se deriva del contenido y alcance de la previsión contenida en la LORRPM (atendiendo a los requisitos que se exigían para la posible aplicación de la ley al menor de 21 años), ideas que reitera BARQUÍN SANZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 12 s.; VALBUENA GARCÍA, *Medidas cautelares*, 2008, 28 n. 54, alude como argumento el temor latente en el legislador por el carácter progresista e innovador de la ley del menor, ya que la posibilidad de aplicar la ley al joven podría dar lugar a que centros de reforma, supuestamente concebidos para la educación de menores, se vieran habitados por individuos de hasta 21 años. Esta autora se hace eco de las solicitudes en este sentido formuladas por el Defensor del Menor, la FGE, la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia, además y sobre todo, de las presiones de los familiares de las víctimas; RODRÍGUEZ GARCÍA, en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Menores en un Estado de Derecho*, 2009, 56, destaca como argumento para la suspensión definitiva del antiguo art. 4 la política defensiva y populista que ha inspirado la reforma operada por la LO 8/2006, reconociendo que también los argumentos de tipo económico han pesado en la suspensión definitiva del antiguo art. 4 en esta última reforma. En cuanto a la explicación atendiendo a razones económicas, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en:

do⁽¹¹⁾, tampoco se ha de enfrentar por el camino más fácil, la suspensión de la entrada en vigor del DP juvenil, sino que tendría que haberse superado con la información veraz sobre la, en ocasiones, dureza en el tratamiento del menor delincuente a través de la LORRPM y, en cualquier caso, porque la aplicación de esta ley al joven delincuente se había limitado a hechos de escasa gravedad, a supuestos en los que la respuesta desde el DP de adultos tampoco resulta necesariamente dura (pues los casos que hubieran podido subsumirse en la LORRPM desde el CP perfectamente podrán entrar en el ámbito de aplicación de los sustitutivos penales)⁽¹²⁾. En la reforma operada por la LO 8/2006 se opta definitivamente por eliminar la aplicación de esta ley al joven menor de 21 años. En este caso la decisión se adopta por los temores públicamente manifestados de que el internamiento de mayores de 18 años en los centros de reforma los convirtiera en escuelas de delincuencia para los de menor edad, centrando nuevamente la atención en la parece generalizada aplicación de la medida de internamiento como respuesta a los hechos delictivos cometidos por los jóvenes (quizás se centraba la atención en esta medida, como si su imposición fuera muy frecuente, para evitar las críticas sobre la benevolencia de la ley con los delincuentes, menores y jóvenes), sin olvidar que en esta suspensión definitiva también ocuparon un lugar destacado las presiones procedentes de los familiares de las víctimas causadas por los propios menores⁽¹³⁾. Una decisión la del legislador duramente criticada, pues se ha llegado a afirmar que

VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2.ª, 2007, 339, la califica de justificación vana, ya que antes de agotar el plazo de suspensión se volvió a suspender hasta 2007, siendo la idea del legislador derogar definitivamente esta aplicación de la ley a los jóvenes de hasta 21 años, hecho que ha sucedido con la LO 8/2006.

(11) Así lo afirman BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 54 s.; GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE BORRALLA (dir.), *Justicia penal de menores*, 2010, 130.

(12) Sobre este particular, GUTIÉRREZ ALBENTOSA, en: *La Ley 2006-1*, 1419, quien advierte de que, atendidos los requisitos establecidos en el antiguo art. 4 LORRPM, los posibles hechos cometidos por el joven delincuente susceptibles de ser sancionados a través de esta ley eran cuantitativamente reducidos, además si eran rechazados por la jurisdicción de menores en el DP de adultos no se hubiera condenado a este joven con pena privativa de libertad, llegando a plantearse que la aplicación de la LORRPM no fuera la más ventajosa para este joven, al contrario, las mayores ventajas podían aparecer con la aplicación del DP y la solución a través de la jurisdicción de adultos. Por su parte, BARQUÍN SANZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Menor víctima y victimario*, 2010, 15 ss., advierte que, según la antigua redacción del art. 4 LORRPM, no se permitía el traspaso a la jurisdicción de menores de ninguno de los supuestos que causan especial inquietud social cuando el autor del hecho es un joven menor de 21 años, pues quedaban excluidos los delitos violentos o intimidatorios, los delitos graves, los delitos que originan un grave riesgo para la vida o la integridad de las personas, los delitos relacionados con el terrorismo, el joven que había sido condenado en firme en la jurisdicción penal, además de aquel joven cuyas circunstancias personales y grado de madurez no aconsejan su traspaso a la jurisdicción de menores. Concluía este autor que, después de aplicar los requisitos del antiguo art. 4 LORRPM, quedaban muy pocos supuestos en los que al joven se le podría aplicar la legislación penal de menores, «y desde luego nada preocupantes en términos de peligrosidad social».

(13) Como ya se mencionara con anterioridad, destaca estos argumentos como motivos para la suspensión definitiva VALBUENA GARCÍA, *Medidas cautelares*, 2008, 28 n. 54, haciéndose eco de las solicitudes en este sentido formuladas por el Defensor del Menor, la FGE, la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia, además y sobre todo, de las presiones de los familiares de las víctimas. ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4.ª, 2007, 154, 181, alude a otras razones para la supresión de esta regulación; en concreto, se refiere a que la eliminación tuvo que ver más con cuestiones relativas a la falta de medios para hacer frente a la ejecución de las medidas, más que con cuestiones técnicas o procesales. SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 10, alegan otros posibles argumentos que se han tenido en cuenta para favorecer el cumplimiento de las medidas en centros penitenciarios cuando el menor alcanza la mayoría de edad y que, indirectamente, también han podido influir en la decisión de suspender definitivamente la aplicación de la ley del menor al joven entre 18 a 21 años. Son razones de tipo económico: lo costoso

el legislador está dispuesto a desentenderse de las necesidades especiales de estos jóvenes a costa de conseguir mayores dosis de seguridad social y de eficacia⁽¹⁴⁾. A mayor abundamiento, se ha objetado que el legislador ha claudicado ante las demandas vindicativas a menudo exigidas por la sociedad, además de reconocer su incapacidad logística para hacer frente a las necesidades que reclaman estos jóvenes (que, según los criterios inicialmente establecidos para la aplicación de la LORRPM, habrían cometido hechos delictivos menos graves)⁽¹⁵⁾. Siendo certeras estas objeciones no podemos pasar por alto el uso manipulador de las soluciones de la LORRPM para, en este caso, justificar una decisión poco razonable. Porque se teme que el centro de reforma se convierta en la escuela de delincuencia en paralelismo a lo que sucede con los centros penitenciarios con los delincuentes mayores de edad, dando la impresión de que las medidas de internamiento son las que generalmente se aplicarán a los jóvenes delincuentes. Pero si tenemos en cuenta que nos encontramos ante personas con un grado de madurez semejante al menor, que las medidas privativas de libertad no se han de aplicar de manera generalizada, y, en particular, que los hechos cometidos por jóvenes que hipotéticamente hubieran podido sancionarse a través de la LORRPM son de escasa entidad, atendidos los requisitos exigidos en el antiguo art. 4 LORRPM, en los que se puede recurrir además a las medidas desjudicializadoras previstas en esta ley (art. 19 LORRPM), resulta que la aplicación de las medidas de internamiento no iba a ser tan frecuente como se manifiesta públicamente. Pero aun cuando la aplicación de estas medidas fuera lo habitual, la solución a la posible conversión de los centros de reforma en escuelas de delincuencia no pasa por la eliminación del DP juvenil, sino por el diseño de estos centros para evitar la comunicación de sujetos con edades tan diferentes.

Como se acaba de afirmar, la última reforma de trascendencia de la LORRPM, la operada por la LO 8/2006, de marcados tintes punitivistas y de defensa social, ha eliminado de manera definitiva (salvo reforma en contrario en un futuro lejano) la posibilidad de aplicación de esta ley al joven entre 18 y 21 años⁽¹⁶⁾ y, lo que es aún más grave, ha abier-

y complicado de la vigilancia, la seguridad y la disciplina en los centros de internamiento a medida que la edad del sujeto es mayor, cuanto mayor es el margen de la edad de los internos mayores grupos de separación hay que realizar, con la consiguiente necesidad de más medios, es preciso evitar los contactos entre internos con grandes diferencias de edad por la influenciabilidad de los más jóvenes por los de mayor edad.

(14) Así se expresa GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE BORRALLO (dir.), *Justicia penal de menores*, 2010, 129 s. En la misma línea crítica, LACRUZ LÓPEZ, en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *DP juvenil*, 2.ª, 2007, 255 n. 50, tras afirmar que la supresión definitiva de esta previsión se ha basado en el giro retributivo y preventivo general que pretende dar la LO 8/2006 al conjunto de la regulación de la LORRPM, concluye que con ello se produce un importante retroceso desde el punto de vista político criminal y de la subsidiariedad de la sanción penal; MORILLAS CUEVA, en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El DP de menores a debate*, 2010, 35 s., añade que la eliminación de la LORRPM ha supuesto perder «una oportunidad para introducir respuestas más humanitarias y educativas a jóvenes en esa banda de edad, a los que por la levedad de los delitos a los que se reducía su aplicación y por sus circunstancias personales y sociales bien merecían una oportunidad distinta a la cárcel» (pp. 49 s.).

(15) GÓMEZ RIVERO, en: ANARTE BORRALLO (dir.), *Justicia penal de menores*, 2010, 130; en el mismo sentido crítico, HIGUERA GUIMERÁ, en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2364 s., 2368.

(16) En opinión de DE URBANO CASTRILLO, en: DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Responsabilidad penal de los menores*, 2007, 41, se excluye la posibilidad de aplicar la ley del menor a los mayores de 18 años en una opción por principios de defensa social antes que por otras consideraciones *pro minoris*. En otro orden de cosas, SOLA RECHE/SERRANO SOLÍS, en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 10 s., advierten de que el hecho de que se haya suprimido el tramo de 18 a 21 años no supone abandonar el tratamiento especializado de estos sujetos, ya que en la

to la posibilidad de que el menor que está cumpliendo una medida de internamiento, al cumplir los 18 años, pueda seguir con el cumplimiento de esta medida en un centro penitenciario, generalizando esta previsión cuando el sujeto ha cumplido los 21 años (art. 14 LORRPM)⁽¹⁷⁾.

III. LÍMITE MÁXIMO DE EDAD EN EL DP DE JÓVENES

Centrada la atención en la conveniencia o no de la creación del DP de jóvenes y, en caso afirmativo, en las condiciones o requisitos para su aplicación, la cuestión relativa al límite máximo de edad ha merecido una atención secundaria, siendo generalizada la tesis que

normativa penitenciaria tienen reconocido un régimen especial de ejecución en el que se acentúan los rasgos educativos y formativos.

(17) El art. 14 LORRPM dispone lo siguiente (en los párrafos 1 a 3): «1. Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcance la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores. // 2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de *dieciocho años* sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. // 3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido *veintitún años* de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia». No podemos detenernos en este momento en la valoración, claramente censurable, de la previsión contenida en este art. 14 LORRPM, pues la misma atenta contra principios garantistas como los de legalidad de las penas, culpabilidad, seguridad jurídica, igualdad, sin olvidar principios procesales penales como el principio acusatorio. En la versión inicial del art. 14 LORRPM también se había previsto la posibilidad de que el menor que había sido sancionado con la medida de internamiento cumpliera la medida en un centro penitenciario, pero esta posibilidad se planteaba cuando el sujeto había cumplido los 23 años. Como se ha expuesto en el texto, la LO 8/2006 da una nueva redacción al art. 14, permitiendo que tal cumplimiento en un centro penitenciario se establezca cuando el sujeto cumple los 18 años, y se generaliza (aunque hay excepciones) cuando el sujeto cumple los 21 años. El temor de que los centros de internamiento de menores se conviertan en escuelas de delincuencia está detrás de esta reforma (además de otras razones). Y nuevamente, ante la falta de respuestas adecuadas desde las instancias de protección (en relación con los menores que delinquen y aún no han cumplido 14 años) y de reforma (en relación con menores que, siendo mayores de 14 años, durante el cumplimiento de la medida alcanzan la mayoría de edad) se pretenden resolver por el camino ¿más fácil?, el que ofrece DP: si las medidas de protección no pueden dar respuesta adecuada frente al menor de 14 años que delinque, solución, rebajemos el límite de edad para aplicar la LORRPM; ahora, si los centros de internamiento acogen a sujetos de edades muy dispares, desde los 14 a los 21 o 23 años, solución, a partir de los 18 años y, en todo caso, con carácter general, a partir de los 21 años, estos sujetos han de cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario. Pero ni en uno ni en otro caso la solución ha de ser más y más DP: en lo que ahora nos ocupa, si en los centros de internamiento se mezclan menores de edades muy diferentes y mayores de edad, para evitar esto habrá que invertir en el diseño de centros que eviten esta mezcla, o la creación de centros diferentes para menores con edades y necesidades diferentes, y, de entrada, se ha de acortar la duración de las medidas de internamiento porque su prolongación en el tiempo es perjudicial y contraproducente para lograr los fines educativos del menor y joven (pues como ha afirmado, por todos, LASTRA DE INÉS, en: *CDJ 2005-XXV*, 91, la experiencia ha puesto de manifiesto que un internamiento superior a dos años deja de ser efectivo desde el punto de vista educativo).

propone como tal límite la edad de 21 años, una propuesta que también tiene como apoyo las recomendaciones y directrices procedentes del Consejo de Europa y que inicialmente había sido la elegida en la redacción del art. 69 CP y, posteriormente, en la del antiguo art. 4 LORRPM⁽¹⁸⁾. En el Derecho positivo español este límite de 21 años también encontraría un reforzamiento adicional, ya que en la legislación penitenciaria se reconoce un tratamiento especial para los jóvenes internos, calificándose como joven al menor de 21 años (arts. 68 LOGP y 173 RPen, si bien excepcionalmente este tratamiento especial para jóvenes puede aplicarse a los menores de 25 años —art. 173 RPen—).

De manera minoritaria, se han planteado propuestas en las que se elevaba el límite máximo para la aplicación del DP juvenil hasta 23 años, teniendo en cuenta que en el momento histórico actual la etapa de la adolescencia se está prolongando, lo que supone que, *de facto*, nos encontramos ante jóvenes adultos que aún no han asumido su papel de adulto, prolongándose también temporalmente el tramo del joven adulto equiparado en grado de madurez al menor de edad⁽¹⁹⁾. O hasta los 25 años, porque la regulación existente en el Derecho penitenciario permite aplicar el tratamiento especial previsto para el joven de hasta 25 años; desde esta perspectiva, se aboga por la homologación de los parámetros utilizados en la legislación penal con los de la legislación penitenciaria⁽²⁰⁾. El límite máximo se ha elevado hasta los 28 años desde la diferenciación de sanciones que se podrían aplicar a los jóvenes delincuentes⁽²¹⁾.

(18) Como ya se ha indicado, la Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre, del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores, ha incluido como propuesta la creación del DP juvenil aplicable a los jóvenes de hasta 21 años; en el mismo sentido se recoge esta recomendación en los Principios Básicos del Consejo Penológico de marzo de 2007, elaborado en el seno del Consejo de Europa por el Consejo para la cooperación penológica, que trabaja en el proyecto de reglas europeas sobre menores delincuentes. La doctrina de forma absolutamente mayoritaria ha defendido la creación del DP juvenil aplicable a los jóvenes desde los 18 hasta los 21 años. *Vid.* por todos, RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139; APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, 229; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 324 ss.; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 192; HIGUERA GUIMERA, en: *EH-Gimbernat II*, 2008, *passim* y especialmente 2366 ss.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4.ª, 2010, 593. Por su parte, MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 273, 279, 334 ss., ha propuesto la aplicación de la LORRPM desde los 14 a los 20 años, basándose en las investigaciones de la psicología evolutiva que han demostrado que hasta la edad de 20 años no se alcanza la plena capacidad de culpabilidad.

(19) *Vid.*, en este sentido, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 218, quien propone la aplicación del DP juvenil a jóvenes adultos desde 18 a 21 o 23 años. Con anterioridad, BARBERO SANTOS, en: *Marginalización social*, 1980, 117, era partidario del tratamiento específico de los jóvenes adultos delincuentes, incluyendo en este concepto a los jóvenes de 18 a 21 o 23 años.

(20) Tesis defendida por CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil*, 1988, 229, 304, quien, en todo caso, reclama la inclusión de opciones de ejecución diversas en atención a los diferentes estadios evolutivos. Por su parte, BERISTAIN IPIÑA, en: *Jornadas de estudio*, 1985, 197 s., ha propuesto la creación de un DP asistencial para los jóvenes entre edades de 16 o 18 años hasta los 21 o 25 años. Y la Asociación Internacional de DP, en el XVII Congreso de Derecho Penal Internacional celebrado en 2004 (Beijing, 12 a 19 de septiembre) —las propuestas se pueden consultar en *ReAIDP/e-RIAPL 2007*— han defendido la posibilidad de extender el límite máximo hasta los 25 años desde la explicación de la prolongación de la adolescencia.

(21) URRÁ PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 224, propone dos tipos de centros de internamiento: el de tratamiento, para jóvenes de 16 a 20 años (para este autor el límite de edad penalmente relevante son 16 años), y el de cumplimiento, para jóvenes de 20 a 28 años; en: CORCOY BIDASOLO/RUIDÍAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 167.

IV. CONDICIONES PARA LA CREACIÓN DEL DP DE JÓVENES

La decisión sobre esta cuestión está condicionada por la justificación que se haya impuesto en la creación del DP juvenil: si la razón de su constitución se basa en la falta de madurez del joven, los requisitos para su aplicación tendrán unas características que diferirán sustancialmente de los que se exigirán si la razón de su creación ha estado influenciada por argumentos de tipo defensorista, pues en este segundo caso se pondrá especial acento en la naturaleza de las infracciones cometidas por el joven a la hora de decidir si se aplica o no este DP especial.

Desde la perspectiva que se ha dado por correcta, el joven ha de presentar similitudes con el menor de edad, pues las medidas que se le van a aplicar van a perseguir los fines propios del DP de menores, por tanto están pensadas para la educación y socialización de una persona inmadura, con cierto grado de influenciabilidad para lograr su corrección y cambio en el estilo de vida, la condición principal, si no única, ha de consistir en la valoración de las circunstancias personales y grado de madurez del joven⁽²²⁾. Se trata, sin duda, de un concepto ambiguo e indeterminado, de difícil concreción, y así ha sido puesto de relieve por un sector de la doctrina, hasta el punto de que se ha objetado en su contra que esta falta de determinación puede generar inseguridad jurídica y desigualdades entre jóvenes que pueden presentar las mismas características pero a los que se les aplica una regulación diferente por la distinta concreción que se haya hecho de este criterio⁽²³⁾, sin menospreciar el

(22) En la Recomendación (2003) 20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores, el único requisito para extender la ley del menor a los jóvenes entre 18 y 21 años es que el joven presente un grado de madurez y de responsabilidad parecido al de un menor. La misma idea ha sido plasmada en los Principios básicos del Consejo Penológico de marzo de 2007, elaborado en el Consejo de Europa por el Consejo para la cooperación penológica que trabaja en un proyecto de reglas europeas sobre menores delincuentes. El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Proyecto alternativo*, 2000, 27, ha defendido que la aplicación de la legislación penal de menores al joven entre 18 a 21 años se base, sobre todo, en las circunstancias personales y el grado de madurez del joven. Son partidarios de atender a este requisito relativo al grado de madurez del joven, CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2, para quien el único elemento a tener en cuenta sería el grado de madurez, presupuesta la capacidad de culpabilidad del sujeto, si bien reconoce que se trata de un criterio impreciso y provocará problemas en su aplicación práctica, así como conflictos entre los órganos judiciales implicados; CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 144; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 30, 45; en: *RECPC 04-03* (2002), 5, quien inicialmente valora como acertado este criterio, pero reconoce que es un concepto ambiguo e indefinido; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 54; *PG*, 3.^a, 2002, 978; GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 67 ss.; *AP 2000-3*, 692; en: *CDJ 2005-XXV*, 429; en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *DP y psicología del menor*, 2007, 50; en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 49; MATALLÍN EVANGELIO, en: *EPC XXII* (2000), 89 n. 58; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 93 s., 96; MACHADO RUIZ, en: *AP 2003-I*, 130; CANO PAÑOS, *DP juvenil europeo*, 2006, 192 y n. 317; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 79 n. 81, 81, si bien esta autora propone la aplicación de la LORRPM a todos los jóvenes entre 18 y 21 años (p. 81 n. 94); PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores*, 2006, 123 s. Por su parte, RÍOS MARTÍN, en: *ICADE 53* (2001), 215, atiende a las circunstancias personales y grado de madurez del sujeto, además de la naturaleza del hecho.

(23) La ambigüedad e indeterminación del criterio ha sido reconocida por algunos de los autores partidarios de este criterio. Así, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2; CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 144; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 30, 45; en: *RECPC 04-03* (2002), 5; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *EDJ 1999-18*, 122; en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 33 s., quien, en relación con los criterios que se barajaban en la Proposición de LORRPM de 29 de noviembre de 1996 y en el Anteproyecto de LO reguladora de la Justicia de Menores de 30 de octu-

hecho de que en ocasiones la aplicación o no de la ley al joven no va a depender realmente de esta condición, sino que dependerá de circunstancias tales como medios disponibles para la ejecución de las medidas en una determinada jurisdicción, disposición personal de los operadores, el asesoramiento recibido por los peritos, la experiencia y la formación específica del juez de menores⁽²⁴⁾. El reconocimiento de este problema aplicativo del requisito que atiende al grado de madurez ha sido una de las razones que ha llevado a proponer la aplicación generalizada de la LORRPM al joven entre 18 a 21 años⁽²⁵⁾, o a proponer que la aplicación de esta ley al joven que ha cometido un delito se haga depender de criterios objetivos⁽²⁶⁾.

Sin desconocer este problema de indeterminación, es preciso advertir que la aplicación o no de la LORRPM al joven delincuente no puede quedar condicionada a la decisión del

bre de 1996, afirmaba que permitían un excesivo margen de apreciación, pudiendo conducir a diferencias de criterio e importantes desigualdades en la aplicación de la ley; en concreto, la resolución motivada del juez basada esencialmente en el grado de madurez puede ofrecer respuestas muy dispares a hechos parecidos. Consideraba esta autora que era más aconsejable acudir a criterios objetivos, o a objetivar la fórmula; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 315 ss. Con más rotundidad, otros autores descartan que éste sea el criterio decisivo a la hora de aplicar la LORRPM al joven delincuente. Es el caso, entre otros, de PORTILLA CONTRERAS, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 108; APARICIO BLACO, en: *CDJ 1999-IV*, 167; GÓMEZ RECIO, en: *AJA 437* (2000), 2, quien considera que el término vago como es el de la madurez no parece que pueda constituirse en criterio uniforme que establezca la categoría de jóvenes excluidos de la LORRPM, poniendo de relieve serias dudas sobre la constitucionalidad del antiguo art. 4 LORRPM precisamente derivado de la exigencia de esta condición: porque podría suponer una vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, de juez ordinario predeterminado por la ley, de legalidad por la introducción del principio de oportunidad no reglado; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 21, 247 s., considera que es un concepto vago, impreciso, incierto, igual que lo es el criterio del discernimiento; se trata de un criterio indefinido científicamente, sometido a la más absoluta discrecionalidad judicial, un concepto no computable ni medible, y dependiente de las condiciones socio-culturales vigentes (p. 92); MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 272, 332; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 172, 175, también considera que estamos ante un criterio indeterminado y subjetivo, que puede producir inseguridad jurídica e ir en contra del principio de igualdad, máxime cuando su determinación corresponde al juez de instrucción.

(24) *Vid.*, más ampliamente, CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC 96* (2008), 20. Porque la puesta en marcha de esta propuesta implicaba, además, la inversión en medios materiales, tal como ha destacado ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 175: sería necesario establecer un trato procesal diferenciado respecto de los jóvenes de esta edad, ya que desde el punto de vista educativo no tendría sentido mezclar en las fiscalías y en los juzgados de menores a los menores con los jóvenes, también sería necesario invertir en el acondicionamiento de diferentes centros de internamiento para menores y jóvenes, o una diferenciación y especialización dependiendo del tratamiento de menores o jóvenes de los técnicos de las entidades públicas.

(25) *Vid.* en este sentido, CRUZ BLANCA, en: *Revista de Estudios Jurídicos 3* (2000), 59; en: *CPC 75* (2001), 494, 496; *DP de menores*, 2002, 308 s.; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 81 n. 94. En otras ocasiones la propuesta de aplicación generalizada de la legislación penal de menores al joven delincuente se basa en otras razones adicionales, como puede ser la falta de culpabilidad plena del joven delincuente. Para más detalles sobre los defensores de esta generalización de la aplicación de la legislación penal de menores al joven delincuente, v. BERISTAIN IPIÑA, en: *Jornadas de estudio*, 1985, 198; URRÁ PORTILLO, en: *CDJ 1998-IX*, 224; en: CORCOY BIDASOLO/RUIDÍAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos*, 2000, 167; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 324 ss.; MARTÍN CRUZ, *Capacidad de culpabilidad*, 2004, 334 ss.

(26) Para AGUIRRE ZAMORANO, en: *EDJ 1999-18*, 343, la aplicación de la ley del menor se ha de someter a criterios objetivos, para evitar situaciones de inseguridad jurídica y de desigualdad (a unos jóvenes se les aplica la ley del menor y a otros no dependiendo de qué juez esté de guardia). También GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, en: *EDJ 1999-18*, 122; en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Responsabilidad penal de los menores*, 2001, 33 s., propone dos alternativas: o se objetiva el criterio del grado de madurez o se recurre a criterios objetivos para aplicar la legislación penal de menores a los jóvenes; de la misma opinión a favor del recurso a criterios objetivos, GÓMEZ RECIO, en: *AJA 437* (2000), 4, 5.

juez de instrucción, ni siquiera de la decisión del juez de menores, sino que ha de hacerse depender de la valoración del equipo técnico después de la exploración del joven que ha cometido un delito, circunstancia que también reconocía el antiguo art. 4 LORRPM (la declaración expresa corría a cargo del Juez de Instrucción, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico) y esta actuación ha de ser una de las primeras actuaciones que realice el juez de instrucción, porque por razón de la edad es a quien inicialmente le correspondería el inicio de la causa penal. Se trata, por tanto, de una propuesta apoyada por un grupo de expertos, lo que ha de minimizar las críticas en torno a la inseguridad jurídica y desigualdad de trato en la aplicación de este criterio, y desde luego evita las críticas relacionadas con cuestiones de tipo procedimental dirigidas a la inicial propuesta de regulación del DP de jóvenes en el antiguo art. 4 LORRPM anterior a la reforma de la LO 8/2006⁽²⁷⁾. A mayor abundamiento, si la decisión se hace depender del grupo de expertos, éstos habrán de recurrir a las explicaciones ofrecidas de manera principal por la psicología evolutiva donde se ha podido establecer ciertas pautas para determinar qué características presentan los menores y los jóvenes de edades próximas a los 18 o 20 años para poder determinar si su grado de madurez es o no pleno.

Para minimizar los problemas de indeterminación del requisito relativo al grado de madurez se han ofrecido pautas para su concreción y/o se ha recurrido al concepto de infracción juvenil como muestra de que determinadas infracciones delictivas responden a la cultura propiamente juvenil o son constatación de la falta de madurez de los sujetos que se encuentran en esta fase evolutiva. Desde la primera perspectiva se han destacado como factores que pueden servir para determinar el grado de madurez, y que se han utilizado también para establecer el grado de madurez en el menor entre 14 a 18 años, la edad cronológica, las situaciones sociales conflictivas, posibles déficits educativos en la infancia por incompetencia de los padres, que el menor o joven haya sido víctima de delitos en la infancia, que haya sido educado fuera de la familia en centros cerrados, que proceda de una cultura diferente a aquella en la que vive, la participación de adultos en los hechos, el anonimato de la víctima, en el caso de agresiones sexuales que éstas estén muy unidas al reciente despertar de la sexualidad, que se trate de delitos que requieren un mundo específico de representaciones (delito de falso testimonio, delitos económicos...), que habitual-

(27) CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA* 214 (1995), 2, ya había aventurado que la aplicación de la futura ley penal del menor al joven, a la vista de las propuestas sobre su regulación, generaría serios conflictos entre los órganos judiciales implicados; APARICIO BLANCO, en: *CDJ* 1999-IV, 167, quien a las críticas sobre la indeterminación del requisito de la madurez añadía otras objeciones a la propuesta de regulación del DP de jóvenes: por un lado, las críticas ya apuntadas sobre los conflictos entre órganos judiciales y, por otro, señalaba como censurable que se dejara en manos de órganos no especializados la competencia para valorar las condiciones personales del menor y para individualizar la medida en función de éstas y luego remitir su enjuiciamiento a un órgano especializado como es el Juzgado de menores; GÓMEZ RECIO, en: *AJA* 437 (2000), 3 ss., también destacaba como criticable del antiguo art. 4 LORRPM los problemas que el mismo podía generar, entre ellos el aumento de la litigiosidad, la contaminación del juez de instrucción, o la posibilidad de que surgieran discrepancias, de difícil solución, entre el juez de instrucción y el fiscal del menores. Precisamente la propuesta de actuación señalada en el texto es la defendida por RÍOS MARTÍN, en: *ICADE* 53 (2001), 215: el juez de instrucción ha de decidir sobre la aplicación o no de la LORRPM oyendo al fiscal, al letrado y, sobre todo, al equipo técnico. El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Proyecto alternativo*, 2000, 27, en la propuesta de regulación del antiguo art. 4 LORRPM habían establecido como condición necesaria para la aplicación de esta ley al joven que el juez, atendida la naturaleza y gravedad del hecho, las circunstancias personales y el grado de madurez del menor, considere aconsejable la aplicación de la ley, *especialmente cuando así lo haya recomendado el Equipo técnico en su informe*.

mente van acompañados de una ausencia de comprensión del significado de los actos como consecuencia de la inmadurez⁽²⁸⁾. Desde la segunda perspectiva, se podría hacer depender la aplicabilidad de la LORRPM al joven delincuente de si éste ha cometido una infracción típicamente juvenil, y aunque sirve como pauta indicadora de la madurez del joven, esta no resulta definitiva, ya que el concepto mismo de infracción típicamente juvenil está cargado de cierto indeterminismo. Esta expresión se suele definir como la infracción que es más representativa de los defectos evolutivos del joven, indicio de su falta de madurez, siendo incluidas en ella infracciones como los delitos de daños, hurtos, robos, agresiones sexuales (en ellas estaría presente la agresividad propia de la edad, y/o la incidencia de un impulso repentino, y/o la propia dinámica de grupo), infracciones de tráfico (por la fascinación por la velocidad, la sensación de sentirse mayor, la impericia en la conducción, el consumo de alcohol)⁽²⁹⁾.

Sin recurrir a este término de infracción juvenil, posiblemente porque no es todo lo determinado que se requiere para adoptar la decisión en torno al tratamiento penal aplicable al joven que ha cometido un delito, en ocasiones se ha optado por el criterio relativo a la naturaleza (y gravedad) del hecho, entendido en el sentido de que a través de él se refleje si la situación personal y madurez del joven es o no similar a la del menor de edad, con el consiguiente efecto en cuanto al tratamiento penal que ha de serle aplicado dependiendo de aquella exploración⁽³⁰⁾.

(28) *Vid.*, para más detalles, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 54 s.; *PG*, 3.ª, 2002, 978 s.; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 202. En la concreción de este criterio, CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 81 s., propone que se atienda al hecho cometido y a la personalidad del joven, teniendo en cuenta las condiciones ambientales, incluyendo como criterio complementario las apreciaciones relativas a la capacidad de educación. Y como indicadores sobre el grado de madurez cita también la edad cronológica, la dinámica y la naturaleza de los hechos, aspectos que se señalan en los catálogos realizados desde la psiquiatría, para medir el grado de madurez. Esta autora propone que, en los casos de duda sobre la falta de madurez del joven, la decisión a favor de la aplicación de la legislación penal de menores podrá basarse en la concurrencia de factores que lleven a predecir, con un grado de probabilidad convincente, que la medida tendrá efecto positivo sobre él.

(29) *Vid.*, para más detalles sobre el concepto de infracción juvenil, CRUZ BLANCA, en: *Revista de Estudios Jurídicos* 3 (2000), 58; en: *CPC* 75 (2001), 493 n. 41, 494 y n. 42; *DP de menores*, 2002, 73; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 52 s., 67; *PG*, 3.ª, 2002, 976 s.; COLÁS TURÉGANO, en: CERVELLÓ DONDERIS/ COLÁS TURÉGANO, *Responsabilidad del menor*, 2002, 40 s.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 317 ss.; AYO FERNÁNDEZ, *Garantías del menor infractor*, 2004, 201. Este criterio consistente en que la infracción cometida ha de merecer el calificativo de infracción juvenil, atendiendo a la clase, circunstancias y motivación, sí se ha previsto en la legislación alemana, tal como relata MANZANARES SAMANIEGO, en: *CDJ* 1996-XV, 98.

(30) Esto significa que, de entrada, no se va a excluir la aplicación de la legislación de menores al joven que ha cometido un delito grave, siempre y cuando el hecho ponga de relieve la falta de madurez del sujeto. *Vid.*, en este sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Proyecto alternativo*, 2000, 27 s., donde se proponen como criterios para aplicar la LORRPM al joven entre 18 a 21 años los de la naturaleza y gravedad del hecho, las circunstancias personales y su grado de madurez, explicando el primer requisito en el sentido de que el mismo muestre su vinculación a una cultura juvenil. Se adhieren a esta propuesta, RODRÍGUEZ MESA, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 248 s.; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 62 y n. 144. También CRUZ MÁRQUEZ, en: *CPC* 96 (2008), 21 s., quien señala que los motivos que impulsan el hecho e incluso la gravedad del delito pueden ser indicadores de la falta de madurez del joven. No lo ha entendido así TAPIA PARREÑO, en: *Eguzkilore* 15 (2001), 172, quien considera que precisamente el criterio del grado de madurez y de las circunstancias personales impedirán la aplicación de la ley del menor cuando el joven haya cometido un hecho grave o un delito menos grave con violencia o intimidación o con riesgo para las personas. Esto supone que el autor mencionado recurre a una interpretación objetiva del criterio de la madurez, desde la perspectiva de que el hecho delictivo cometido no sea grave y no concurra la violencia, la intimidación o el peligro para la vida de las personas.

No ha sido éste el sentido que se le ha querido dar al requisito relativo a la naturaleza y gravedad del hecho en el antiguo art. 4 LORRPM, pues el mismo se había empleado como criterio restrictivo para evitar que hechos de cierta gravedad cometidos por los jóvenes fueran juzgados con una legislación tildada como benévola⁽³¹⁾, interpretación que también había sido asumida por un sector de la doctrina, partidario de limitar la legislación penal de menores cuando el joven ha cometido hechos de escasa gravedad⁽³²⁾. La misma razón

Por su parte, HIGUERA GUIMERÁ, *DP juvenil*, 2003, 321 s., en: *La Ley Penal 18* (2005), 16; en: *La Ley Penal 27* (2006), 73; en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2362, ha considerado más conveniente la redacción que, sobre este particular, se había planteado en el Anteproyecto de LO penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995 y en el Proyecto de LORRPM, de 3 de noviembre de 1998; en ambos casos se hacía depender de la naturaleza y gravedad del hecho y de las circunstancias personales del joven y de su grado de madurez.

(31) En relación con el requisito que atiende a la naturaleza del delito para excluir la aplicación de la LORRPM al joven menor de 21 años, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 66; *PG*, 3.ª, 2002, 977 s., afirma que es un criterio que sirve para dejar fuera de esta ley a un número considerable de delitos respecto de los cuales las razones que aconsejan someter al joven al régimen penal del menor, si es que se cree en ellas, no desaparecen. Lo que significa que se tira por la borda buena parte del contenido sustancial del DP juvenil por razones puramente defensoras. Por otro lado, el régimen previsto para el régimen cerrado, hasta diez años, cinco en control cerrado, es sumamente enérgico como medio de control social como para colmar las preocupaciones defensoras. Concluye afirmando que se trata probablemente del mayor error del legislador en esta materia (pp. 66 s.). De la misma opinión GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 59; CRUZ BLANCA, en: *CPC 75* (2001), 495 s., quien también reconocía que la respuesta de la LORRPM en los delitos graves podía haber satisfecho perfectamente las razones defensoras que finalmente pesaron en la exclusión de la aplicación de esta ley al joven que comete un delito grave; *DP de menores*, 2002, 307 s.; RÍOS MARTÍN, en: *ICADE 53* (2001), 213; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 93 s. Por su parte, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 127, se sorprende que se aluda a la gravedad del delito como criterio determinativo para excluir la ley del menor cuando es muy posible que el hecho se deba precisamente a su grado de inmadurez. Para este autora, la gravedad del hecho podría tener efectos en la determinación de la consecuencia penal aplicable, pero no debería ser criterio decisivo para decidir la aplicación o no de la ley del menor, ideas que ya han defendido con anterioridad CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 144; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 45; y CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2. También, entre otros, GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, 59; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 313; y CRUZ MÁRQUEZ, *Educación en DP de menores*, 2006, 80, consideran que atender al requisito de la naturaleza y gravedad de los hechos, exigiendo que no se emplee violencia o intimidación, contradice las razones político-criminales que explican la existencia de esta extensión, ya que excluye buena parte de los supuestos en los que la sanción juvenil se presenta como más adecuada socioeducativamente. Además lo más criticable es que, a juicio de la autora citada en último lugar, la reducción de las posibilidades de aplicar la LORRPM al joven es consecuencia de valoraciones preventivo-generales desproporcionadas, «olvidando la amplia cobertura que les otorga la Ley, de la que es prueba fehaciente la previsión de la medida de internamiento —cuya duración se puede extender hasta 10 años—, suficiente para cubrir las necesidades del prevencionista más acérrimo».

(32) *Vid.*, para más detalles, DE URBANO CASTRILLO, en: *La Ley 2000-7*, 1268; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios LORRPM*, 2001, 60; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 218; HERRERO HERRERO, *Delincuencia de menores*, 2.ª, 2008, 406; HIGUERA GUIMERÁ, en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2366. Parece admitir esta exclusión GÓMEZ RECIO, en: *AJA 437* (2000), 3, para quien la exclusión de los delitos graves puede tener un fundamento razonable, al ser mayor el reproche social y también mayor la valoración del bien jurídico al que se ataca. En cuanto a los delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación, la exclusión responde a una opción que ha asumido el legislador, al no considerar merecedores de aplicación de la legislación de menores los jóvenes que atentan contra determinados bienes jurídicos como son la libertad y la integridad física; ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 44 n. 60, ya que si bien reconoce inicialmente que la elección realizada por el legislador se basa en postulados defensoras, a continuación añade que no se puede olvidar que estamos ante sujetos mayores de edad que se excluyen de la LORRPM por conductas ciertamente graves. Si bien en principio GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 94, son partidarios de condicionar la aplicación de la LORRPM al joven delincuente atendiendo a sus circunstancias personales y madurez, finalmente aceptan que se excluya esta aplicación cuando el joven ha cometido un delito grave con violencia o intimidación en las personas.

restrictiva para la aplicación de esta ley al joven que ha cometido un delito, fundamentada en razones defensistas y punitivistas, pero alejada de la verdadera razón que ha de inspirar la creación del DP juvenil, esto es, si el hecho cometido responde o no a la falta de madurez del joven, se predica del otro criterio excluyente que atiende a la naturaleza del delito incluido en el antiguo art. 4 LORRPM: tampoco se podrá extender esta ley a los delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación. De igual modo, no responde a la idea rectora que debería estar presente en la creación del DP juvenil la condición de que nos encontremos ante un joven que delinque por primera vez, pues de nuevo el que nos encontremos ante un joven reincidente (no en sentido jurídico-penal) puede ser un indicador de que se trata de una persona inmadura, necesitada de una atención especial que no podría lograrse desde el DP de adultos⁽³³⁾.

Como ya se ha ido adelantando, el antiguo art. 4 LORRPM no respondía exactamente a esta propuesta. Pues si bien como condición (la tercera) se atendía a las circunstancias personales y grado de madurez del joven, con carácter preferente se mencionaban otras dos condiciones que actuaban como excluyentes en cualquier caso de la aplicabilidad de la legislación penal de menores, aunque aquellas circunstancias personales lo hicieran muy aconsejable⁽³⁴⁾: la primera condición incluyente/excluyente se refería a que el sujeto cometiera una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de aquellas, tipificados en el CP o en las leyes penales especiales⁽³⁵⁾. La segunda condición incluyente/excluyente hacía depen-

(33) Así lo reconocen, entre otros, MARTÍN LÓPEZ, en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores*, 2000, 127; CRUZ BLANCA, en: *Revista de Estudios Jurídicos* 3 (2000), 57 s.; *DP de menores*, 2002, 308; VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 90; RODRÍGUEZ MESA, en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores*, 2004, 248 s.; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, en: *RDPC 2.ª época* 18 (2006), 49; en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *DP de menores y adolescentes*, 2009, 28, criticando así la propuesta de regulación de esta materia en la primera versión de la LO 5/2000, cuando se había previsto la posibilidad de aplicar la ley del menor a los jóvenes que no superaran los 21 años de edad; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 4.ª, 2007, 154, 181; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 187. De otra opinión, GÓMEZ RECIO, en: *AJA* 437 (2000), 3, quien, refiriéndose a la forma concreta como se había planteado este requisito negativo en el antiguo art. 4 LORRPM, ha considerado que se trata de un elemento diferenciador objetivo, fundado en la afirmación de que la aplicación del DP de adultos impide la implementación posterior del Derecho sancionador juvenil. Para este autor, no es una opción desproporcionada ni arbitraria; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios LORRPM*, 2001, 60, quienes consideran acertada la exclusión del antiguo art. 4 LORRPM también a los jóvenes «recalcitrantes», aceptando que esta ley se aplique al joven delincuente primario, para evitar el contacto con otros sujetos en prisión por el riesgo de reincidencia que ello supone; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 218, quien propone como criterios para aplicar la ley del menor al joven entre 18 y 21-23 años que sea el primer delito, que sea de escasa gravedad y que sea delito típicamente juvenil (si bien ya hemos advertido no se descarta que en la infracción típicamente juvenil se incluyan delitos graves). Ya con anterioridad, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *Eguzkilore* 2 (1988), 64, sí atendía a la equiparación del semiadulto no reincidente con el menor atendiendo a sus características personales y/o a las circunstancias del hecho.

(34) MARTÍN CRUZ, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo DP juvenil*, 2007, 132, afirma que en el antiguo art. 4 LORRPM se había seguido un sistema mixto cronológico, delictual y psicológico.

(35) En relación con la exclusión de los delitos que pongan en grave peligro la vida o integridad física de las personas, GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 93 s., afirman que se trata del más severo e inopinado de los requisitos, pues supone excluir cualquier hecho con resultado de peligro para las personas provocado por una conducta sin violencia ni intimidación, abstracto o concreto, doloso o imprudente, consumado o intentado, y cometido como autor o partícipe. ARROM LOSCOS, *Proceso penal con menores*, 2002, 44, también considera que puede resultar discutible excluir conductas imprudentes que ponen en peligro a las personas, pues por esta razón se impediría la aplicación de una

der la aplicación de la LORRPM a que el joven no hubiera sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los 18 años. A tal efecto no se tendrían en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que se hubieran cancelado, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP⁽³⁶⁾.

V. NORMATIVA PENAL APLICABLE AL JOVEN

La polémica se reanuda una vez más en torno al tratamiento especial que ha de ser aplicado al joven entre 18 a 21 años que ha cometido un delito (cumplidas las condiciones más o menos rígidas)⁽³⁷⁾, diferenciándose básicamente tres propuestas en el sistema sancionatorio-procedimiento que puede ser aplicable a este sujeto:

La primera tesis es partidaria de la aplicación del CP, con el procedimiento judicial correspondiente a cargo del juez ordinario, si bien el régimen sancionatorio ha de atenuarse y, para el caso de que el joven haya de ingresar en prisión, este tratamiento especial se ha de completar con un régimen penitenciario especial, el vigente en la LOGP y en el RPen⁽³⁸⁾.

legislación que sería más adecuada para la resocialización del joven. Sobre los problemas interpretativos que generaba esta primera condición excluyente de la aplicación de la LORRPM al joven de 18 a 21 años, *vid.* por todos, GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 60 ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 313; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 172 s.; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 184 s.; COLÁS TURÉGANO, *DP de menores*, 2011, 129 s.

(36) Para más detalles sobre esta segunda condición *vid.*, entre otros, GARCÍA PÉREZ, en: *MFC del CGPJ 9* (2000), 63 s.; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal), *Justicia penal de menores*, 2002, 95; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, 2003, 314; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 173; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo*, 2008, 185 s.; COLÁS TURÉGANO, *DP de menores*, 2011, 130.

(37) Desde una perspectiva de Derecho comparado, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 118 ss., menciona los distintos sistemas que se han adoptado en el tratamiento del joven entre 18 y 21 años (o edades ligeramente superiores): primero, tratamiento igual al del adulto, apreciándose atenuación de las sanciones (los sistemas francés, italiano, inglés, norteamericano, apenas prestan atención a esta categoría); segundo, asimilación a los menores aplicando un DP más suave en sus consecuencias y a través de una jurisdicción especial (sistema español a la vista de lo dispuesto en art. 69 CP y el sistema por el que se decantó el antiguo art. 4 LORRPM); tercero, tratamiento específico, diferente al del menor y al del adulto (sistemas portugués y austríaco).

(38) Defiende esta tesis VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 248 s. Algunos autores proponen varias alternativas en el tratamiento del joven delincuente, una de ellas es ésta, la aplicación de una circunstancia atenuante al joven delincuente por parte del juez ordinario. *Vid.*, para más detalles, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: *Eguzkilo 2* (1988), 63 s., para quien su enjuiciamiento debe recaer sobre los tribunales de adultos aplicando las normas del CP, donde se debería incluir una atenuación para los menores de 21 años; en el mismo sentido, DOLZ LAGO, en: *La Ley 1998-3*, 1511; LANDROVE DÍAZ, en: *La Ley 2000-4*, 1672. A esta misma propuesta a favor de la aplicación del régimen del CP corresponde la primera de las tres alternativas de tratamiento defendida por CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2, cuando plantea como propuesta alternativa a condicionar la aplicación de la ley del menor a la valoración del grado de madurez del joven, por ser este un criterio vago e indeterminado, la elaborada en la PANCP 1983: se autoriza la sustitución de la prisión por el internamiento en centro reeducador para jóvenes entre 18 y 21 años según pronóstico de comportamiento futuro sin sustraerlos al régimen penal común y a la jurisdicción de los juzgados de los adultos. En otro sentido, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 69; en: *Modernas tendencias*, 2001, 213; *PG*, 3.ª, 2002, 981 s., en: *RECPC 12-01* (2010), 5; en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El DP de menores a debate*, 2010, 127, propone la aplicación de una atenuante de minoría de edad al mayor de 18 años pero de edad próxima, para aquellos jóvenes a los que no se les pueda aplicar la ley del menor por no cumplir con las

La segunda tesis, y claramente mayoritaria, es la defensora de la aplicación de la legislación penal de menores al joven delincuente, opción por la que se había decantado el legislador de 2000 en la redacción del antiguo art. 4 LORRPM⁽³⁹⁾. Desde este planteamiento se ha matizado tal aplicación de la siguiente manera: como el criterio a tener en cuenta para decidir la aplicación o no de la LORRPM al joven entre 18-21 años es, entre otros, el grado de madurez, por tratarse de un criterio indefinido y ambiguo, que otorga un amplio margen de discrecionalidad judicial, para evitar la inseguridad jurídica que suscita dejar al juez que decida la legislación aplicable se propone que, desde el sistema penal ordinario, se imponga al joven las consecuencias jurídicas previstas en la LORRPM, si ello resulta beneficioso para su mejor reinserción social, previo pronóstico sobre la posibilidad de comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro, reconociendo no obstante que también este criterio conlleva cierta dosis de inseguridad⁽⁴⁰⁾.

La tercera propuesta se muestra partidaria de la creación de un DP juvenil *sui generis*, con el argumento de que la delincuencia juvenil se diferencia de la delincuencia del menor tanto en su etiología como en sus condiciones y en sus mecanismos de actuación, lo que exige la previsión de medidas específicas para esta franja de edad entre 18 y 21 años⁽⁴¹⁾.

condiciones del antiguo art. 4 LORRPM, y que, en este momento, al no existir un genuino DP de jóvenes, tal circunstancia atenuante deberá ser aplicada a todo joven entre 18 a 21 años.

(39) Vid. por todos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal*, 1998, 165 s., 171, quien inicialmente afirma que debe permitirse una mayor entrada de las soluciones del DP juvenil en cuanto a las penas y medidas aplicables, lugar y modo de ejecución, etc., y posteriormente matiza que la respuesta ha de ser la pena atenuada y, para cuando sea privativa de libertad, ejecutada en establecimientos especiales, añadiendo que procede dar entrada en alguna medida a modalidades de sanción y alternativas a las mismas previstas para los jóvenes; LANDROVE DÍAZ, en: *LH-Cerezo 2002*, 1580; GARCÍA PÉREZ, en: *CDJ 2005-XXV*, 429; PÉREZ MACHÍO, *Tratamiento jurídico-penal de los menores*, 2007, 57 s.; HIGUERA GUIMERA, en: *EH-Gimbernat II*, 2008, 2357 s., 2361 s. De una manera algo confusa es la tesis que propone GUTIÉRREZ ALBENTOSA, en: *La Ley 2006-1*, 1419; *La Ley 2007-2*, 1748, ya que parece descartar la aplicación de la ley del menor a los jóvenes delincuentes, porque quizás esta regulación es demasiado avanzada a nuestra época y sociedad, pero sí defiende que se busquen alternativas al ingreso en prisión de jóvenes comprendidos en la franja 18-21 años. Ahora bien, a continuación este autor amplía su propuesta en el siguiente sentido: «Nuestra propuesta no es otra que volver a instaurar el derogado art. 4... Nuestra propuesta va dirigida a recuperar el espíritu del antiguo, y derogado, art. 65 del CP anterior...», concluyendo que el espíritu de dicho art. 65 lo encarnaba el derogado art. 4 LO 5/2000.

(40) Es la tesis propuesta por CARMONA SALGADO, en: *Protección jurídica del menor*, 1997, 146; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios CP, II*, 1999, 46 s. Ya con anterioridad, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los derechos humanos*, 1985, 165 s., 178; en: *Eguzkilore 2* (1988), 63 s., era partidario de que los tribunales de adultos enjuiciaran estos hechos conforme a las normas del CP, imponiendo como sanciones las establecidas en la ley de menores en el caso de que, de los diversos informes, se deduzca la equiparación del joven al menor en razón de sus características personales y/o las circunstancias del hecho, y en este caso la ejecución se llevaría a efecto por las instituciones de menores; en el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2; DOLZ LAGO, en: *La Ley 1998-3*, 1511; LANDROVE DÍAZ, en: *La Ley 2000-4*, 1672; ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 175 s. En contra de esta solución, APARICIO BLANCO, en: *CDJ 1999-IV*, 167, ya que los juzgados de instrucción carecen de la especialización necesaria que se predica para hacer aplicación de la ley del menor a los jóvenes mayores de 18 años. Desde el planteamiento defendido por RÍOS MARTÍN, *Menor infractor*, 1994, 139, el menor de 18 años quedaría sometido a la jurisdicción civil, sería para el joven entre 18 a 21 años para el que se crearía el DP juvenil, con un procedimiento garantista y con medidas alternativas a la prisión, para una eficaz educación e inserción social.

(41) Vid., de esta opinión, CHOCLÁN MONTALVO, en: *AJA 214* (1995), 2 s., quien en la tercera alternativa de tratamiento del joven delincuente propone que se aplique la legislación penal de menores a todos los jóvenes (evitando así tener que condicionar la aplicación de esta legislación de un criterio vago e indeterminado como es el relativo al grado de madurez), estableciendo dentro de la legislación penal de menores medidas específicas para los jóvenes de-

La opción por la extensión del régimen penal del menor de edad al joven delincuente parece ser la más adecuada, si tenemos en cuenta que la razón de esta extensión descansa en la falta de madurez del joven, su desarrollo le asemeja más al menor de edad, y las medidas previstas en la LORRPM, dirigidas a la educación de manera principal (al menos en un planteamiento teórico así debería ser), son también respuesta adecuada frente a un joven inmaduro necesitado de atención educativa y socializadora.

Es preciso señalar que, en esta propuesta, se pretende extender toda la normativa penal de menores al joven delincuente, es decir, también las medidas desjudicializadoras previstas en la LORRPM son aplicables en este caso, aunque su regulación no sea la más correcta posible, y con las limitaciones que en esta normativa se establecen para la aplicación de la conciliación y la reparación (limitaciones descritas en el art. 19 LORRPM), al igual que también tendrá aplicación la mayor flexibilidad de esta normativa en cuanto a las posibles decisiones del juez de menores en relación con la suspensión y sustitución de las medidas que hayan sido impuestas durante la ejecución de estas (arts. 40 y 13, 51 LORRPM respectivamente). Y, para evitar que la respuesta desde la LORRPM sea más dura que la que hubiera recibido el joven delincuente desde el régimen del CP (porque las reformas guiadas desde postulados defensoristas y de seguridad pueden haber generado y/o potenciado este efecto), con la aplicación del art. 8 LORRPM como un auténtico reconocimiento del principio de proporcionalidad entendido en este sentido limitador: que la aplicación de la LORRPM no suponga una respuesta sancionadora más grave para el menor y el joven de la respuesta punitiva que hubiera sido aplicada a través del CP.

Como sabemos, de momento se ha abandonado el régimen de tratamiento especial del joven delincuente, por lo que, inicialmente, habrá que aplicar el régimen común: el CP y la LOGP y RPen, donde sí existe una regulación especial para el joven hasta 25 años, pensado para evitar el contacto con el resto de los internos en el centro penitenciario y con un contenido resocializador especialmente intenso.

A falta de una mención específica sobre el tratamiento del joven delincuente, tanto en la LORRPM como en el CP, se ha querido ofrecer una respuesta desde el Derecho positivo sustantivo o material; en concreto, se ha propuesto que al joven menor de 21 años que cometa un delito se le aplique el régimen de la eximente incompleta del art. 21.1 CP, porque este precepto alude a las eximentes previstas en el Capítulo anterior, y en el Capítulo anterior se han incluido los arts. 19 y 20, por tanto, también se recoge la edad como eximente. La atenuación de la pena desde la eximente incompleta se basaría en la menor culpabilidad del joven menor de 21 años⁽⁴²⁾.

Parece tratarse de una propuesta generalizada para todos los jóvenes que no superen los 21 años, lo que evita la complicada prueba sobre el grado de madurez alcanzado por el

lincentes; en el mismo sentido a favor de la creación de un específico DP juvenil, ORNOSA FERNÁNDEZ, *DP de menores*, 3.ª, 2005, 175 s.

(42) Propuesta de CUELLO CONTRERAS, *El nuevo DP de menores*, 2000, 69, quien hacía esta propuesta para el caso de que no concurrieran los requisitos del antiguo art. 4 LORRPM para la aplicación de la ley del menor al joven que hubiera cometido un hecho delictivo; *Modernas tendencias*, 2001, 213; *PG*, 3.ª, 2002, 981 s.; en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El DP de menores a debate*, 2010, 127; en: *RECPC 12-01 (2010)*, 5. Sigue a este autor, VENTAS SASTRE, *Minoría de edad*, 2002, 92 s.

sujeto, resultando, en ocasiones, una opción la de la propuesta atenuadora de la responsabilidad penal que puede resultar claramente más beneficiosa para el joven delincuente que la propia hipotética aplicación de la LORRPM, máxime después de las constantes reformas que ha sufrido este texto normativo. Pero es la aplicación generalizada de esta atenuación cualificada de la pena lo que no parece acertado, al igual que fundamentar dicha atenuación en la falta de culpabilidad plena de todos los jóvenes, una culpabilidad disminuida que se traduce en su semiimputabilidad. Porque estamos en presencia de una persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar y, en consecuencia, de asumir los derechos y obligaciones que se derivan de sus actos. Otra cosa es que, desde el punto de vista de la asunción de la responsabilidad penal, en ocasiones podamos encontrarnos ante jóvenes inmaduros, frente a los que sí es necesaria una respuesta adecuada y diferente, porque sus características personales no son las propias de la persona adulta y responsable-madura. De momento, a falta de una respuesta específica (y expresa) en la ley, habrá que recurrir a las posibles soluciones que podrán encontrarse desde la teoría jurídica del delito, en el ámbito del tipo subjetivo, del error, de las eximentes, hasta llegar a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, con particular interés en la atenuante analógica (y la posibilidad de ser valorada como muy cualificada) y, como último recurso, a la regulación contenida en el art. 66.1.6.^a CP a efectos de individualizar judicialmente la pena atendiendo a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del sujeto.

Esta solución, la de apreciar posibles atenuaciones de la responsabilidad penal del joven a través de la revisión de la teoría jurídica del delito desde el parámetro de la reciente alcanzada mayoría de edad, ha de ser la que provisionalmente se adopte a la espera de que el legislador decida dar un giro al planteamiento punitivista y defensorista en aras de una mayor racionalización en la reforma de las leyes penales, buscando las soluciones más acertadas y respetuosas con los principios que han de inspirar a este sector del Ordenamiento jurídico, y que, en el caso del DP de menores y jóvenes, efectivamente respondan a los fines preventivo especiales que han de guiar esta legislación especial. En este sentido, las recomendaciones del Consejo de Europa sobre el tratamiento de la delincuencia de menores y jóvenes puede ser la fuente inspiradora de este esperado cambio.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA (**)

AGUIRRE ZAMORANO, Pío: «Los jóvenes del siglo XXI: proyecto de ley de justicia juvenil», en: *EDJ 1999-18 (Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado)*, 331-347.

ALMAZÁN SERRANO, Ana/IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier: *Derecho Penal de Menores*, 2.^a, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

APARICIO BLANCO, Prudencio: «Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)», en: *CDJ 1999-IV: Política criminal*, 149-231.

(**) Las palabras que aparecen en negrita son las utilizadas en la cita abreviada en las notas a pie de página.

- ARROM LOSCOS, Rosa: *El proceso penal con implicación de menores (Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores)*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2002.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso: «La menor edad penal», en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 179-188.
- AYO FERNÁNDEZ, Manuel: *Las garantías del menor infractor. (Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de los Menores y sus modificaciones posteriores)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- BARBERO SANTOS, Marino: «Delincuencia juvenil: tratamiento», en: *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, 87-119.
- BARQUÍN SANZ, Jesús: «Ley penal del menor: una historia de reformas», en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Dykinson, Madrid, 2010, 3-32.
- BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel: «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», en: *RDPC* 2.^a época, 18 (2006), 37-95.
- «Los cambiantes principios del Derecho penal Español de Menores», en: MORILLAS CUEVA/NÁQUIRA RIVEROS (dirs.), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Dykinson, Madrid, 2009, 15-75.
- BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada: *vid.* MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.)/BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, Mario (coord.)/GREEN, Gillian.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: «Interrogantes cardinales para reformar la Legislación de los Infractores Juveniles», en: *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, 161-208.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Imputabilidad y edad penal», en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, 471-482.
- CABALLERO, Juan José: «Juventud rebelde y subcultura juvenil», en: *CPC* 27 (1985), 413-429.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *ADP* 2002, 285-317.
- *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, Barcelona, 2006.
- *vid.* BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel.
- CANTARERO BANDRÉS, Rocío: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- CARMONA SALGADO, Concepción: «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», en: Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, 135-159.
- «Artículo 19», en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal, tomo II. Artículos 19 a 23*, Edersa, Madrid, 1999, 21-70.
- «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de enero», en: *RECPC* 04-03 (2002), 1-14.
- «Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006», en: *La Ley Penal* 45 (2008), 57-65.

- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «La futura ley penal juvenil», en: AJA 214 (1995), 1-4.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción: en: CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.
- *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CRUZ BLANCA, María José: «La responsabilidad de los menores de edad por la comisión de ilícitos penales», en: *Revista de Estudios Jurídicos* 3 (2000), 47-79.
- «La ley de responsabilidad penal de los menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre», en: *CPC* 75 (2001), 481-515.
- *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Edersa, Madrid, 2002.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- «El régimen penal del joven adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno», en: *CPC* 96 (2008), 5-44.
- «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», en: *AFDUAM* 15 (2011), 241-269.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho penal de menores*, Civitas, Madrid, 2000.
- «El nuevo Derecho penal español de menores a la luz de las modernas tendencias del Derecho penal y la Criminología», en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, 205-217.
- *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.^a, Dykinson, Madrid, 2002.
- «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Dykinson, Madrid, 2010, 123-146.
- «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en: *RECPC* 12-10 (2010), 1-19.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la: «La reforma de la legislación tutelar: ¿un Derecho penal de menores y jóvenes?», en: *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho penal*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, 153-229.
- «Líneas directrices de un nuevo derecho penal juvenil y de menores», en: *Eguzkilore* 2 (1988), 61-69.
- «¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?», en: *RECPC* 10-09 (2008), 1-36.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: «Algunos aspectos de la legislación penal de menores», en: *La Ley* 1998-3, 1507-1515.
- DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, Mario: *vid.* MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.)/BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, Mario (coord.)/GREEN, Gillian.

- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Vid. RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Otro experimento legislativo en materia de Derecho penal de menores: la Ley Orgánica 8/2006*, en: EP-Díaz Pita 2008, 661-679.
- FIERRO GÓMEZ, Avelino: «La Ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada», en: *La Ley* 2006-3, 1751-1762.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico», en: *RDPC* 2.ª época 3 (1999), 33-76.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: «Capítulo II. La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores, las bases de la responsabilidad de estos y el Derecho supletorio (artículos 2, 3, 4, 5, y 6 del Título Primero y artículos 10, 11 y 12 del Título Segundo)», MFC del CGPJ: *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 9 (2000), 45-80.
- «La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», en: *AP* 2000-3, 673-698.
- «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en: *CDJ* 2005-XXV: *La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, 397-438.
- «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Comares, Granada, 2007, 25-57.
- «La reforma de 2006 de la ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana», en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, 23-55.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás: «Aspectos críticos de la legislación penal del menor», en: *RP* 16 (2005), 88-105.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: «La mayoría de edad penal en la reforma», en: H-del Rosal 1993, 607-645.
- «La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000», en: *EDJ* 1999-18 (*Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*), 99-137.
- «La justicia juvenil en España: un modelo diferente», en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, 19-44.
- «Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores», en: *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, 31-56.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: «Marco legal de la violencia juvenil», en: RUIDÍAZ GARCÍA (comp.), *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Edersa, Madrid, 1998, 65-73.
- GÓMEZ RECIO, Fernando: «La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años», en: *AJA* 437 (2000), 1-5.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen: «Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: ANARTE BORRALLO (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*, Iustel, Madrid, 2010, 97-137.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa: «Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal)/GÓMEZ COLOMER (coord. procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 79-130.
- GREEN, Guillian: *vid.* MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.)/BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, Mario (coord.)/GREEN, Gillian.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, 2000.
- GUTIÉRREZ ALBENTOSA, Joan Manuel: «Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *La Ley* 2006-1, 1418-1423.
- «Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *La Ley* 2007-2, 1742-1750.
- HERRERO HERRERO, César: *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, 2.ª, Dykinson, Madrid, 2008.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe: *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003.
- «La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas», en: *La Ley Penal* 18 (2005), 11-28.
- «Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor. Especial estudio del Proyecto de Ley Orgánica 121/0000076 por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *La Ley Penal* 27 (2006), 64-90.
- «La supresión de la posibilidad de aplicar la Ley Penal del Menor a los jóvenes: una decisión errónea (Hacia la restauración de “lege ferenda” del Derecho Penal juvenil en España)», en: EH-Gimbernat, tomo II, 2008, 2357-2381.
- IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier: *vid.* ALMAZÁN SERRANO, Ana/IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier.
- LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad», en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2.ª, Dykinson, Madrid, 2007, 233-268.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *La Ley* 2000-4, 1667-1673.
- «El nuevo Derecho penal juvenil», en: LH-Cerezo 2002, 1575-1586.
- «Réquiem por la Ley Penal del menor», en: *La Ley* 2006-3, 1850-1857.
- LASTRA DE INÉS, Almudena: «Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado», en: *CDJ* 2005-XXV: La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual), 79-107.
- MACHADO RUIZ, M.ª Dolores: «Minoría de edad e imputabilidad penal», en: *AP* 2003-1, 93-137.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La legislación penal juvenil en Alemania», en: *CDJ* 1996-XV: *Menores privados de libertad*, 83-100.
- MARTÍN CRUZ, Andrés: *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004.

- «El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la ley orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM», en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delinquentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, 117-169.
- MARTÍN LÓPEZ, M.^a Teresa: «Consideraciones sobre la delincuencia de menores», en: MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, 101-141.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela: «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *EPC XXII* (2000), 55-102.
- MORENILLA ALLARD, Pablo: «Art. 1», en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 6/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, 39-66.
- MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.): BARROSO BENÍTEZ, Inmaculada/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, Mario (coord.)/GREEN, Gillian: *El laberinto social de la delincuencia. Jóvenes adolescentes en la encrucijada*, Dykinson, Madrid, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción», en: BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Dykinson, Madrid, 2010, 15-52.
- NIETO GARCÍA, Luis Carlos: «La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de las reformas y en especial de la reciente ley orgánica 8/2006», en: *CDJ 2006-XXII (Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones)*, 341-371.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, 4.^a, Bosch, Barcelona, 2007 (También se ha utilizado la 3.^a, 2005).
- «Pasado y presente de la aplicación de la ley penal del menor», en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delinquentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, 57-66.
- ORTA I RAMÍREZ, Teresa/ROGENT I ALBIOL, Elies: «El menor de edad y la nueva ley penal», en: *RJCat* 101, 1 (2002), 103-136.
- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima: *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores —LO 8/2006. (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: «Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor», en: Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, 103-133.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte general del Derecho penal*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS, 4.^a, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther: «La nueva justicia de menores: la delincuencia juvenil en el siglo XXI», en: *CPC* 74 (2001), 325-351.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *El menor infractor ante la ley penal*, Comares, Granada, 1994.

- «La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en: *ICADE* 53 (2001), 203-241.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Alfredo: en: RODRÍGUEZ GARCÍA/MAYORGA FERNÁNDEZ/MADRID VIVAR, *Los menores en un Estado de Derecho. Normativa internacional, nacional y autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*, Dykinson, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ MESA, María José: «El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas», en: RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 225-244.
- ROGENT I ALBIOL, Elies: *vid.* ORTA I RAMÍREZ, Teresa/ROGENT I ALBIOL, Elies.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la: URBANO CASTRILLO, Eduardo de/ROSA CORTINA, José Miguel de la.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998.
- «La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», en: *AP* 2000-3, 699-727.
- SANTOS MARTÍN OSTOS, José de los: «Especialidades procesales del enjuiciamiento de menores», en: AENCIO MELLADO/FUENTES SORIANO (coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008, 345-357.
- SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: «Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos», en: *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, 57-80.
- SERRANO SOLÍS, Miguel: *vid.* SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel.
- SOLA RECHE, Esteban/SERRANO SOLÍS, Miguel: «Presente y futuro de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (aspectos problemáticos de la aplicación de la Ley Penal del Menor)», en: SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Comares, Granada, 2007, 3-24.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: «El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?», en: *RP* 8 (2001), 71-89.
- «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en: GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA (coords. penal)/GÓMEZ COLOMER (coord. procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 13-46.
- TAPIA PARREÑO, Jaime: «Incidencia de la reforma de la Ley penal de menores en materia antiterrorista en los principios inspiradores», en: *Eguzkilore* 15 (2001), 167-182.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «La delincuencia grave de menores», en: *La Ley* 2000-7, 1265-1269.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de/ROSA CORTINA, José Miguel de la: *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de, en: URBANO CASTRILLO/ROSA CORTINA, *La Responsabilidad Penal de los Menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- URRA PORTILLO, Francisco Javier: «Respuesta social al joven infractor. Metalegislación», en: *CDJ* 1998-IX (*Política criminal comparada, hoy y mañana*), 209-240.

- «Siglo XXI. Legislación del joven infractor», en: CORCOY BIDASOLO/RUIDÍAZ GARCÍA (coords.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, 2000, 159-174.
- VALBUENA GARCÍA, Esther: *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.
- «La delincuencia juvenil», en: VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (eds.), *Derecho penal juvenil*, 2.^a, Dykinson, Madrid, 2007, 3-34.
- VENTAS SASTRE, Rosa: «Artículo 19», en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo II. Artículos 19 a 23, Edersa, Madrid, 1999, 71-98.
- *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Edersa, Madrid, 2002.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Constitución y Derecho penal de menores», en: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 337-352.

CIENCIA Y PROCESO. DE LA PERICIAL CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO JURISPRUDENCIAL A LA PERICIAL CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO LEGAL

VIRGINIA PARDO IRANZO

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia*

RESUMEN

Ciencia y proceso. De la pericial científica con privilegio jurisprudencial a la pericial científica con privilegio legal

Hay dos clases de prueba pericial: la de opinión y la científicamente objetiva. Sobre la base de que esta última tiene carácter objetivo y gran fiabilidad, en 2002 una enmienda a la Ley de Enjuiciamiento Criminal convirtió en prueba documental un peritaje concreto: los análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes (art. 788.2 LECrim) y no es improbable que este tratamiento se extienda a otros informes periciales de carácter científico. Este trabajo analiza las consecuencias de transformar la prueba pericial en documental, así como si dichos peritajes son realmente objetivos y fiables.

Palabras clave: Proceso penal, prueba pericial, prueba documental, ciencia forense.

ABSTRACT

Science and process. From scientific evidence with case law privilege to scientific evidence with Law privilege

There are two kinds of expert evidence: opinion evidence and scientific evidence. The scientific evidence is considered objective and reliable by default. Therefore an amendment in 2002 to the Code of Criminal Procedure converted one type of this evidence into documentary evidence: the report about the nature, weight and purity of drugs. And also is likely to be extended to other types of forensic science evidence. This paper analyzes the consequences of converting expert evidence into documentary evidence and also if such report is really objective and reliable.

Key words: Criminal procedure, expert evidence, documentary evidence, forensic science.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SOBRE LAS DISTINTAS CLASES DE PERITAJES.
- III. LA PRUEBA CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO.
- IV. LA PRUEBA CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO LEGAL.
 - A) **Justificación y finalidad de la reforma.**
 - B) **Ámbito de aplicación.**
 - C) **Alcance de la norma.**

- a) Nombramiento y recusación de los peritos.
- b) Proposición de la prueba.
- c) Práctica de la prueba.
- d) Impugnación de los informes.
- e) Valoración de la prueba.
- f) Recursos.

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO CIVIL.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: A VUELTAS CON LA OBJETIVIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

No creo equivocarme al afirmar que en muchas ocasiones lo desconocido produce cierta admiración o incluso, si me apuran, cierto deslumbramiento⁽¹⁾. Aquello que escapa a nuestro conocimiento suele convencernos aunque solo sea porque al no entender el método o procedimiento utilizado para llegar a un determinado resultado, carecemos de los argumentos necesarios para refutarlo. Se trata, me parece, de algo natural. Pues justo esto es lo que ocurre de alguna manera con el binomio ciencia-proceso, o dicho de otro modo, cuando en un determinado procedimiento una o varias de las pruebas a practicar son de las comúnmente conocidas como de «carácter científico» parece como si ya no hiciera falta discutir nada más; como si el resultado —el producto de la «ciencia»— no pudiera ser contradictorio. Esa predisposición a creer a pies juntillas el resultado de los experimentos científicos —repito, hasta cierto punto natural— tiene importantes implicaciones, como analizamos a lo largo del trabajo, en el proceso.

Hace algunos meses leía en un periódico de tirada nacional una noticia, cuanto menos impactante, que hizo que me replanteara el valor que debía otorgarse a los informes (no solo) de la policía judicial. Tras el titular «No llevo coca, es el alcanfor de mi abuelita» se contaba la peripecia de un médico panameño, becado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español para asistir a un curso de posgrado de doce semanas en el Instituto Carlos III de Madrid, que pasó seis meses en prisión provisional en la cárcel de Navalcarnero acusado de traer 19 kilos de ropa impregnada de droga, y todo ello por el falso resultado positivo de un narcotest.

Los hechos comienzan cuando un Guardia Civil del aeropuerto de Barajas nota un olor extraño en el equipaje del joven doctor; al abrirlo y rociar las prendas de ropa con el aerosol correspondiente éstas fueron adquiriendo paulatinamente una tonalidad añil. El resultado era aparentemente claro: ocultaban cocaína —debe ser que el color azul es el que tiñe la

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de Investigación «Hacia un nuevo espacio europeo de Justicia: reconocimiento mutuo, aproximación de legislaciones y e-justicia». Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia DER2011-27970). El análisis de la bibliografía extranjera se realizó durante una estancia en el Institute of Advanced Legal Studies (Universidad de Londres), para la que se contó con una ayuda concedida por la Universitat de València (Referencia: UV-INV-EPDI 12-66660).

ropa al contacto de la droga con el spray reactivo—. Solicitada la prisión provisional por la fiscal, el juez no dudó en decretarla al considerar que era imposible que la prueba del aerosol hubiera errado simultáneamente en 108 prendas. La puesta en libertad del ciudadano panameño no se produjo hasta que, seis meses después del suceso en el aeropuerto, el juzgado de instrucción recibió un nuevo análisis, realizado en esta ocasión por la Agencia Española del Medicamento, cuyo resultado fue categóricamente negativo. Como imaginarán, para aquel entonces el curso ya había finalizado y con él la posibilidad de disfrutar de la ansiada ayuda de estudios.

Lejos de lo que podríamos pensar no se trata de un caso aislado. Hace solo dos días despertaba de nuevo con una noticia sobrecogedora. Hace casi un año desaparecieron en una localidad andaluza dos niños cuando se encontraban pasando el fin de semana con su padre. Aunque el progenitor siempre ha mantenido que se le despistaron cuando estaba con ellos en un parque, la policía y el juez instructor desde el primer momento sospecharon que la desaparición no fue accidental. Las primeras investigaciones se encaminaron a registrar una finca de los abuelos paternos y allí se encontraron restos de una hoguera y entre las cenizas algunos huesos. Analizados los restos óseos el informe de una antropóloga forense de la Comisaría General de Policía Científica determinó que pertenecían a roedores o pequeños carnívoros⁽²⁾. Diez meses después un nuevo informe, encargado por la madre, determinó que los restos eran de humanos de entre dos y seis años de edad —precisamente la edad que tenían los niños desaparecidos—. Este análisis fue corroborado una semana más tarde por otro elaborado por el director del Centro Nacional de Investigación sobre Evolución Humana y días después un nuevo análisis, esta vez de miembros del Instituto Nacional de Toxicología (junto con algunos profesores de la Universidad Complutense de Madrid), confirmaba los dos últimos.

Estas noticias, que cualquiera pensaría que responden más a la ficción que a la realidad, hicieron que me preguntara nuevamente hasta qué punto era real la objetividad atribuida en general a la conocida como prueba científica y cuáles eran las consecuencias que la ley y/o la jurisprudencia anudaban a dicha objetividad. Tengamos en cuenta que fue precisamente esa calidad objetivo-científica la que llevó al legislador hace ya una década a «convertir» en documento unos concretos informes periciales⁽³⁾. Objetividad basada, si nos fijamos en los debates parlamentarios y en la jurisprudencia anterior y posterior a la reforma, principalmente en dos circunstancias: en la persona o personas que realizan los análisis (aspecto subjetivo) y en la forma en que estos se llevan a cabo (aspecto objetivo).

En efecto, en 2002 se añade un párrafo segundo al artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en su virtud, en el ámbito del procedimiento abreviado —y también de los juicios rápidos, vía art. 802.1 LECrim—, tienen carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los proto-

(2) Según las noticias aparecidas en prensa el propio informe indicaba que el índice de fiabilidad del resultado era muy elevado.

(3) Con todo, y para no confundir al lector, debo advertir que los análisis «convertidos» en documento por el legislador en 2002 no son los practicados en el aeropuerto en la ropa del doctor panameño. Los específicos peritajes recogidos en el artículo 788.2 LECrim han de ser realizados por unos concretos organismos y siguiendo unos determinados protocolos. Véase al respecto el apartado segundo del epígrafe cuarto.

colos científicos aprobados por las correspondientes normas⁽⁴⁾. El nuevo párrafo entró en vigor sin hacer demasiado ruido; y es que en ese momento frente a quienes —no muchos— defendieron a ultranza la reforma⁽⁵⁾, la parte de la doctrina que no la consideraba acertada se limitó en su mayoría a realizar una crítica meramente dogmática de la misma al considerar que el legislador no debería pretender cambiar la naturaleza de las cosas⁽⁶⁾. Sin embargo, y como regla general, no se atendió a las verdaderas implicaciones procesales de la transformación; consecuencias de calado que, como se ve en el trabajo, van más allá de lo relativo a la práctica de la prueba.

En todo caso interesa destacar que los análisis sobre sustancias estupefacientes no son el único supuesto al que se concede un tratamiento especial. Además de estos peritajes, cuyas especificidades en su tratamiento procesal tienen cobertura legal expresa, la jurisprudencia —ahora ya sin sustento normativo— viene otorgando en el proceso penal un tratamiento privilegiado a otros de los informes periciales considerados científicamente objetivos, hasta tal punto que el propio Tribunal Supremo distingue entre pericias documentadas con privilegio legal (exclusivamente las contenidas en el artículo 788.2 LECrim) y pericias documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado⁽⁷⁾. Es más, existe una importante corriente doctrinal que propone una reforma legislativa que permita extender la consideración de prueba documental al resto de pruebas científicas en cualquier procedimiento penal⁽⁸⁾.

(4) El párrafo segundo fue añadido en virtud de la Disposición Adicional 3.^a de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que modifica el Código Penal y el Código Civil, en materia de sustracción de menores —como se ve un tema que nada tiene que ver con la materia que nos ocupa—. La modificación se produce de manera sorpresiva, a través de una enmienda en el Senado y por tanto sin que hubiera el debate que merece una reforma de este tipo.

(5) *Vid.* MAGRO SERVET, V., «El valor de la prueba documental en los informes emitidos por laboratorios oficiales en los delitos de tráfico de drogas en la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre», en *Diario La Ley*, núm. 5697, 15 de enero de 2003. VARGAS CABRERA, B., «Dictámenes periciales sobre sustancias estupefacientes. Estudio jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 6682. Jueves, 29 de marzo de 2007.

(6) Para SEQUEROS SAZATORNIL, F., las razones de orden pragmático que han motivado la reforma «deben merecer desde una vertiente eminentemente dogmática todo género de críticas, al haberse permitido aquél, de un plumazo y sin miramiento ni contemplación alguna trastocar la naturaleza de las instituciones modificando de manera desconsiderada su mismidad y con ella su esencia y entidad procesal. Y es que en efecto, la prueba pericial ni ostenta ni posee en puridad las notas que caracterizan a la documental...» («Los protocolos sobre análisis de drogas y su necesidad inaplazable de regulación en el ámbito del proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 1754). Sumamente críticos fueron LÓPEZ CASTILLO, M., y DÍAZ CABIALE, J. A., para quienes la reforma debía tacharse de inconstitucional («La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788.2.II LECrim», en *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, pp. 74 y ss.).

(7) Ya antes de la reforma de 2002, y tras una primera jurisprudencia que exigía la comparecencia de los peritos en el juicio oral para prestar declaración, el TS daba a los análisis realizados por Gabinetes y Laboratorios Oficiales un tratamiento privilegiado. Tomando como base su objetividad el alto Tribunal recurría a la fórmula de la prueba preconstituída o de la aceptación tácita del informe cuando no es impugnado para no exigir la declaración del perito en la vista.

(8) AA.VV., *La prueba pericial científica*, Dolz Lago (Dir.), Figueroa Navarro (Coord.), IUICP, Madrid, 2012, p. 14 y 381 y ss. Los autores condicionan su propuesta a que: 1. El estado actual de la ciencia permita concluir que son altamente fiables —aunque no olvidando que siempre existe un margen de error—, con lo que es necesario tener en cuenta los estándares científicos homologados por la comunidad científica. 2. «Resulte innecesaria la presencia de los peritos firmantes de los informes en el juicio oral, cuando dichos informes no hayan sido impugnados por ninguna de las partes en el proceso ni cuestionados por el mismo Tribunal». Adviértase, no obstante, que la conversión en documento de los análisis sobre sustancias estupefacientes ha llevado a que incluso existiendo impugnación de los informes los peritos no declaren en juicio (véase el apartado relativo a la impugnación de los peritajes).

Teniendo en cuenta lo anterior me parece oportuno, por un lado y respecto del proceso penal, analizar las verdaderas consecuencias de «convertir» una prueba de carácter personal en documento —tomando como referente el supuesto recogido en la ley procesal—, y por otro, ver cuál es el tratamiento que los tribunales dan a aquellos supuestos de prueba científica distintos de la analítica sobre drogas⁽⁹⁾. Con relación al proceso civil, en el que no hay una norma similar al artículo 788.2 LECrim, se trata simplemente de apuntar que consecuencias tiene —si es que las tiene— la existencia en él de «prueba científica». Y todo ello, y como no podía ser de otra manera, tomando como base una reflexión más profunda sobre aquello que constituye el fundamento o soporte de los citados privilegios: la pretendida objetividad de esos peritajes.

II. SOBRE LAS DISTINTAS CLASES DE PERITAJES

Desde hace algún tiempo no resulta extraño escuchar el término «prueba científica» como si a los tradicionales medios de prueba la ciencia hubiera añadido uno más. Desde luego, y sin negar que la expresión puede resultar ilustrativa, lo cierto es que dista de ser precisa⁽¹⁰⁾. No es necesario detenernos en que si medio de prueba es actividad, aquella por la que se incorpora una fuente al proceso, y si esa actividad está sujeta al principio de legalidad, los únicos medios existentes son los fijados de manera tasada en la ley. Ello no obsta, como no podía ser de otra forma, a que a través de ellos se dé cabida a cualquier fuente de prueba⁽¹¹⁾.

Partiendo de lo anterior la cuestión siguiente es la relativa al medio por el que el conocimiento científico ingresará en el proceso. Pues bien, la conocida como prueba científica

Partiendo de lo anterior en concreto en la página 414 proponen la conversión en documento de los siguientes peritajes científicos: balística y trazas instrumentales, lofoscopia, pinturas, suelos, flora y fauna, residuos de disparo, drogas tóxicas, fibras, incendios (acelerantes de la combustión), biología (ADN), grafística/documentoscopia (no en escritura manuscrita) y entomología forense. Consideran, en cambio, que tendrían más problema para su recepción en el proceso como simple documento las siguientes: Informática y electrónica, acústica, antropología, inspección ocular y, finalmente, tecnología de la imagen.

(9) Este estudio es si cabe más necesario si tenemos en cuenta que en el ámbito de la Unión Europea se pretende regular un instrumento sobre obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad. En el Libro Verde sobre la materia [Bruselas 11-11-2009 COM (2009)624 final] se alude expresamente a las pruebas científicas al señalar que «también podrían establecerse unos principios mínimos para facilitar la admisibilidad mutua de las pruebas entre Estados miembros, incluida las pruebas científicas».

(10) Como ha puesto de manifiesto PÉREZ GIL, J., «el vocablo prueba nos hace topar siempre con la complicación de su polisemia, pues se utiliza al menos en tres contextos: como medio de prueba, como procedimiento probatorio o como resultado probatorio... En la praxis procesal el uso más común del término prueba científica alude a reglas y prácticas aplicables, fundamentalmente en el proceso penal, para la recopilación, tratamiento, conservación, utilización y validez de fuentes de prueba científicamente avanzadas, así como al estatus de los expertos y de los laboratorios encargados de su análisis» (*El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 42 y ss.).

(11) Para la distinción entre medios y fuentes de prueba véase SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pp. 147 y ss., y MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 6.ª edición, Thomson Civitas, 2011, pps. 150 y ss. Anteriormente ya se podía entrever la división en CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2.ª edición, Buenos Aires, 2000, traducción Alcalá-Zamora, pp. 68 y ss.

encaja perfectamente en la prueba pericial⁽¹²⁾. Basta una simple lectura de nuestros códigos procesales para llegar a esa conclusión: «cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes...» (art. 335 LEC). En sentido similar el art. 456 LECrim indica que «el juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos».

Sin ánimo de adentrarnos en la delicada cuestión relativa a la naturaleza jurídica del perito y de su actividad, lo cierto es que es característico de la prueba pericial el que un experto —el perito— auxilie al juez aportando al proceso unos conocimientos científicos, técnicos o prácticos que el titular del órgano jurisdiccional no posee para que de esta manera éste pueda valorar las afirmaciones fácticas realizadas por las partes. Dicho de otro modo, nos encontramos ante un tercero procesal que posee una formación especializada y que incorpora voluntariamente dichos conocimientos al proceso, aplicándolos al objeto de la prueba⁽¹³⁾.

Con todo, es necesario advertir que no todos los peritajes son iguales. Si nos fijamos en el artículo 335 LEC repararemos en que el conocimiento científico, técnico, artístico o práctico al que se refiere el precepto puede servir tanto para *valorar* hechos o circunstancias como para *adquirir certeza* sobre ellos. Parece entonces que habría que distinguir entre dos clases de informes periciales: los científicamente objetivos (o peritaje percipiente) y los de opinión (o peritaje deduciente)⁽¹⁴⁾. Estos últimos se dan cuando *debe valorarse* un hecho o una circunstancia realizándose un verdadero juicio, por ejemplo, el informe psicológico de una persona. En este peritaje hay un alto grado de valoración de manera que es factible —incluso previsible— que pedido un mismo informe a dos psicólogos distintos el resultado —el informe pericial— solo en parte sea coincidente.

En cambio, hay otro tipo de pericias en las que el grado de valoración es inferior. En el peritaje científico de lo que se trata es de *adquirir certeza* sobre unos determinados hechos a través de un *experimento* que estando bien realizado, se dice, solo debería dar lugar a un

(12) Recoge PÉREZ GIL, otras vías de acceso del conocimiento científico al proceso —referido en su caso al proceso civil—. Así hace referencia a la prueba documental —«los ejemplos podrían englobar desde un informe de la Oficina de Patentes y Marcas, a las acreditaciones emitidas por empresas certificadoras—, el testigo-perito, el informe del profesional de la investigación privada...» (*El conocimiento científico en el proceso civil...*, pp. 53 y ss.). No pretendemos en nuestro trabajo conceptuar la prueba científica. Las conclusiones a las que nosotros llegamos las circunscribimos a aquella que es realizada a través de experimentos que conllevan la utilización de nociones de carácter científico —no simplemente técnico— y, en consecuencia, esas vías de acceso al proceso se reducen prácticamente a la prueba pericial. Véase también TARUFFO, M.: «la prueba pericial no siempre implica el recurso a conocimientos específicamente científicos. Por ejemplo, si se trata de medir la extensión de un inmueble, de determinar un porcentaje de invalidez, o de efectuar cálculos contables complejos, entran claramente en juego competencias técnicas específicas, pero estas no constituyen propiamente conocimientos científicos» (*La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 278).

(13) ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de los peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 106 y ss.

(14) Vid. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 339 y ss., ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 54 y ss. y 69 y ss.

resultado. Por ejemplo, comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación. Respecto de estos últimos se ha afirmado que el resultado solo puede ser uno y, en consecuencia, si llegaran a existir dictámenes contradictorios «en un proceso determinado debería concluirse, bien que uno de los peritos ha mentado, bien que uno de los peritos carece de la capacidad científica o técnica para verificar el hecho; y en uno y en otro caso no podría dejar de aclararse la cuestión en el mismo proceso, pues el juez no debería simplemente estar al dictamen aparentemente mejor elaborado»⁽¹⁵⁾.

Sobre esta afirmación —«el resultado solo puede ser uno»— y sus consecuencias tenemos ocasión de pronunciarnos más adelante aunque ahora interesa destacar dos cosas: por un lado, que la conocida como «prueba científica», incluidos los análisis sobre sustancias estupefacientes, pertenece a esta segunda clase —peritajes científicamente objetivos—, no siendo, por tanto, auténticos «documentos» (prueba documental)⁽¹⁶⁾. Por otro, que las afirmaciones que realizamos a lo largo del trabajo van referidas a aquellos informes periciales que son resultado de un experimento científico y no a aquellos otros que integran la categoría de los peritajes de opinión⁽¹⁷⁾.

(15) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 339.

(16) Debe quedar claro que cuando se habla de documento en un proceso no se está aludiendo propiamente a los escritos. Un escrito puede ser documento a efectos probatorios o puede no serlo de la misma manera que algo que no es físicamente un papel escrito puede tener la consideración de documento. La determinación de qué es documento a efectos probatorios es de gran importancia, sobre todo, aunque no solo, en el proceso penal, y ello porque si no diferenciamos los términos no podremos evitar que por la vía de la prueba documental accedan al proceso actos cuya finalidad no era ni es probatoria —actos de investigación realizados durante el sumario— o actividades que deben practicarse durante el juicio oral a través de otros medios de prueba diferentes a la documental.

Documento es una cosa corporal (*corpus*) que enseña o muestra algo (*docuit*). Además de estos elementos que conforman tradicionalmente lo que es documento, en el proceso penal hay que añadir uno más: la ajenidad (o la *straneità* de la que hablan los italianos). Es decir, el documento para serlo no ha de haber sido creado en función del proceso. Por tanto, una actuación documentada en un proceso penal no puede ser utilizada en él como prueba documental, no es documento, es acto documentado —o actuación o diligencia documentada si se prefiere—, que es algo diferente a documento y que tiene un tratamiento procesal también distinto al de la prueba documental. De hecho, ésta viene regulada en el artículo 726 LECrim, mientras que el apropiado para las diligencias realizadas durante la primera fase del proceso es el 730 LECrim. Para que las diligencias de investigación puedan llegar a tener valor probatorio es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la diligencia haya sido generada por la única autoridad dotada de suficiente independencia para generar actos de prueba (es decir por el juez de instrucción).
2. Que el medio de prueba correspondiente no pueda practicarse en el acto del juicio.
3. Que el escrito en el que se documenta la diligencia sea leído en el acto del juicio (práctica de la prueba), quedando proscrito el «darlo por reproducido» aunque existiera voluntad acorde de las partes en ese sentido.
4. Solicitud de la lectura por la parte (instancia de parte), precisando los folios del sumario que se quiere que sean leídos.

Sobre la *Straneità* véase CARDINO, A., *Processo penale e prove documentali*, con GUIDA, R. y RANALDI, A., CEDAM, 2004. Vid. También PARDO IRANZO, *La prueba documental...*, cit., pp. 82 y ss.

(17) Incluso quienes defienden la conversión de los análisis sobre sustancias estupefacientes en documento reconocen que «la prueba científica derivada de los laboratorios oficiales comparte más la naturaleza de pericial que de documental» pero, a pesar de ello, consideran que «anclarse en una concepción tradicional de documento como prueba real generada fuera del proceso para negar la valoración de la prueba pericial científica como documento, evidencia una posición poco realista...» (AA.VV., *La prueba pericial científica*, cit., pp. 388-389).

Desde luego la consideración de la prueba como pericial en vez de documental no es cuestión baladí; además de las consecuencias procesales que tiene, y que son tratadas en el texto, no debe olvidarse que durante mucho tiempo se utilizó la técnica de dar por reproducidas actuaciones o actos documentados como instrumento para introducir en el proceso verdaderas pruebas personales, eludiendo todas las normas y garantías que rigen la práctica de dichas pruebas.

III. LA PRUEBA CIENTIFICA CON PRIVILEGIO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO

El análisis de las repercusiones de la existencia de prueba científica en el proceso penal requiere como decíamos partir de la distinción entre informes periciales de carácter científico con privilegio legal, y aquellos otros que, sin base normativa alguna, reciben un tratamiento especial —y privilegiado— vía jurisprudencial. Empezamos con el estudio de estos últimos y sobre ellos el primer aspecto que hay que tener en cuenta es que pertenecen a esta categoría todos los que no están incluidos en el artículo 788.2 LECrim y, en consecuencia, no solo aquellos cuyo objeto es diferente a un análisis de drogas sino también éstos cuando no reúnan las condiciones establecidas en el precepto, incluido cuando se aporten en procedimientos distintos del abreviado y de los juicios rápidos⁽¹⁸⁾.

La jurisprudencia como regla general considera que si la prueba pericial no es impugnada no es necesaria la declaración de los peritos en el acto del juicio. Esto, que evidentemente altera el régimen de práctica de la prueba, influye también en el modo de proponerla y es que, según establece la Instrucción 7/2004 de la Fiscalía sobre citación de los peritos, si la Defensa no discute el informe el Ministerio Fiscal propondrá la analítica como prueba formalmente documental; si, en cambio, sí lo contradice, se propondrá como pericial, citando a los peritos. «Y ello aun cuando las impugnaciones no sean en sí mismas atendibles puesto que si no se cita a los autores del mismo puede el juzgador concluir con que no existe prueba de cargo válidamente practicada que acredite que efectivamente la sustancia ocupada consistía en droga»⁽¹⁹⁾.

El problema es que habitualmente la defensa no impugna el informe durante la instrucción, sino una vez abierto juicio oral —en el escrito de calificación (art. 651 LECrim)—. En este caso, y puesto que el escrito del fiscal es previo al de la defensa, la fórmula que propone la Fiscalía General del Estado es que «al proponer la prueba en las conclusiones provisionales interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga (u otros) con carácter general. Como matización a la regla anterior, a esa petición de prueba los Sres. Fiscales añadirán por Otrosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio. En todo caso se propondrá como prueba formalmente documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales»⁽²⁰⁾.

En cuanto a la práctica, como hemos indicado, si no hay impugnación del informe, no habrá declaración del perito en juicio aunque parece aconsejable, continúa la Instrucción

Véase PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 84 y ss. y 140 y ss. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia en el proceso penal*, Madrid, La Ley, D.L., 1993, pp. 274 y ss.

(18) Sobre el ámbito de aplicación del artículo 788.2 LECrim véase el epígrafe siguiente.

(19) Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública.

(20) Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre donde además se puntualiza que «estas consideraciones serán aplicables *mutatis mutandis*, al procedimiento de Jurado en los supuestos, ciertamente inusuales en que por razón de la conexidad (art. 5.2 LO 5/1995) conozcan de una acusación por delito contra la salud pública, pues el procedimiento de la Ley del Jurado debe integrarse supletoriamente con las disposiciones generales de la LECrim y no con las especiales del Procedimiento Abreviado».

7/2004 de la Fiscalía, que los fiscales soliciten la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado, no resultando adecuada la aplicación del artículo 726 LECrim que permite al juez analizar por sí mismo —es decir, en privado— los documentos, papeles y demás piezas de convicción. En caso de impugnación, en cambio, la regla es la general —declaración del perito en el juicio—, aunque será suficiente con que comparezca solo uno a pesar de lo señalado en el artículo 459 LECrim⁽²¹⁾, y ello porque la exigencia de la doble designación es vista, no como una condición de orden público, sino como una exigencia epistémica que permite atribuir mayor fiabilidad a las conclusiones alcanzadas por dos profesionales. De ahí que, incumplido el requisito, no se produzca la nulidad de la pericial⁽²²⁾. En este sentido el acuerdo no jurisdiccional del TS de 21 de mayo de 1999 consideró respecto de la exigencia de dos peritos que «en el juicio ordinario se satisface con la realización del peritaje por un Laboratorio Oficial, cuando esté integrado por un equipo y se funde el dictamen en criterios científicos».

Finalmente, y por lo que respecta a la impugnación de los análisis, por regla general la jurisprudencia sigue una tesis laxa en cuanto a las exigencias materiales de dicha impugnación. En atención a ella (SSTS de 14 de noviembre de 2002 y 11 de febrero de 2011, entre otras):

1. Los informes periciales realizados por Gabinetes y Laboratorios Oficiales están revestidos de suficientes garantías técnicas y de imparcialidad. Ello les otorga validez *prima facie*, es decir, sin necesidad de su ratificación en juicio por los expertos. Por supuesto, lo anterior no puede significar que no quepa rebatir la analítica. La parte puede pedir «tanto la comparecencia del perito, si así lo estima oportuno, como impugnar el dictamen documentado —aun sin necesidad de interesar la citación de quien lo emitió— si así lo considera mejor».
2. La impugnación contrarresta esa validez *prima facie* de los informes haciendo imprescindible la comparecencia de los expertos a la vista. «La posibilidad que el acusado tiene de pedir la citación del perito al Juicio Oral para que allí emita su informe bajo los principios de contradicción e intermediación debe entenderse como *una mera facultad*, y no como *una carga procesal* del acusado para desvirtuar su eficacia; en efecto

(21) STS de 22 de junio de 2010: «la exigencia de una duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se rellena con su realización por un laboratorio oficial cuando éste se integre por un equipo y se refiera a criterios analíticos». Por su parte la STS de 23 de mayo de 2005 establece que «en materia de análisis de laboratorios resulta incuestionable que las técnicas analíticas de laboratorios no solo resultan más científicamente seguras sino que necesitan de un trabajo en equipo que satisface más que suficientemente la hipotética garantía de la intervención de dos peritos». Vid. También entre otras SSTS de 3 de diciembre de 2002, 30 de mayo de 2003 y de 22 de marzo de 2006. En el mismo sentido la citada Instrucción 7/2004 recuerda a los fiscales que «al articular como prueba la pericial, no es necesario interesar la citación de dos peritos pues si el informe está realizado y suscrito por un Laboratorio Oficial, integrado por un equipo, hace innecesario el de dos peritos como exige el art. 459 de la LECrim». Por otro lado, la STS 103/2008, de 19 de febrero añade que «si para justificar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a unos acusados se les garantiza la observación del derecho y a otros no, pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales».

(22) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial ¿Cómo accede al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», en *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005.

siendo la regla general que la prueba se practique en el Juicio oral y siendo lo contrario excepción fundada en la aceptación expresa o tácita del informe obrante como documental en Autos, al acusado le basta *cualquier comportamiento incompatible* con esa aceptación tácita para que la regla general despliegue toda su eficacia». Tanto si se pide la comparecencia de los peritos como si se impugna el dictamen documentado, aun sin solicitar la citación del experto, «el peritaje debe practicarse en el Juicio Oral».

3. En concordancia con lo anterior y respecto de la extensión o términos de la impugnación, no se considera imprescindible explicitar las razones de la discrepancia, ya que «en caso de no motivarse no deja de ser tal la impugnación». En este sentido el acuerdo no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 del TS aprobó que siempre que existiera «impugnación se practicará el dictamen en el Juicio Oral aunque aquélla se funde en la negación de presupuestos de validez que en verdad concurren en el caso de que se trate». Por su parte la Instrucción 7/2004 establece que «ante cualquier impugnación por las defensas, ya durante la fase de instrucción, ya al evacuar éstas sus escritos de conclusiones provisionales, los Sres. Fiscales habrán de interesar la citación incondicional de los peritos a juicio, incluso cuando las impugnaciones no sean en sí mismas atendibles»⁽²³⁾.

Existe, con todo, otra corriente más estricta que exige que la impugnación tenga un contenido material tal y como vemos para los supuestos de análisis sobre sustancias estupefacientes.

IV. LA PRUEBA CIENTÍFICA CON PRIVILEGIO LEGAL

A) Justificación y finalidad de la reforma

Reza el artículo 788.2 LECrim en su párrafo segundo que «en el ámbito de este procedimiento (es decir, del abreviado) tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas». Si nos fijamos, lo que hace el precepto no es otra cosa que otorgar la *condición* de prueba documental a unos determinados informes periciales. Es decir, tomando como punto de partida la distinción a la que ya nos hemos referido entre peritaje científicamente objetivo y peritaje de opinión, el legislador da un paso más: dice que los informes sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes —pertenecientes a la segunda clase— *no son propiamente pericias sino más bien documentos*. Dicho de otro modo, el informe escrito del perito (es decir, el texto final en el que plasma el resultado del experimento⁽²⁴⁾) se convierte en documento.

(23) Véase el apartado C) del epígrafe siguiente.

(24) Adviértase que la prueba pericial no se limita al informe final sino que está integrada por un conjunto de actuaciones. En general comprende el conjunto de actos necesarios para la realización del informe: 1. Reconocimiento o percepción del objeto a peritar. 2. Las operaciones analíticas sobre el objeto y la deliberación (si hay varios peritos) y redacción de las conclusiones (art. 478.1 LECrim). El informe pericial es la formulación por escrito del resultado de

La justificación «oficial» alude a la manera en que estos son realizados y también a los sujetos que los llevan a cabo: puesto que se hacen por organismos oficiales siguiendo unos determinados procedimientos científicos y con arreglo a unos protocolos no estamos propiamente ante una pericia (ante valoraciones) sino ante la documentación de una realidad objetiva⁽²⁵⁾.

A pesar de la explicación del legislador a nadie se le escapa que no se trataba solo de eso; realmente se pretendía evitar que ciertos profesionales tuvieran que acudir a declarar a juicio puesto que de esta manera, por un lado, se eludían los perjuicios que se estaban causando a ese servicio público —al tener que acudir sus peritos constantemente a declarar a los juzgados⁽²⁶⁾—, pero además se evitaba que ante la incomparecencia del perito a la vista el juez debiera optar entre suspender el procedimiento o que dichos análisis dejaran de ser aptos para desvirtuar la presunción de inocencia. Con ese propósito, y como si nada ocurriese, se elimina de un plumazo el interrogatorio libre cruzado del o los peritos en el acto del juicio y con él probablemente en muchas ocasiones se difumina el derecho de defensa. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 2005, aludía a razones prácticas y de mera funcionalidad posiblemente discutibles desde criterios de estricta constitucionalidad⁽²⁷⁾.

En definitiva, puede afirmarse que la reforma tiene una finalidad clara, empírica, que sin duda es alcanzada con la modificación del precepto: transformar el modo de practicar la prueba para evitar la declaración de los peritos en la vista. Con ello, amén de evitar los perjuicios a los que aludíamos hace un momento, se consigue de rebote eso que tan de moda esta en los últimos tiempos: la aceleración procesal. El problema es que convertir una prueba de carácter personal en real no tiene coste cero: aparte de la enorme importancia de eliminar el interrogatorio del perito, tiene otras implicaciones que probablemente no fueron ni tan siquiera consideradas por el legislador.

B) Ámbito de aplicación

Antes de analizar las implicaciones que tiene la aplicación del artículo 788.2 de la ley procesal penal es necesario detenerse en su ámbito de aplicación y ello, para ser rigurosos, en

las anteriores actuaciones. Pues bien, el legislador convierte en documento esa parte final, olvidando que la misma es resultado de todas las operaciones anteriores.

(25) *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie III B: Proposiciones de Ley del Congreso de los Diputados. 13 de noviembre de 2002. Esta fue además la argumentación que sostuvo el CGPJ en el informe a la proposición de ley para la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2002.

(26) Sobre este mismo debate en EE.UU., *vid.* KIM, S. y TUCCI, J., «Confrontation clause, sixth amendment, *Crawfor v. Washington, drug testing, testimonial evidence*», en <www.law.conell.edu/supot/cert/07-59> (consultado el día 20 de agosto de 2012).

(27) En este sentido señala la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública, que «en línea de principios, el ideal al que debe tenderse es el de citación de los peritos al acto del juicio oral, para la práctica de la prueba conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Una adecuada organización de medios y una disponibilidad suficiente de personal en los laboratorios oficiales debiera permitir que el Ministerio Fiscal pudiera proponerlos para el acto del juicio oral sin el temor de poder llegar a provocar colapsos o disfunciones, evitando el riesgo de desvalorización del acto del juicio oral como fase central de todo el proceso penal».

un doble sentido. Por un lado, procedimental, es decir, con relación a los procedimientos a los que resulta aplicable la norma y, por otro, objetivo, es decir, respecto de los concretos análisis a los que se refiere.

En cuanto al procedimiento es claro que queda circunscrito al abreviado —«en el ámbito de este procedimiento» dice expresamente el art. 788.2 LECrim—. A este hay que añadir los denominados «juicios rápidos» en virtud de lo dispuesto en el artículo 802.1 LECrim que se remite para el desarrollo del juicio oral a los preceptos relativos al procedimiento abreviado —«el juicio oral se desarrollará en los términos previstos por los artículos 786 a 788»—. El especial tratamiento, en cambio, no puede extenderse ni al procedimiento por delitos graves ni al resto de procesos penales como, por ejemplo, el juicio con jurado, en los que los análisis de las sustancias estupefacientes seguirán accediendo al proceso por la vía de la prueba pericial.

Siendo así no tenemos más remedio que plantearnos la siguiente cuestión: si lo que se pretende es dar un tratamiento diferente a ciertos informes por el hecho de ser científicamente objetivos ¿es que deja de concurrir esa objetividad cuando han de surtir efecto en el procedimiento ordinario o en un juicio con jurado, por poner solo dos ejemplos? La evidente respuesta negativa nos conduce a nuevos interrogantes: el primero de ellos es si la reforma atiende simplemente a cuestiones estadísticas o en cambio se trata de algo distinto. Desde luego si la conversión de la prueba en documental es debida a las especiales características de un determinado tipo de peritajes no se entiende que solo sea aplicable a unos procedimientos y no a otros —tales características concurrirán en los informes independientemente del procedimiento en el que vayan a ser utilizados—. Ahora bien, si de lo que se trataba era de evitar que ciertos profesionales tuvieran que acudir a declarar al acto del juicio, eludiéndose de esta manera los perjuicios que la continua asistencia de estos a los juzgados causaba al Instituto o Laboratorio en el que trabajaban, sí tiene sentido que se haya introducido en aquellos procedimientos cuantitativamente hablando más importantes. Pero, si así fuera, deberíamos al menos plantearnos si es posible defender una reforma en el sentido apuntado basada en cuestiones fundamentalmente funcionales.

La segunda cuestión a la que debemos prestar atención es a la determinación del tipo de informes a los que se refiere la norma. Son únicamente aquellos en los que concurren dos condiciones: en primer lugar, han de versar sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes; en segundo lugar, deben haber sido realizados por laboratorios oficiales siguiendo los protocolos correspondientes. Cualquier otro tipo de informe no goza del tratamiento privilegiado concedido por el artículo 788.2 LECrim. Y claro, la duda ahora es la siguiente: ¿qué diferencia existe en cuanto a la objetividad entre este tipo de análisis y otros como, por ejemplo, los de ADN? Y nuevamente, ¿estamos simplemente ante criterios cuantitativos o se trata de algo más? La respuesta una vez más nos parece evidente.

Sentado lo anterior es hora de que nos detengamos en los informes a los que se refiere la norma y ello nos obliga a analizar los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Sobre el primero de ellos —el objeto del análisis— precisemos, por un lado, que es la naturaleza, la cantidad y la pureza y, por otro, cuáles son esas sustancias contenidas en el precepto. Determinar la naturaleza implica indicar el tipo o tipos de principios activos incluidos en los listados de sustancias psicotrópicas o estupefacientes —lo que se conoce como droga de abuso—. La cantidad se fija mediante el pesaje de toda la sustancia incau-

tada, debiendo el resultado establecer un índice de incertidumbre asociado. Finalmente la pureza se refiere al porcentaje de principio activo que contiene la sustancia.

En cuanto a la clase de sustancia el precepto habla simplemente de sustancias estupefacientes, que son aquellas contenidas en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Listas I y II) —enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención— y que fue incorporada a la legislación española por Ley 17/1967, de 8 de abril. Ejemplo de estas son la heroína y la cocaína. No se refiere, en cambio, a las sustancias psicotrópicas, es decir a aquellas contenidas en el Convenio de Viena de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas (Listas I, II, III y IV) —suscrito por nuestro país— y en el RD 2829/1977, de 6 de octubre, como son las anfetaminas o el LSD. Pues bien, la simple alusión a las sustancias estupefacientes parece que se debe más a un descuido del legislador que a un deseo de limitar a esas drogas el tratamiento del art. 788.2 LECrim, con lo que consideramos que este se extiende también a los psicotrópicos. Así, además, es como se viene entendiendo en la práctica.

La segunda condición realmente es doble porque, por un lado, hace referencia al Organismo que realiza el informe y, por otro, alude a la técnica empleada. Hoy en día tienen la consideración de oficiales los siguientes laboratorios: la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, los Institutos de Medicina Legal de las Comunidades Autónomas, los Cuerpos de Policía estatales y autonómicos y, finalmente, el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil⁽²⁸⁾. En cuanto a la segunda condición se exige que los citados laboratorios hayan realizado el informe siguiendo los protocolos aprobados por las correspondientes normas, y aquí realmente nos encontramos con un problema, puesto que una década después de la entrada en vigor del párrafo segundo del artículo 788.2 LECrim sigue sin existir dicha normativa⁽²⁹⁾. Esto hace que los distintos laboratorios utilicen técnicas diversas y esa variabilidad, aunque los métodos se utilicen correctamente, «no garantiza que dos laboratorios puedan ofrecer resultados suficientemente cercanos sobre la misma sustancia»⁽³⁰⁾, con lo que la afirmación que recogíamos al diferenciar los dos tipos de peritajes —recuérdese, el resultado del peritaje solo puede ser uno y, en consecuencia, si llegaran a existir dictámenes contradictorios «en un proceso determinado debería concluirse, bien que uno de los peritos ha mentado, bien que uno de los peritos carece de la capacidad científica o técnica para verificar el

(28) Ello a pesar de que la STS de 17 de febrero de 2009 indica que «hay que recordar que la Oficina Española del Medicamento es el único organismo autorizado en España para realizar las analíticas de drogas, de acuerdo con los Tratados Internacionales de los que España es parte» (FJ tercero).

(29) Ya en 2004 SEQUEROS SAZATORNIL ponía de manifiesto la «inaplazable necesidad de una ordenación legal que establezca un marco unificado de actuación respecto de los métodos a utilizar por los diversos organismos autorizados para verificar en la *praxis* análisis periciales sobre drogas» («Los protocolos sobre análisis de drogas...», *cit.*). «Llama la atención a este respecto el entusiasmo con el que muchos países se han abierto a las pruebas científicas (particularmente a las de ADN) sin un marco normativo previo que regule los procedimientos de obtención y conservación de los datos y garantice en consecuencia la fiabilidad de los resultados» (GASCÓN ABELLÁN, «Validez y valor de las pruebas científicas...», <www.uv.es/CEFD/15/GASCÓN.pdf>, consultado el 10 de diciembre de 2011).

(30) LUCENA MOLINA, ESCOLA GARCÍA y PARDO IRANZO, «Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España: hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011, <www.riedpa.com>.

hecho»— parece que en la actualidad, en el estado actual de la ciencia, al menos (aunque no solo) en el caso de las analíticas sobre sustancias estupefacientes— no puede mantenerse.

C) Alcance de la norma

Como venimos indicando, el artículo 788.2 LECrim modifica absolutamente la práctica de la prueba pero sus efectos no se quedan ahí sino que, como mostramos a continuación, van más allá.

a) *Nombramiento y recusación de los peritos*

La realización de un informe pericial requiere de la designación y nombramiento del o los peritos que lo han de llevar a cabo —dos si el procedimiento es el ordinario (art. 459 LECrim)⁽³¹⁾, pudiendo ser solo uno si nos encontramos en uno abreviado (art. 788.2 LECrim)—. Pero cuando se trata de elaborar un análisis sobre sustancias estupefacientes por un laboratorio oficial, la designación judicial del perito concreto que lo va a llevar a cabo y su necesaria comparecencia ante el tribunal para aceptar el cargo dejan de tener sentido. En su lugar, el juez dispondrá el envío de la sustancia a uno de los organismos oficiales (por ejemplo, a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, Sección de Estupefacientes y Psicotrópicos) para su estudio, análisis y emisión del informe. En sede de juicio rápido la LECrim impone esa obligación a la propia Policía judicial; según el artículo 796 de la ley procesal penal la policía judicial remitirá, durante el tiempo de la detención, al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas que han de analizarse. Estas entidades han de enviar el resultado al Juzgado de guardia por el método más rápido y en todo caso antes del día y hora en que se haya citado por la policía al denunciado, testigos, etc. para comparecer ante el Juzgado de guardia. Si no fuera posible la remisión del análisis en ese plazo, la Policía Judicial podrá realizar la analítica por sí misma⁽³²⁾.

Considera el Tribunal Supremo que este tipo de informes emitidos por organismos oficiales no son atribuibles a una sola persona sino al laboratorio que lo realiza, al ser el resultado final del análisis la suma de pruebas o técnicas plurales verificadas por las diversas secciones de este, y por ello no tiene sentido la designación nominal del o los peritos

(31) *Vid.* nota al pie núm. 21.

(32) Más allá de los juicios rápidos la jurisprudencia también considera ajustado al ordenamiento jurídico la remisión de la droga directamente por la Policía Judicial. En este sentido, por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 2003 señala que «la policía judicial está autorizada para remitir la droga directamente a los laboratorios oficiales, pues la ocupación de los objetos, efectos o instrumentos del delito, tal como se regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ofrece variantes y especialidades cuando el objeto del delito sean drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. Conviene extremar las precauciones para que no se pierdan o puedan ser sustraídas de los lugares de depósito, por lo que se autoriza directamente a los funcionarios de la policía judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que remitan los estupefacientes a los laboratorios autorizados para su análisis y destrucción salvo la muestra necesaria para una posible reproducción de la prueba de análisis». En el concreto supuesto al que se refiere la sentencia, los acusados transportaban la droga en su propio organismo; ante el riesgo que corría su salud fueron trasladados al hospital, donde se les extrajo la droga. Desde ahí la policía ordenó su envío al laboratorio oficial.

pero, además, cuando se solicita la ratificación del peritaje en el acto del juicio oral, basta que ésta se efectúe por el Jefe del Servicio, o por quien lo represente, sin que sea necesario que concurren otro u otros de los funcionarios o especialistas integrantes del mismo» (STS de 22 de junio de 2010 [RJ 2010/7161], entre otras)⁽³³⁾.

Partiendo de lo anterior, la siguiente cuestión que se plantea es la relativa a si es posible, y en su caso en qué momento, formular recusación —instrumento éste que como sabemos es mecanismo de garantía de la imparcialidad⁽³⁴⁾—. Tratándose de peritajes la LECrim en general permite plantear recusación distinguiendo, respecto del momento adecuado para hacerlo, según el reconocimiento e informe periciales pudieran tener lugar o no de nuevo durante el juicio oral (arts. 467 y ss., 662 y 723 y ss. LECrim). Si el análisis no puede reproducirse en éste, la recusación se hará en fase de instrucción —por escrito antes de iniciar la diligencia pericial—, mientras que si puede reproducirse, la recusación es más tarde —desde la admisión de las pruebas hasta la apertura de la vista oral—. Transformada la analítica en documento por gracia del artículo 788.2, II LECrim queda por resolver si es posible o no recusar a los peritos y, si lo fuera, el lapso de tiempo en el que debería plantearse la recusación.

Desde luego a mí me parece que el otorgarles —vía legal— carácter de prueba documental, o el considerar —vía jurisprudencial— que son atribuibles más que a personas concretas a un determinado laboratorio no puede impedir que quien considere que concurre causa de recusación en la persona o personas específicas que lo han elaborado pueda poner esa circunstancia de manifiesto. El problema es entonces precisar cuál sería el momento oportuno. Si atendemos a la distinción que realiza la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que el peritaje «convertido en documento» no se repite durante el juicio oral, la recusación habría de plantearse, atendiendo al artículo 469, antes de empezar la diligencia pericial, pero en la práctica en ese momento puede resultar hartamente complicado o incluso imposible, habida cuenta de que, como hemos visto, en muchas ocasiones es la propia policía judicial la que, durante el tiempo de la detención, dispone la remisión de la droga a uno de los laboratorios oficiales.

b) Proposición de la prueba

El siguiente aspecto al que debemos referirnos es a cómo afecta el párrafo segundo del artículo 788.2 LECrim a la proposición de la prueba, y para ello hemos de analizar el artículo 726 LECrim que, como es sabido, es el correspondiente a la prueba documental. La regla para este medio de prueba es la general: ha de ser propuesta por alguna de las partes (art. 728 LECrim). Desde mi punto de vista la expresión «analizará por sí mismo»

(33) También en EE.UU. ha surgido la cuestión de si es posible que declare en juicio un perito distinto al que realizó el informe. Véase NORRIS, J., «Who can testify about Lab results after Melendez-Diaz? The challenge of surrogate testimony to the confrontation clause», en *American Journal of Criminal Law*, 2011, vol. 38, núm. 3.

(34) Existen otros sistemas como el americano que no arbitran mecanismos para garantizar la imparcialidad pericial, puesto que ésta se concibe como prueba de parte y ya se cuenta con el riesgo de que sea parcial. En contrapartida la fiabilidad probatoria se controla a través de otros mecanismos, en general se trata de un requisito de admisibilidad del medio de prueba (BACHMAIER WINTER, L., «Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania», en *Jueces para la democracia*, núm. 66, 2009, pp. 122 y ss.).

contenida en el artículo 726 LECrim no es una excepción a esa regla al no ir referida a la proposición sino a la práctica de la prueba. En definitiva, considero que el artículo 726 LECrim no está introduciendo respecto de la documental la prueba de oficio⁽³⁵⁾. Ello es así, a mi entender, aunque el análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia en cuestión conste en el sumario —que es lo habitual—; en este supuesto la particularidad consiste en que la parte no tiene la carga ni de presentación del documento ni de la aportación de copias.

La excepción a la regla general viene contenida en el artículo siguiente —el 729 LECrim—, que permite al órgano jurisdiccional acordar «las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación». El precepto, que si atendemos a su tenor literal permite la prueba de oficio con generosidad, viene siendo interpretado de manera limitada desde dos resoluciones del Tribunal Supremo de 1993, de 1 de diciembre⁽³⁶⁾, restringiendo el número segundo del art. 729 LECrim a lo que se conoce como «prueba sobre la prueba»⁽³⁷⁾.

Ahora bien, a pesar de que la transformación de los informes periciales en documento no afecta al reparto de las facultades materiales de dirección entre el juez y las partes, sí repercute en el *modo* de proponer la prueba, y ello porque a la postre el legislador ha creado una especie de híbrido entre los dos medios de prueba. Según se indica en la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Fiscal propondrá prueba documental en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra e interesando expresamente su lectura en el acto del juicio oral. Como regla general no se propondrá la citación de los autores del informe al acto del juicio oral salvo que las específicas circunstancias concurrentes recomienden otra cosa. En caso de que la Defensa impugne las conclusiones de la analítica, los fiscales, en función de la razonabilidad de la impugnación, propondrán la comparecencia de los peritos. Es decir, lo normal será que se proponga prueba documental y se solicite en ese momento expresamente la lectura del documento; ahora bien, cuando concurren circunstancias especiales o la Defensa impugne la analítica se solicitará la declaración de los peritos en el juicio.

c) *Práctica de la prueba*

Vista la proposición de la prueba es el momento de analizar su práctica, y es éste uno de los momentos donde más claramente difieren las pruebas de naturaleza personal y aquellas

(35) Vid. PARDO IRANZO, *La prueba documental en el proceso penal*, cit., pp. 161 y ss.

(36) La posibilidad de prueba de oficio fue comúnmente aceptada por doctrina y jurisprudencia hasta las citadas sentencia del TS. Vid., entre otras, STS de 14 de abril de 1987, STS de 20 de septiembre de 1989 y STS de 18 de diciembre de 1992.

(37) A pesar de que la que hemos recogido en el texto es la posición del TS, no puedo sino discrepar de ella. Entiendo que el principio acusatorio impide que un mismo órgano instruya y juzgue, pero creo que no existe una relación de dependencia entre la iniciativa probatoria del juez y el principio acusatorio. La posibilidad de acordar prueba de oficio no afecta, creo, a la imparcialidad, sino que tiene que ver con el reparto de facultades entre el juez y las partes. Con relación a la «prueba sobre la prueba» vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: prueba sobre prueba en el proceso penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

que no tienen tal condición. Como sabemos, tratándose de una prueba pericial la forma de practicarla es mediante el interrogatorio del perito en el acto del juicio oral (*vid.* art. 724 LECrim); por el contrario, cuando es documental el juez «examinará por sí mismo los documentos, papeles y demás piezas de convicción» (art. 726 LECrim). Esto significa que en esta última no hay propiamente práctica de la prueba, o dicho de otro modo, que la práctica consiste en la lectura del documento por el juez en privado —no en la vista—.

De lo dicho hasta ahora resulta evidente que el artículo 788.2 LECrim lo que hace es transformar absolutamente el modo de practicar la prueba admitiendo «dos cosas contrarias al principio de contradicción: 1) que la prueba consiste solo en el dictamen, y 2) que no hay verdadera práctica de la prueba»⁽³⁸⁾. Y es que «la contradicción en la práctica de la prueba pericial existe cuando la parte contraria a la que presenta el dictamen puede formular al perito las preguntas que estima convenientes sobre el contenido del dictamen»⁽³⁹⁾. Tengamos en cuenta además —véase el apartado siguiente— que la simple petición por la parte de la declaración del perito en el juicio no va a suponer que el juez la acuerde.

Estamos absolutamente de acuerdo cuando el TS afirma que la comparecencia de los peritos ante el Tribunal juzgador para contestar «a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan no es una exigencia formalista sin otro alcance que el respeto a la liturgia judicial, sino que entronca sustancialmente con el derecho fundamental a la defensa a través de la contradicción y también con el derecho a la presunción de inocencia en cuanto que —con singulares excepciones— ésta solo es susceptible de vencerse mediante la actividad probatoria de cargo practicada en el juicio oral en condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción, de tal suerte que el derecho a contradecir las pruebas de contenido incriminatorio —es decir, de cargo— en presencia del tribunal se constituye en el elemento fundamental y garantía básica de ambos derechos consagrados constitucionalmente en el artículo 24 CE» (STS de 27 de septiembre de 2011).

Resulta muy interesante en este punto la sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *Meléndez-Díaz v Massachusetts* (2009), que consideró que la no declaración del perito en el acto del juicio era inconstitucional por violación de la Sexta Enmienda, es decir, por vulneración del derecho de confrontación del acusado. Éste requiere que se permita al acusado interrogar a quienes declaren contra él, incluidos los peritos (y ello a pesar de que las declaraciones contenidas en el peritaje fueron firmadas bajo juramento ante notario por los expertos del laboratorio oficial que lo realizaron, tal y como exige la Ley de Massachusetts).

Dice la Sexta Enmienda: «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the

(38) MONTERO AROCA, *La prueba...*, *cit.*, p. 367.

(39) MONTERO AROCA, *La prueba...*, *cit.*, p. 367. Como afirma IGARTUA SALAVERRÍA al referirse a la necesidad de que el informe del perito se someta al contradictorio, es un método que opera no solo en la formación de los elementos de prueba sino también sobre la selección de los criterios para su valoración, de manera que la confrontación permita a las partes controlar y criticar los resultados a que ha llegado el perito («Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)», en *Diario La Ley*, núm. 6812. Viernes, 2 de noviembre de 2007).

witnesses against him, to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense».

Meléndez-Díaz fue acusado de tráfico de drogas, presentándose como principal prueba de cargo un análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de un polvo blanco encontrado en su poder. Con el informe pericial (el escrito) como principal prueba de cargo (y a pesar de que el perito nunca declaró en juicio), un jurado encontró culpable al acusado; decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Massachusetts. Interpuesto *certiorari* ante la Corte Suprema, ésta estimó el recurso al entender vulnerada la Sexta Enmienda. De las declaraciones contenidas en la resolución interesa destacar las siguientes:

1. El perito debe considerarse testigo a efectos de la cláusula de confrontación⁽⁴⁰⁾.
2. Rechaza el argumento de que la naturaleza neutral y la especial fiabilidad de los análisis sobre drogas excluyen el derecho a la confrontación.
3. Advierte que los análisis forenses no son inmunes al riesgo de manipulación.

Volviendo a nuestro ordenamiento, descartado que sea necesaria la declaración del perito en juicio hay que concretar ahora si en el caso de los análisis sobre drogas basta con el examen de la analítica por el juez en privado —que es la regla cuando se trata de verdaderos documentos— o, en cambio, debiera precisarse —como ocurre por ejemplo en el sistema alemán⁽⁴¹⁾, o en nuestro ordenamiento cuando se da entrada a las diligencias sumariales vía artículo 730 LECrim— la lectura del informe en el juicio. Desde mi punto de vista, esta última debería ser la regla, pero debo advertir de que tampoco en este punto la jurisprudencia es unánime⁽⁴²⁾: hay resoluciones que consideran suficiente la aplicación estricta del artículo 726 LECrim, mientras que otras entienden que lo adecuado es la lectura del peritaje en la vista. Por su parte, la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, recomienda a los fiscales que soliciten la lectura.

Sobre la primera postura, sirva de muestra la STS de 12 de abril de 2004⁽⁴³⁾: «existiendo la aceptación tácita de la validez del informe emitido por el Organismo Oficial, no es exigible su lectura, siendo suficiente la aplicación del artículo 726 LECrim, para la valoración del dictamen pericial como elemento probatorio de cargo».

(40) Como la Sexta Enmienda recoge el derecho a interrogar a los testigos (*witnesses*), el punto de partida del supuesto en cuestión requería precisar si el término *witnesses* iba referido únicamente a los testigos o incluía también a los peritos (*expert witnesses*), concluyendo la Corte, como hemos dicho, que éstos también están incluidos. Con todo, se ha criticado a la resolución el que simplemente advierta que los *expert witnesses* están dentro del término *witnesses* en vez de afrontar la tarea de dar una definición general de lo que ha de entenderse por testimonio —«testimonial statement»— (EICHNER, A. W., «The failures of Melendez-Diaz v. Massachusetts and the unstable confrontation clause», en *American Journal of Criminal Law*, 2011, vol. 38, núm. 3, pp. 444 y ss.).

(41) Vid. BACHMAIER WINTER, «Dos modelos de prueba pericial...», *cit.*, p. 134.

En el sistema anglosajón se permite que el informe pericial —pero no solo los conocidos como científicamente objetivos— pueda llegar a tener valor probatorio incluso sin su ratificación en el juicio oral (*Criminal Justice Act 1998*). Vid. ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., *Criminal evidence*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2010, pp. 291 y ss. y 469 y ss.; ALLEN, C., *Practical guide to evidence*, 4.ª ed. 2008, pp. 372 y ss.

(42) En este sentido SEQUEROS SAZATORNIL, quien propone o bien la lectura íntegra o bien únicamente de aquella parte solicitada por quien pretenda hacer valer el informe como prueba de cargo u opuestamente contradecir su contenido («Los protocolos sobre análisis de drogas...», *cit.*).

(43) Vid. también ATS de 4 de junio de 2009.

En cambio, en el supuesto al que se refiere la STS de 2 de julio de 2008 se solicitó la ratificación del informe por el perito en juicio, pero como no fue posible se solicitó que se procediera a la lectura del informe y así se acordó por el tribunal⁽⁴⁴⁾.

d) Impugnación de los informes

La «conversión» en documento de los informes periciales sobre drogas no impide, como es evidente, que estos puedan ser impugnados. La defensa —o mejor, las partes— puede someter a contradicción el peritaje solicitando otro(s) de distintas entidades cualificadas o de laboratorios particulares, si lo consideran oportuno, o incluso requiriendo la comparecencia al acto del juicio oral de quienes hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe (STS 1 de febrero de 2011). Ahora bien, desde la reforma legal como regla general nuestros órganos jurisdiccionales consideran que la mera impugnación formal del análisis no impide su valoración, previa introducción como prueba documental, sin necesidad de su ratificación por el perito en el juicio. En este sentido el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 25 de mayo de 2005 señala que «la manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaboradas por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando hayan sido introducidos en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el artículo 788.2 LECrim».

Nuestros tribunales, para evitar abusos procesales provenientes de impugnaciones ficticias y «de conformidad con los principios de lealtad y buena fe procesales»⁽⁴⁵⁾, consideran que si se solicita la práctica de una nueva pericial porque no se está de acuerdo con el resultado del peritaje o con la competencia o imparcialidad de los peritos deberá indicarse:

- El laboratorio que se quiere que la lleve a cabo, puesto que en caso contrario (si se solicita simplemente «otra analítica por otro órgano») se considerará que no hay verdadera impugnación⁽⁴⁶⁾. Respecto de los laboratorios el TS ha entendido en varias ocasiones que «la limitada competencia para realizar, con carácter oficial, análisis de drogas, de acuerdo con los Tratados Internacionales, no impide a la parte solicitar la analítica, designando el Laboratorio correspondiente y asumiendo los gastos que la nueva analítica conlleve» (SSTS 15 de enero de 2002, de 21 de julio de 2004 y de 22 de marzo de 2006). El problema que se plantea en este supuesto es el tratamiento que debe recibir ese informe si es realizado por un organismo de naturaleza privada, puesto que el artículo 788.2 LECrim es claro al exigir que el laboratorio sea oficial.
- El extremo impugnado y la razón de la impugnación, si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad de aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método empleado, etc., y los motivos específicos por los que se cuestionan tales extremos. Ello es así porque la validez y eficacia que se atribuye a la prueba resulta directamente de su naturaleza —documental⁽⁴⁷⁾—.

(44) Vid. también la STS de 27 de julio de 2009.

(45) STS de 8 de octubre de 2010.

(46) STS de 17 de febrero de 2009.

(47) STS de 10 de febrero de 2011: «mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante

Es decir, «lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a *través de las preguntas* que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el artículo 11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines» (STS de 1 de febrero de 2011). En definitiva, el TS entiende que la mera impugnación sin una concreta queja es un mero trámite formal que debe considerarse fraudulento, incluso en ocasiones habla de «mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal» que puede ser corregida aplicando los artículos 11.1 y 2 LOPJ (STS de 7 de marzo de 2001, STS de 1 de febrero de 2011, STS de 8 de octubre de 2010).

Así, por ejemplo, en el supuesto al que se refiere la STS de 10 de febrero de 2011 el recurrente en su escrito de defensa impugnó la analítica poniendo de manifiesto la discrepancia entre el peso y el resultado de la prueba del drogotest (1.049 gramos incluido el envoltorio positivo de heroína) y el informe analítico (peso bruto 1.077, 6 gramos de anfetamina). El TS entendió que se trataba de una «impugnación meramente formal por cuanto no señaló qué aspectos del análisis cuestionaba».

Por otro lado, y aunque «es necesaria la certificación de confirmación metrológica periódica de los equipos de medida, y desde luego, del cromatógrafo (de forma equivalente a la calibración que se exige, por ejemplo, respecto de los etilómetros u alcoholímetros...). Más, emitidos los informes por organismos oficiales y especializados, con expresión del protocolo seguido, *resulta desorbitado procesalmente* plantearse, sin base en sospecha razonable alguna y de manera escalonadamente ilimitada, el buen funcionamiento de los instrumentos utilizados, pues ello llevaría a una secuencia probatoria infinita» (STS de 19 de marzo de 2009).

Tampoco puede entenderse que hay impugnación del informe cuando simplemente «se discute el problema jurídico sobre el número de peritos intervinientes» (STS de 29 de junio de 2009, RJ 2009/4913).

Por su parte, se considera que hay impugnación meramente formal cuando esta se basa únicamente en que no consta en el informe «cuáles han sido los protocolos científicos seguidos en el análisis ni las normas que los aprueban, como establece el artículo 788.2 de la LECrim» (STS de 30 de abril de 2009).

La cuestión que emerge entonces, es si la parte —o su abogado— tienen los conocimientos científicos suficientes para articular una impugnación en el sentido exigido por la jurisprudencia. Me parece que no es así, que como regla general, no poseen capacidad para entender y en consecuencia poder rebatir si la aplicación de la técnica «HPLC/DAD» ha sido o no adecuada, por poner solo un ejemplo⁽⁴⁸⁾.

e) *Valoración de la prueba*

Otra de las cuestiones que emana de la «conversión» de este tipo de peritajes en documento es la de qué valor debe otorgárseles. Si la premisa fuera su objetividad —recuérdese,

de su misma validez probatoria, en el de la documental la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza».

(48) Vid. ANDERSON, G. R., *Expert evidence*, Lexis Nexis, Canadá, 2005, p. 89.

«documentan una realidad objetiva», se dice— y su naturaleza pública o cuasi-pública —no se olvide que son realizados por laboratorios oficiales—, no sería difícil concluir que las posibilidades de valoración judicial están ampliamente limitadas, a pesar de ser la libre valoración el sistema elegido por la ley procesal penal respecto de todos los medios de prueba (art. 741 LECrim). Si conjugamos «objetividad» con «oficialidad» es fácil deducir que «los informes emitidos por laboratorios oficiales si no son impugnados no pueden ser desconocidos por el juez», acercando al órgano jurisdiccional al sistema de prueba tasada⁽⁴⁹⁾. De hecho la jurisprudencia nos muestra una intensa aceptación acrítica por parte del juez de los resultados ofrecidos por el experto técnico⁽⁵⁰⁾.

Respecto de la prueba de ADN, establece la SAP de La Rioja, 272/2008, de 30 de mayo (Rec. 277/2007): «Esta valoración conforme a la sana crítica no es admisible en todos los casos, sino solo en aquellos que se trata efectivamente de peritajes de opinión, pues en el peritaje que hemos llamado científico y objetivo no es admisible esa valoración. En efecto, si el peritaje ha versado sobre el ADN de una persona en comparación con el de otra para la determinación de la paternidad, por ejemplo, no es posible que el Tribunal, diciendo que aprecia conforme a la sana crítica lo que se dice en el dictamen, llegue a sostener un hecho contrario al afirmado en ese dictamen... parece evidente que la sentencia que se separe de ese dictamen incurre en arbitrariedad, por lo que puede decirse que no puede hablarse propiamente de valoración de la prueba».

El problema —o uno de ellos— es que esa objetividad de la que se parte en el ámbito jurídico, como hemos visto, no es sinónimo ni de verdad absoluta ni de infalibilidad en el mundo de la ciencia⁽⁵¹⁾, y partir de ella sin mayores cuestionamientos no puede consi-

(49) Vid. PARDO IRANZO, *La prueba documental...*, cit., p. 256. MONTERO AROCA, *La prueba...*, cit., p. 383 y ss. También en Alemania la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* considera que si un hecho ha quedado acreditado mediante una prueba pericial objetiva el margen de discrecionalidad del juez en la formación de su convicción desaparece (BACHMAIER WINTER, «Dos modelos de prueba pericial...», cit., pp. 132-133).

(50) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial ¿Cómo accede al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», en *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005. Igualmente, y de forma clara, afirma el autor que el juez «tiene a convertir la prueba científica en una suerte de prueba legal, cuya fuerza acreditativa vive o se configura fuera del proceso judicial e inmune al desarrollo del debate contradictorio». Esa aceptación acrítica es mayor en aquellos países en los que está generalizado el juicio con jurado. También vid. ANDERSON, *Expert evidence*, cit., pp. 88 y ss. En este sentido, también *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales* —relativo a la prueba pericial, en general—, que como consecuencia propone fijar como umbral para la admisibilidad de la prueba la fiabilidad, estableciendo una serie de condicionantes para entender que la misma es fiable al estilo de otros países como EE.UU., Canadá o Australia (Law Commission n. 325, de 2011). Para una crítica sobre la suficiencia de las propuestas que realiza la Law Commission, vid. EDMOND, G., «Is reliability sufficient? The Law Commission and expert evidence in international and interdisciplinary perspective: part. 1», en *International Journal of Evidence and Proof*, 2012.

(51) REDMAYNE, M., ROBERTS, P., AITKEN, C., JACKSON, G., «Forensic science evidence in questions», en *Critical Law Review*, 2011, p. 4. Por su parte indica FERRER BELTRÁN que «dado que el estándar científico de prueba que exigirá un determinado grado de confirmación no tiene por qué coincidir con el estándar jurídico, puede suceder que el grado de confirmación alcanzado no sea suficiente para considerar la hipótesis como probada científicamente, pero en cambio sí lo sea para considerar la hipótesis como probada jurídicamente (por aplicación del estándar de probabilidad prevaleciente, por ejemplo). Esto es difícil que ocurra en el ámbito penal, si en él se aplica el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, que difícilmente va a ser inferior al estándar científico, pero sí es perfectamente posible en el ámbito de la jurisdicción civil» (*La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007, p. 48).

derarse sino una equivocación⁽⁵²⁾. Si lo anterior es cierto, y parece que lo es, ese deseo de aproximación al sistema de prueba legal ha de desvanecerse. Además de tomar los resultados con prudencia creemos con GASCÓN ABELLÁN que respecto de este tipo de pruebas «la regla debería ser: cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deberían ser los controles de realización de la misma»⁽⁵³⁾.

El sistema de valoración será el de la libre convicción del juez teniendo en cuenta que al tratarse de un principio metodológico negativo, consistente simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión, se abre el problema de encontrar criterios racionales de valoración⁽⁵⁴⁾. En todo caso, realizada la valoración su resultado habrá de contenerse en la sentencia, es decir, la necesidad de motivar la resolución se da también cuando la decisión del juez se basa en prueba científica e, incluso aunque no existan dictámenes contradictorios, aquella sigue revelándose imprescindible⁽⁵⁵⁾. Motivación entendida como exposición de las razones de la decisión adoptada, nunca como «racionalización *a posteriori* de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier proceso racional»⁽⁵⁶⁾.

(52) Probablemente solo en el caso de ADN la prueba científica aporta un grado de probabilidad suficientemente alto como para poder hablar de casi-certeza del hecho (TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la democracia*, marzo de 2005, núm. 52, p 73); aunque «su fiabilidad depende de que pueda garantizarse la calidad de la misma. Es el juez quien, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, tiene que ser un *gatekeeper*. Es él, en definitiva, quien tiene la posibilidad y la responsabilidad de otorgar un mayor o menor valor a la prueba dependiendo de su calidad: correcta recogida de muestras y mantenimiento de la cadena de custodia, uso adecuado de los métodos y técnicas adecuadas, calidad de los laboratorios y de la realización de la prueba, correcta determinación de la población de referencia» (GASCÓN ABELLÁN, M., «Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN», *cit.*). Pero incluso hay críticas aunque los análisis se hayan realizado en óptimas condiciones (*vid.* MURPHI, E. «The new forensic: Criminal justice, false certainty and the second generation of scientific evidence», en *California Law Review*, núm. 3, 2006, pp. 721 y ss.).

(53) «Valor y validez de las pruebas científicas...», *cit.* En esta línea SEQUEROS SAZATORNIL señala que «los análisis sobre drogas, cualquiera que fuere la autoridad técnica de la persona u organismo que los haya emitido, no gozan de la condición intrínseca de verdad incontrovertible —en razón de que su contenido no revela más que una opinión científica o práctica, con toda seguridad docta y por supuesto absolutamente respetable—, su sumisión a la apreciación valorativa del juez deberá estar robustecida por la coherencia de un juicio decisor... En suma, el juez deberá razonar fundadamente tanto los motivos que haya tenido para aceptar el contenido de la prueba como las razones para rechazarla» («Los protocolos sobre análisis de drogas...», *cit.*).

(54) GASCÓN ABELLÁN, M., «La prueba judicial: valoración racional y motivación», en <www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf> (recuperado el 10 de marzo de 2012), También FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 119.

(55) Como afirma GASCÓN ABELLÁN, «cuando se plantea el problema de la valoración racional de la prueba (y el paralelo de la necesidad de buscar estándares que permitan objetivar la decisión) parece que la atención se centra fundamentalmente en la prueba no científica, por estar ésta basada en leyes probalísticas de débil fundamento, por lo común máximas de experiencia y leyes del actuar humano habitual. Por el contrario, la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probalísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un aura de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad.

Pero esa convicción entraña un peligro, pues propicia la difusa creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en pruebas científicas se asuman como incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final. Merece la pena reflexionar sobre este punto y aclarar algunos malentendido y exageraciones» («Validez y valor de las pruebas científicas...», *cit.*).

(56) GASCÓN ABELLÁN, «La prueba judicial: valoración racional y motivación», *cit.*

f) *Recursos*

Es por todos sabido que en nuestro sistema la proposición y práctica de la prueba en la segunda instancia no tiene carácter ilimitado sino que comprende únicamente los supuestos contemplados en el artículo 790.3 LECrim —las pruebas que no pudieron ser propuestas en primera instancia, las que fueron propuestas e indebidamente denegadas, siempre que se hiciera protesta en su momento, y aquéllas que fueron propuestas y admitidas pero no pudieron practicarse por causa no imputable a la parte—. Siendo así, como regla general, el órgano que conoce de la apelación ha de resolver según la prueba practicada en la instancia y que él no ha presenciado. Tratándose de pruebas de naturaleza personal —y la pericial lo es— emerge el problema de la intermediación. Convertida la analítica en documento el problema se diluye estando ambos juzgadores (el de la instancia y el de la apelación) en la misma posición a la hora de analizarlo.

Con relación al recurso de casación el art. 849.2.º LECrim califica como infracción de ley, susceptible de abrir la vía casacional, el error en la prueba basado en documentos que obren en las actuaciones. Hay que advertir, no obstante, que la jurisprudencia es significativamente exigente con los requisitos que pueden hacer prosperar el recurso y, en ese sentido, no cualquier «documento», entendido el término en sentido amplio, se considera «literosuficiente». Es doctrina unánime que la prueba de carácter personal obrante en autos —declaración de los acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos— por muy documentada que se encuentre en ellos no alcanza el valor de verdadero documento a efectos casacionales (*vid.*, entre otras muchas, STS de 2 de noviembre de 2011).

Ahora bien, siendo lo anterior así, me parece lógico también que si para el legislador los análisis sobre sustancias estupefacientes ya no son informes periciales sino verdaderos documentos, esa consideración deben tenerla también a los efectos de la interposición del recurso de casación. Por tanto, en ese caso no se podrá considerar que estamos ante un simple acto personal documentado⁽⁵⁷⁾.

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO CIVIL

La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece reglas especiales para las pruebas científicas en general o para alguna de ellas en particular; es decir, no hace una distinción del estilo de la contenida en el artículo 788.2 LECrim. La regulación de la prueba pericial tiene por tanto carácter general y es aplicable tanto al peritaje de opinión como al científicamente objetivo. Lo que sí hace es distinguir entre el perito de parte y el perito judicial estable-

(57) En todo caso hay que tener en cuenta que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo los informes periciales pueden llegar a tener la consideración de documento a efectos casacionales siempre que concurren determinados requisitos —cuando, existiendo una sola pericia o varias absolutamente coincidentes sobre un determinado extremo fáctico respecto del cual no existen otros elementos probatorios, el Tribunal los haya recogido en su sentencia de forma parcial omitiendo extremos jurídicamente trascendentes o haya llegado a conclusiones divergentes de las asumidas por los peritos sin una explicación razonable (*vid.* entre otras SSTs de 3 de febrero de 2009, de 4 de marzo de 2010 y de 19 de abril de 2010).

ciendo un régimen distinto, entre otros puntos, respecto de la aportación del informe. Así mientras que éste realiza su peritaje iniciado ya el proceso, el informe llevado a cabo por el perito de la parte demandante se realizará como regla general antes del inicio del mismo, de manera que pueda ser aportado junto con la Demanda⁽⁵⁸⁾.

En todo caso lo que interesa destacar en este momento es que tanto en un supuesto como en el otro las partes deben manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio —tratándose de juicio ordinario— o en la vista —si estamos en un verbal—, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil (art. 337.2 LEC). En el caso de perito designado por el Tribunal además de lo anterior también puede el juez acordar que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Si nos fijamos esa regulación permite que los informes periciales puedan llegar a tener valor probatorio sin el interrogatorio del perito en juicio al igual que ocurre en el supuesto del artículo 788.2 LECrim. Siendo así, parte de la doctrina considera que debería aspirarse a una efectiva y real participación de los peritos en el juicio. «Deberán entenderse con carácter amplio las posibilidades que abre el art. 347 LEC: exposición y explicación del dictamen, respuestas a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos, respuestas a solicitudes de ampliación y puntos conexos, crítica, tacha, etc. Incluso cabrá acoger actividades no expresamente previstas, como por ejemplo el careo entre peritos que la ley no contempla⁽⁵⁹⁾».

Partiendo de lo anterior y centrándonos en la prueba científica, recoge PÉREZ GIL algunas de las repercusiones que esta puede tener en el proceso civil⁽⁶⁰⁾. Entre otros aspectos, la aplicación de conocimientos científicos suele afectar a la materia probatoria, y así la incertidumbre científica hace bascular el objeto de la prueba hacia lugares diversos a lo habitual; esto viene ocurriendo respecto de las radiaciones electromagnéticas: «con el nivel de ciencia actual no hay evidencia científica determinante de que por ejemplo la exposición a la radio frecuencia de la telefonía móvil cause problemas de salud, pero tampoco hay información suficiente para asegurar que no represente un riesgo y que, por ende, pueda descartarse plenamente. En ausencia de certezas científicas, los límites reglamentariamente previstos condicionan en la práctica los márgenes en los que se ha de mover la prueba (*vid.* SAP de Sevilla de 8 de mayo de 2003)». También en casos de incertidumbre científica en los que es muy difícil probar la causalidad, el objeto de la prueba se desplaza hacia «la acreditación de que el consentimiento se otorgó conociendo la existencia de un determinado grado de riesgo incierto, que en definitiva se ha materializado en un daño».

Finalmente y respecto de la valoración de la prueba se corre el mismo riesgo al que hacíamos alusión al referirnos al proceso penal: que la valoración conforme a la sana crí-

(58) Antes de la LEC/2000 era muy frecuente que las partes antes de incoar el procedimiento pidieran a un profesional un dictamen que les servía para sostener las afirmaciones que realizaban. Dicho informe extrajudicial era aportado junto con la demanda o contestación como un documento más. La jurisprudencia entendía que estos no eran prueba pericial y se discutía si podían considerarse prueba documental (MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 363 y ss.). La LEC de 2000 termina con la problemática al entender que se trata de prueba pericial.

(59) PÉREZ GIL, *El conocimiento científico en el proceso civil...*, cit., p. 125.

(60) PÉREZ GIL, *El conocimiento científico en el proceso civil...*, cit., pp. 132 y ss.

tica evolucione hasta una especie de valoración legal —en el sentido ya apuntado—, o incluso que aquella valoración libre de la prueba científica se utilice por el juez como excusa para no motivar su resolución. De ahí que se haya defendido una «reformulación de la sana crítica»⁽⁶¹⁾ que evite la apreciación acrítica de los informes periciales (a la que ya nos hemos referido al tratar la valoración en el proceso penal) y que dé lugar a un control del método tecnológico o científico utilizado, a un análisis de la actividad del perito conforme a criterios lógico deductivos y finalmente que la resolución judicial plasme el resultado de las operaciones anteriores⁽⁶²⁾.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: A VUELTAS CON LA OBJETIVIDAD

Hemos afirmado a lo largo del trabajo que el punto de partida de la reforma del artículo 788.2 LECrim —y de la que pudiera llevarse a cabo respecto del resto de pruebas científicas— es la objetividad (y la consecuente fiabilidad) de este tipo de peritajes; objetividad que les es atribuida en atención a dos circunstancias —una subjetiva y otra objetiva— íntimamente ligadas. Sobre ellas entendemos necesario realizar al menos las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, la objetividad se hace derivar de los sujetos que realizan el análisis, organismos oficiales integrados por especialistas, de los que se suele predicar su imparcialidad por el hecho de tener la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto (STS de 1 de febrero de 2011). Es cierto que las citadas entidades están integradas por expertos, y sin dudar de su profesionalidad, si vinculamos la condición de especialista a título académico, en ocasiones los análisis son realizados por quienes todavía no son licenciados en química o farmacia (por referirnos al caso de los experimentos sobre sustancias estupefacientes) siendo, por otro lado, lo habitual que en los laboratorios oficiales no haya investigadores y menos aún doctores en ciencias⁽⁶³⁾.

Por otro lado, no estamos de acuerdo con la atribución de manera automática de la condición de «imparciales» a los expertos por el hecho de ser funcionarios o pertenecer a una determinada institución. «Aunque sea improbable, un perito oficial pudiera actuar de

(61) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial...», *cit.*

(62) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial...», *cit.* PÉREZ GIL, *El conocimiento científico en el proceso civil...*, *cit.*, p. 161. DENTI, V., «Scientificita della prova e libera valutazioni del giudice», en *Rivista di Diritto Processuale*, XXVII, núm. 3, Luglio-Settembre 1972, pp. 414 y ss.

Creemos que debemos ser cautelosos ante afirmaciones como la que sigue: «un resultado obtenido a través de una metodología que implique conocimientos tecnológicamente avanzados puede aprovecharse así indirectamente de la notoriedad en el sentido del artículo 281.4 LEC. Evidentemente ello no se debe a que sea general el conocimiento de ese preciso resultado o del concreto procedimiento científico conducente a él sino al hecho de ser corolario de un método cuya altísima fiabilidad es de conocimiento absoluto y general (he aquí el hecho notorio). Una vez puesta de manifiesto la correcta aplicación de una metodología científica como la descrita, carecerá pues de sentido desplegar actividad procesal encaminada a su prueba» y, a continuación, el autor pone como ejemplo la analítica de ADN: «no precisará justificación alguna pues, siendo notoria su precisión científica, puede ser considerado un hecho relevado de la necesidad de prueba» (PÉREZ GIL, *El conocimiento científico en el proceso civil...*, *cit.*, pp. 109-110).

(63) En el caso de la Guardia Civil, al personal que realiza los análisis sobre las sustancias estupefacientes simplemente se les exige tener estudios universitarios avanzados en química o farmacia (sin que se haya precisado qué se quiere decir exactamente con «estudios avanzados»).

forma no neutral, en algún caso, por su condición de funcionario policial. De hecho, suele ser práctica habitual entre los Tribunales que cuando se juzga a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, se prefiera enviar las pruebas científicas al laboratorio de la Guardia Civil y viceversa»⁽⁶⁴⁾.

En segundo lugar, la objetividad se vincula al hecho de que estos peritajes se realizan por los expertos a través de procedimientos químicos o experimentos, pero ello no significa por supuesto que sean incuestionables. Como ha sido puesto de manifiesto «la objetividad desde el punto de vista de la acreditación tiene que ver con metodologías validadas, equipamiento verificado y calibrado, umbrales de detección y cuantificación, materiales de referencia certificados, así como estimación de la incertidumbre, exactitud y precisión en las medidas. Está también relacionado con garantizar la *repetitividad y reproducibilidad* de los resultados... Desafortunadamente, esta clase de objetividad se ha demostrado en la práctica que es compatible con formas erróneas de evaluar la evidencia»⁽⁶⁵⁾.

Creo necesario poner un ejemplo que muestre lo que quiero transmitir. En 2008 ENFSI realizó la siguiente prueba: con una mezcla de laboratorio de sustancias estupefacientes se pedía a varios laboratorios pertenecientes a la Red ENFSI que determinaran su naturaleza y pureza (en este ensayo no se solicitaba el peso)⁽⁶⁶⁾. El organizador no pretendía comprobar si los laboratorios acertaban en el valor exacto de la pureza sino simplemente determinar

(64) LUCENA MOLINA, J.J., ESCOLA GARCÍA, M.A., PARDO IRANZO, V., «Elementos para el debate...», *cit.* Véase también IGARTUA SALAVERRIA, que se refiere a supuestos en los que los laboratorios de la policía han fabricado falsedades («Prueba científica y decisión judicial...», *cit.*). Según SANDERS, A., YOUNG, R., BURTUN, M., «A forensic scientist conjures up the image of a man in white coat working in a laboratory, approaching his task with cold neutrality, and dedicated only to the pursuit of the truth. It is a sombre thought that the reality is somewhat different... Forensic scientists may become partisan. Cases like this and Maguire are not as unusual as one might think» (*Criminal Justice*, 4.^a ed., Oxford, 2010, p. 363.) PHILLIPS, J. H. y BOWEN, J. K., quienes se refieren a que existe la opinión generalizada entre abogados y policía de que no es necesaria la imparcialidad de los peritos en el caso de la pericial científica (*Forensic Science and the Expert Witness*, The Law Book Company Limited, 1989, p. 25).

(65) LUCENA MOLINA, J.J., ESCOLA GARCÍA, M.A., PARDO IRANZO, V., «Elementos para el debate...», *cit.* Para una crítica sobre las distintas técnicas que se pueden utilizar para la realización de los análisis y la pretendida objetividad entendida como resultado único, principalmente cuando la droga a analizar presenta impurezas (cosa, por otro lado, habitual) es clásico el artículo de STEIN, LAESSING y INDRIKSONS, «An Evaluation of Drug Testing Procedures Used by Forensic Laboratories and the Qualifications of Their Analysts», en *Scientific and Expert Evidence*, 2.^a ed., NY, 1981, pp. 433 y ss. El artículo también pone de manifiesto la falta de preparación especializada que en esos momentos tenían algunos de los integrantes de los Laboratorios. El artículo provocó reformas en las técnicas utilizadas para la realización de los peritajes. *Vid.* también SANDERS, A., YOUNG, R., BURTUN, M., «It is vital to recognise the lack of objectivity of much forensic science» (*Criminal Justice*, *cit.*, 365). MORRISON, G. S., «Response to: DR AS 5388.3 Forensic analysis —Part 3— Interpretation»; respecto del estándar que critica *vid.* <<http://infostore.saidglobal.com/store/Details.aspx?ProductID=1530224>>, visto el 2 de agosto de 2012.

(66) A nivel europeo ha sido fundamental la creación en octubre de 1995 de ENFSI (European Network of Forensic Science Institutes) con el propósito de compartir conocimientos, intercambiar experiencias y llegar a acuerdos en el campo de las ciencias forenses. Su fin es garantizar el desarrollo de la ciencia forense alentando el cumplimiento de las mejores prácticas y estándares internacionales. Entre sus actividades se encuentra la organización de reuniones y seminarios científicos, la realización de pruebas de aptitud, el asesoramiento a los asociados en cuestiones forenses, publicación de manuales sobre las mejores prácticas... La Red ENFSI tiene actualmente 62 laboratorios oficiales —de 35 países diferentes—.

Existen varios grupos de trabajo (sobre ADN, explosivos, huellas digitales...). El grupo de trabajo sobre drogas (DWG) tiene, entre otros, los siguientes objetivos: 1. Promover la acreditación de los laboratorios. 2. Establecer requisitos para garantizar la calidad. 3. Preparar directrices y recomendaciones sobre diversos temas relativos a los análisis sobre drogas. 4. Mejorar las competencias de los expertos forenses en drogas.

cuánto se distanciaban los resultados ofrecidos por los diversos laboratorios del valor real. La prueba muestra que lejos de haber un único resultado —ajustado al valor real— hay casi tantos diferentes —en mayor o menor medida— como laboratorios participan. Incluso algún organismo no consigue determinar la naturaleza de la sustancia. El experimento, por tanto, informa sobre la variabilidad de resultados en la práctica.

El ejemplo creo que revela claramente que la objetividad de la que parte el legislador español, que le hace asimilar análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes a documento, no es en el momento actual más que una quimera. Hoy en día el concepto de objetividad no va unido necesariamente a resultado único; ni siquiera puede hablarse en la actualidad de «igual protocolo» —lo cual ya sería un punto de partida— entre los diversos laboratorios.

A lo anterior hay que añadir un problema adicional —realmente dos—: por un lado, cómo ha de interpretar y transmitir los resultados de la evidencia el propio perito y, por otro, si realmente el juez —profano en la materia— puede entender por sí solo el resultado plasmado por el experto en el análisis —siendo, por tanto, innecesaria su declaración en juicio aunque hubiera impugnación del informe por la otra parte—. Respecto del primer aspecto advertir que la propia ENFSI ha manifestado su preocupación sobre el tema al no existir actualmente unanimidad en la comunidad científica sobre cómo interpretar dichos resultados. De hecho se le ha concedido en sede de Comisión Europea un proyecto de 3 años de duración, que ha comenzado el 1 de enero de 2012, titulado «Fortalecimiento de la Evaluación de los resultados forenses de toda Europa», para profundizar en el tema e intentar alcanzar soluciones.

Respecto de la segunda cuestión hay que poner sobre la mesa que «el aparente carácter objetivo de un informe forense no implica que sea fácilmente comprensible por cualquiera y de la misma forma, ni siquiera que efectivamente sea tan objetivo como aparenta»⁽⁶⁷⁾. Y habríamos de preguntarnos ¿cómo interpretaría el Tribunal la variabilidad de resultados que muestra el Test ENFSI si la conociera?

En definitiva, la conocida como prueba científica y su pretendida objetividad presenta a día de hoy al menos una triple problemática:

- En primer lugar, el riesgo de error en la realización del peritaje. Esa posibilidad existe siempre, y aunque no sea lo normal tal vez no resulte tan infrecuente como pensamos. El problema es que en ocasiones percatarse de la equivocación no es tan sencillo, como tampoco puede serlo tener los argumentos para rebatir una determinada analítica; por eso, pensamos que, al menos en caso de impugnación del informe, el respeto al derecho de defensa debería dar lugar al interrogatorio cruzado del perito en el juicio.
- En segundo lugar, la utilización de protocolos diversos, aunque la aplicación de estos sea correcta, no asegura que se alcance un resultado único. Recuérdese, además, que a día de hoy sigue sin existir normativa relativa a los protocolos adecuados en el caso de los análisis sobre sustancias estupefacientes.

(67) LUCENA MOLINA, ESCOLA GARCÍA, PARDO IRANZO, «Elementos para el debate...», *cit.* ED-MOND, G., «Is reliability sufficient?...», *cit.*, p. 13.

- Finalmente, aunque los tribunales reclaman resultados contundentes, en el ámbito científico es más normal trabajar con escala de grises que poder afirmar tajantemente que algo es blanco o negro. Cómo se debe interpretar el resultado de la evidencia y cómo debe plasmarse ese resultado en el informe pericial y transmitirse al juez no es todavía una cuestión sobre la que exista unanimidad en la comunidad científica⁽⁶⁸⁾.

(68) SANDERS, A., YOUNG, R., BURTUN, M., *Criminal Justice...*, *cit.*, p. 363. Resulta muy interesante el artículo de REDMAYNE, ROBERTS, AITKEN y JACKSON comentando una complicada sentencia de la Corte de Apelación donde ponen de manifiesto muchas de las cuestiones a las que nos hemos referido en este artículo. Además de advertir que objetividad es un término del que se suele abusar se refiere a cómo la utilización de unos términos u otros por el perito en su informe puede dar lugar a diversas interpretaciones —no siempre adecuadas a lo que ha querido transmitir el experto— por parte del juez o los jurados («the use of the term “could have made” is a more precise statement of the evidence; it enables the jury better to understand the true nature of the evidence than the more opaque phrase “moderate scientific support”, if “experts may still offer evaluative opinions using verbal summaries of probative value such as ‘moderate support’ and ‘strong support’, even in the absence of robust statistical data, provided that they steer well clear of ‘likelihood ratios and other mathematical formulae’»). Finalmente se refieren a la utilización de cuantificaciones numéricas para expresar resultados: «Suffice it here to emphasise that numerical quantification does not necessarily imply any claim to objectivity... numerical quantification sometimes flirts the sin of false precision» («Forensic science evidence...», *cit.*).

Revista de

**Derecho
Penal**

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abono de prisión provisional:

STC 193/2012, de 29 de octubre	147
STS 615/2012, de 10 de julio	187

Alzamiento de bienes:

STS 723/2012, de 2 de octubre	247
-------------------------------------	-----

Amenazas:

STS 745/2012, de 4 de octubre	265
-------------------------------------	-----

En el ámbito familiar:

SAP Barcelona 491/2012, de 13 de junio	274
--	-----

Apropiación indebida:

SAP Madrid 966/2012, de 11 de julio	277
---	-----

Asesinato:

STS 663/2012, de 24 de julio	208
STS 739/2012, de 3 de octubre	257

Asociación ilícita:

STS 544/2012, de 2 de julio	179
-----------------------------------	-----

Atentado:

SAP Madrid 1007/2012, de 18 de julio	279
SAP Madrid 404/2012, de 3 de octubre	287

C

Coacciones:

SAP Valladolid 358/2012, de 6 de septiembre	283
---	-----

Coautoría:

STS 544/2012, de 2 de julio 179

Coimputado:

SAP Sevilla 379/2012, de 5 de junio 271

Conducción temeraria:

STS 706/2012, de 24 de septiembre 224

Confesión:

STS 594/2012, de 5 de julio 182

STS 654/2012, de 20 de julio 204

Conformidad:

STS 579/2012, de 28 de junio 168

STS 721/2012, de 2 de octubre 256

Cosa juzgada:

STS 608/2012, de 20 de junio 157

Costas:

De la acusación particular:

SAP Madrid 416/2012, de 10 de octubre 291

D

Declaración antiincriminatoria:

STS 695/2012, de 19 de septiembre 221

Delito continuado:

STS 730/2012, de 26 de septiembre 237

Delito de incendio:

SAP Madrid 416/2012, de 10 de octubre 291

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

STC 201/2012, de 12 de noviembre 149

Delitos conexos:

STS 689/2012, de 20 de septiembre 223

Delitos contra la salud pública:

STS 654/2012, de 20 de julio	204
SAP Barcelona 79/2012, de 12 de junio	273
SAP Barcelona 615/2012, de 12 de junio	273
SAP Palma de Mallorca 63/2012, de 23 de julio	280
SAP Santa Cruz de Tenerife 352/2012, de 2 de octubre	286

Delitos contra la seguridad vial:

STS 480/2012, de 28 de junio	169
------------------------------------	-----

Deslealtad profesional:

De abogado:

STS 680/2012, de 17 de septiembre	216
---	-----

Desobediencia:

SAP Madrid 404/2012, de 3 de octubre	287
--	-----

Detención ilegal:

SAP Madrid 19/2012, de 8 de octubre	290
---	-----

De funcionario público o autoridad:

STS 678/2012, de 18 de septiembre	218
---	-----

Doctrina Parot:

STS 615/2012, de 10 de julio	187
------------------------------------	-----

Dolo eventual:

STS 645/2012, de 9 de julio	185
-----------------------------------	-----

E

Edad del imputado:

STS 676/2012, de 26 de julio	211
------------------------------------	-----

Ensañamiento:

STS 739/2012, de 3 de octubre	257
-------------------------------------	-----

Entrada y registro:

STS 535/2012, de 26 de junio	159
------------------------------------	-----

Extradición:

STC 205/2012, de 12 de noviembre	152
--	-----

F

Falta de daños:

SAP Madrid 416/2012, de 10 de octubre 291

Falta de lesiones:

SAP Burgos 393/2012, de 6 de septiembre 283

Por imprudencia:

SAP Madrid 404/2012, de 3 de octubre 287

H

Homicidio:

STS 645/2012, de 9 de julio 185

STS 745/2012, de 4 de octubre 265

Hurto:

SAP Madrid 1287/2012, de 4 de octubre 288

I

Intervenciones telefónicas:

STS 594/2012, de 5 de julio 182

Sistema SITEL:

STS 722/2012, de 2 de octubre 251

L

Lesiones:

SAP Madrid 19/2012, de 8 de octubre 290

En accidente de tráfico:

SAP Palencia 95/2012, de 4 de septiembre 281

Graves por imprudencia:

SAP Albacete 252/2012, de 18 de octubre 292

Tratamiento médico:

SAP Barcelona 467/2012, de 8 de junio 272

M

Malos tratos:

SAP Barcelona 597/2012, de 2 de julio	276
SAP Valladolid 358/2012, de 6 de septiembre	283

Habituales:

SAP Madrid 19/2012, de 8 de octubre	290
---	-----

Malversación de caudales públicos:

SAP Palma de Mallorca 64/2012, de 25 de junio	275
---	-----

O

Organización criminal:

STS 544/2012, de 2 de julio	179
-----------------------------------	-----

Omisión del deber de socorro:

STS 706/2012, de 24 de septiembre	224
---	-----

P

Prescripción:

De faltas:

SAP Albacete 216/2012, de 6 de septiembre	282
---	-----

Prevaricación:

Administrativa:

SAP Palma de Mallorca 64/2012, de 25 de junio	275
---	-----

Judicial:

STS 571/2012, de 29 de junio	171
------------------------------------	-----

Principio acusatorio:

STS 706/2012, de 24 de septiembre	224
STS 745/2012, de 4 de octubre	265

Principio de igualdad:

STS 579/2012, de 28 de junio	168
------------------------------------	-----

Prueba:

Ilícita:

STS 654/2012, de 20 de julio 204

Pericial caligráfica:

STS 710/2012, de 26 de septiembre 235

Q

Quebrantamiento de condena:

SAP Barcelona 597/2012, de 2 de julio 276

Quebrantamiento de medida de alejamiento:

STS 623/2012, de 17 de julio 194

R

Recurso de apelación:

Contra sentencia absolutoria:

STC 201/2012, de 12 de noviembre 149

Recurso de casación:

Contra sentencia absolutoria:

STS 670/2012, de 19 de julio 196

Recurso de revisión:

STS 480/2012, de 28 de junio 169

STS 623/2012, de 17 de julio 194

STS 721/2012, de 2 de octubre 256

Recusación:

STS 578/2012, de 26 de junio 162

Responsabilidad penal del menor:

STC 160/2012, de 20 de septiembre 139

STS 699/2012, de 24 de septiembre 232

S

Sustracción de menores:

SAP Madrid 274/2012, de 10 de septiembre 285

Sentencia absolutoria:

STS 623/2012, de 17 de julio	194
------------------------------------	-----

T

Tentativa:

STS 663/2012, de 24 de julio	208
------------------------------------	-----

Terrorismo:

Apología:

STS 752/2012, de 3 de octubre	261
-------------------------------------	-----

Tutela judicial efectiva:

STC 201/2012, de 12 de noviembre	149
--	-----

Tipo atenuado:

STS 653/2012, de 27 de julio	212
------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

STS 653/2012, de 27 de julio	212
STS 730/2012, de 26 de septiembre	237
SAP Barcelona 79/2012, de 12 de junio	273
SAP Barcelona 615/2012, de 12 de junio	273
SAP Madrid 1007/2012, de 18 de julio	279
SAP Madrid 1260/2012, de 1 de octubre	285

Tribunal del Jurado:

STS 672/2012, de 5 de julio	183
STS 689/2012, de 20 de septiembre	223

V

Violencia de género:

SAP Barcelona 491/2012, de 13 de junio	274
SAP Madrid 14/2012, de 29 de junio	276

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 160/2012 del TC, de 20 de septiembre

Ponente: **Don Luis Ignacio Ortega Álvarez**

Resumen: **Limitaciones a la suspensión de la medida impuesta en el ámbito de la responsabilidad penal del menor**

Cuestión de Inconstitucionalidad: **n.º 6021/2011**

Artículos: **10 y Disposición adicional cuarta LORPM**

Responsabilidad penal de los menores. Medidas privativas de libertad. Se declara la conformidad a la Constitución de la previsión contenida en la LORRPM, en cuya virtud se limita la posibilidad de suspender la ejecución de la medida en el caso de la comisión de determinados delitos especialmente graves. Hay dos votos particulares, uno concurrente y el otro discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Juzgado Central de Menores cuestiona la constitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 14 y 25.2 CE. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación íntegra de la cuestión.

El texto completo del precepto cuestionado es el siguiente:

«Disposición adicional cuarta.

Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años (...).

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las dis-

posiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

(...)

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta (...).

3. Adentrándonos ya en el fondo de las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzga-

do Central de Menores, procederemos en primer lugar, invirtiendo el orden expuesto en el Auto de planteamiento, a enjuiciar la compatibilidad del precepto con el art. 25.2 CE, pues las conclusiones que se obtengan de ese análisis sentarán, en buena medida, las bases del juicio de razonabilidad y proporcionalidad que impone el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Tal como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes, la contrariedad al art. 25.2 CE que alega el Juzgado Central de Menores viene fundamentada en que el precepto cuestionado impide al juez aplicar, para determinados delitos especialmente graves, la suspensión de la ejecución de la medida de internamiento hasta al menos la mitad de su cumplimiento, desatendiendo con ello, a juicio del Juzgado, la imprescindible flexibilidad que debe imperar en la aplicación de las medidas privativas de libertad de los menores y, en última instancia, las necesidades de resocialización y reinserción social del menor infractor.

a) Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto «no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

Debe tenerse presente también, como dijimos en la STC 120/2000, de 10 de mayo, que el mandato que establece el art. 25.2 CE «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena» (FJ 4). En este sentido, hemos afirmado que la figura de la suspensión condicional de la pena —trasunto en el Derecho penal de adultos de la figura de la suspensión del fallo recogida en el art. 40 LORPM— «constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE», para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

b) Resulta indudable que, dada su naturaleza afflictiva y sancionatoria, las medidas previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se insertan en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE, debiendo por tanto estar orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y reinserción social de los menores infractores. De hecho, una de las particulares características del sistema penal de menores, que lo diferencia del de adultos, radica precisamente en la prioridad que el legislador ha otorgado al cometido de resocialización y reinserción social frente a otras finalidades que pueda conllevar la aplicación de sus medidas, las cuales —como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000— «fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-

especiales, orientadas a la efectiva reinserción y el superior interés del menor».

A este respecto, en la STC 36/1991, de 4 de julio, tuvimos ocasión de destacar las «especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional de la materia» (FJ 8). En todo caso, y si bien las notas de finalidad resocializadora y de flexibilidad en la aplicación de las medidas siguen caracterizando la justicia penal de menores, es importante poner de manifiesto que las aseveraciones expresadas en nuestra Sentencia iban referidas al modelo correccional plasmado en la Ley y el Reglamento sobre tribunales tutelares de menores, introducido por Decreto de 11 de junio de 1948, y basado en premisas distintas al actualmente vigente. Resulta procedente resaltar brevemente esas diferencias, para la correcta ponderación del mandato recogido por el art. 25.2 CE con la naturaleza de la medida de internamiento que se halla en la base de la cuestión de constitucionalidad planteada.

En palabras de la citada STC 36/1991, FJ 5, la regulación aprobada en 1948 estaba «inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo que no tengan la consideración de penas o sanciones». Con el antecedente de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que procedió a una reforma parcial y urgente de dicha regulación como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de tribunales tutelares de menores por la precitada STC 36/1991, la Ley Orgánica 5/2000 introdujo un nuevo modelo de respuesta a los hechos delictivos cometidos

por menores, configurando un modelo político-criminal basado en la atribución de responsabilidad del menor, tras un procedimiento judicial ágil y poco formalista, si bien revestido de las garantías establecidas en el art. 24 CE. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 expone en este sentido que la nueva legislación «tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los infractores menores de edad». Así, en la vigente legislación el menor es declarado responsable de sus actos y la medida impuesta se concibe como una respuesta sancionatoria a dicha declaración de responsabilidad; no obstante, tal como la exposición de motivos menciona, se rechazan presupuestos propios del Derecho penal de adultos como la retribución y la consiguiente proporcionalidad entre la infracción cometida y la gravedad de la sanción, situando en un primer plano el interés del menor y la finalidad de reinserción social.

Como ya ha sido expuesto, el precepto cuestionado se introduce con la Ley Orgánica 7/2000, que modifica, antes de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 5/2000 en relación con los delitos de terrorismo. El legislador justifica la reforma en la creciente participación de menores en la actividad terrorista, poniendo de manifiesto que no se persigue excepcionalmente para esos supuestos la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, sino que la aplicación de las medidas rehabilitadoras pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador. A este respecto, la doctrina científica ha venido poniendo de manifiesto que con dicha reforma se introduce una línea político-criminal complementaria y parcialmente divergente a la que inspiró la Ley Orgánica 5/2000, orientada a introducir en la legislación penal de menores elementos de prevención general y prevención especial negativa (inocuidación) para supuestos delictivos de especial gravedad; esa línea queda reflejada en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2006, en la que el legislador justifica que el «interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor pro-

porcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional».

4. Llegados a este punto, procede poner de manifiesto que el cometido esencial del sistema penal —que engloba también la legislación penal de menores— radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad, para lo cual el legislador se ve obligado a establecer un complejo entramado de sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales —desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta— y con distintas finalidades. Así, hemos afirmado que el legislador penal, para fijar la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, «ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9).

La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que «el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25. 2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla» (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delinquentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

Ese complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el sí y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5 y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone. Expresión de una decisión de esa índole es, por ejemplo, la de limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, tal como se recoge, respectivamente, en los arts. 80. 1 y 88. 1, párrafo 2 CP; de modo

que, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, necesidades de prevención general justificarían la privación de libertad.

Sin lugar a dudas, a esa misma lógica, referida a la necesidad de articular distintas finalidades de la sanción penal, responde la decisión legislativa cuya constitucionalidad es cuestionada por el órgano judicial, imponiendo el legislador, por razones derivadas del telos de la prevención general, la aplicación de una medida de internamiento al menor sin posibilidad de suspensión hasta la mitad del cumplimiento de la fijada en Sentencia, aun cuando pudiera concluirse —tal como, de hecho, considera el órgano judicial que acontece en el caso concreto— que el menor no precisa de reinserción social. En este sentido, no sobra poner de relieve que, de igual modo que en el Código penal y por idénticas razones de prevención general, la posibilidad de suspender la ejecución de la medida de internamiento prevista en el art. 40 LORPM —en cuya restricción para determinados delitos de especial gravedad funda el órgano judicial su planteamiento— queda también limitada a medidas inferiores a dos años de duración.

5. Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena, no puede rechazarse que dicha función haya de ser también predicable de las medidas previstas en la legislación penal de menores, entendiendo —como hemos visto que ha hecho el legislador— que las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía. Sin lugar a dudas, como ya hemos puesto de manifiesto una de las más relevantes particularidades de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores es el mayor protagonismo que ostenta la función de reinserción social, pero de ello, ni cabe concluir que el legislador haya prescindido de otros fines necesarios de la pena, ni, en lo que al juicio que a nosotros compete —que procede recordar que no atañe a la eficacia, convenien-

cia o calidad de la norma (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4)—, debe derivarse que exista un mandato constitucional de que la legislación penal de menores deba legitimarse exclusivamente en atención a tal finalidad.

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social —pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE—, como si ello aparece justificado por un fin legítimo.

Por lo demás, lo acabado de afirmar permite, ya en este momento, despejar la duda que suscita el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, referida a la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), centrada en la necesidad de que los Tribunales puedan tutelar el derecho del menor a que la duración de la medida se condicione a sus circunstancias personales, familiares y sociales así como a su propio interés (arts. 7. 3, 14.1, 40 y 51.1 LORPM). Vulneración, por lo demás, descartada por el mismo Fiscal General del Estado, por cuanto considera que la interpretación sistemática de la norma permite concluir que el régimen previsto en la disposición cuestionada no excluye la ponderación por el órgano judicial de la exigencia de extrema gravedad en la conducta a la que hace referencia el art. 9.5 de la misma Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

6. Delimitada la forma que ha de revestir nuestro enjuiciamiento, procede recordar que la duda de constitucionalidad del órgano judicial se circunscribe a la limitación que efectúa la disposición adicional cuarta sobre la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su

duración, para los supuestos de comisión por infractores mayores de dieciséis años de los delitos de homicidio, asesinato, violación, delitos de terrorismo y otros delitos con pena superior a quince años de prisión.

a) Lo primero que es preciso poner de manifiesto es que el citado precepto, si bien reduce la flexibilidad de aplicación de las medidas que impera en la legislación penal de menores, no cierra completamente la posibilidad de atender a necesidades preventivo-especiales, pues permite que, una vez superada la mitad de la medida, el juez pondere la necesidad de mantener el cumplimiento de la misma y, en caso de no considerarlo así, acuerde la suspensión de su ejecución.

b) En segundo lugar, es importante atender al hecho de que el precepto cuestionado no se aplica a todos los menores infractores, sino que restringe su ámbito de aplicación a los mayores de dieciséis años, partiendo, en consecuencia, de una ponderación entre las necesidades de prevención general y la particularidad que presentan los menores de edad respecto a la atribución de culpabilidad por los actos realizados. El legislador, en atención al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha fijado en la cifra de los dieciocho años la mayoría de edad penal, considerando que los infractores menores de esa edad no cabe atribuirles plena imputabilidad penal y asignándoles, por esa razón, un régimen legal específico y diferenciado del de los adultos, pero es indudable que la imputabilidad penal es una medida graduable y que puede atribuirse en mayor grado cuanto más elevada sea la edad del infractor al tiempo de comisión de la infracción. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que la propia Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece un tratamiento diferenciado —en aspectos tanto sustantivos como procesales— en función de la división en dos tramos de los destinatarios de la ley, tal como se expone en la exposición de motivos: de catorce a dieciséis años el primero, y de dieciséis a dieciocho el segundo. Desde esa perspectiva, resulta razonable concluir que la restricción de parámetros de prevención especial —cuya particular relevancia en la legislación penal de menores se justifica precisamente en su menor culpabilidad— ofrecerá mayor le-

gitimidad cuanto más se aproxime la edad del menor infractor a la que demarca la frontera con la mayoría de edad penal, ámbito éste en el que la prevención general ostentará mayor protagonismo en el diseño político-criminal del sistema penal.

c) Relevante también ha de ser, en tercer lugar, el dato de que el ámbito de aplicación del precepto cuestionado está restringido no sólo a los menores por encima de dieciséis años, sino además respecto de la comisión de determinados delitos cuya característica común radica en su particular gravedad, por cuanto atentan a los más esenciales bienes jurídicos de la persona —la vida, la libertad e indemnidad sexuales— y la sociedad —delitos de terrorismo— o porque, en todo caso, el Código penal determina para ellos una sanción superior a quince años de prisión. La necesidad de protección de los bienes jurídicos más valiosos permite justificar un mayor énfasis de los mecanismos preventivo-generales de la pena y, consiguientemente, la reducción de la aplicación de instrumentos preventivo-generales, tales como la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad que contempla el precepto cuestionado.

En conclusión a todo lo afirmado, y enfatizando una vez más, con la STC 150/1991, de 4 de julio, que «el art. 25. 2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, especial trascendencia constitucional— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal» (FJ 4), el apartado 2.c) de la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000 no es contrario al art. 25.2 CE, puesto que, de una parte, no impide totalmente atender a necesidades de reinserción social y, de otra, la limitación que sí establece se halla restringida a supuestos delictivos de especial gravedad cometidos por infractores con edad superior a dieciséis años, en los que el fin de protección de bienes jurídicos puede precisar una mayor atención a funciones legítimas de prevención general.

7. La segunda objeción que efectúa el órgano judicial se basa en la incompatibilidad del

precepto con el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), en el entendimiento de que el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta da lugar a una situación de desigualdad para los menores autores de delitos de terrorismo, en cuanto impide aplicar para tales casos la suspensión de la ejecución del fallo, a diferencia de lo que el art. 9.5 LORPM [en la redacción de la Ley Orgánica 7/2000; actual art. 10.b)] establece para otros menores autores de delitos «de extrema gravedad», respecto de quienes se deja abierta tal posibilidad. La comparación la establece el órgano judicial, así, entre los menores autores de delitos de terrorismo —a quienes les sería aplicable la disposición adicional cuarta y la consiguiente restricción a las posibilidades de suspensión de la pena hasta la mitad de cumplimiento de la medida— y los autores de otros delitos «de extrema gravedad», a los que les sería aplicable el art. 9.5 de la Ley Orgánica 7/2000 y, con ello, la posibilidad de suspender la ejecución, al no venir expresamente limitada tal posibilidad en dicho precepto. No obstante, como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, la diferente respuesta jurídica establecida por el legislador no se refiere únicamente a los autores de delitos de terrorismo, sino a todos los sujetos activos de los delitos recogidos en la disposición adicional cuarta —homicidio doloso, asesinato, violación—, a quienes tampoco les sería aplicable lo previsto en el art. 9.5 Ley Orgánica 7/2000. Por ello, nuestro análisis deberá realizarse a tenor de esa diferenciación.

Como recuerda la STC 122/2008, de 20 de octubre, FJ 6, este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de he-

cho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5; y 84/2008, de 21 de julio, FJ 6).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; en igual sentido, STC 84/2008, de 21 de julio, FJ 6).

En suma, una vez constatada esa diferencia de tratamiento, su licitud requerirá una triple exigencia: «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (SSTC 222/1992, de 11 de

diciembre, FJ 6; 155/1998, de 13 de julio, FJ 3 y 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, citadas por la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5).

8. Como acabamos de afirmar, los términos de la comparación que fundamentan el planteamiento del órgano judicial son los respectivos supuestos de hecho del artículo 9.5 y la disposición adicional cuarta, apartado 2, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 7/2000. El primero de los preceptos se refiere a los autores de delitos que hayan sido cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas (art. 9.4) y en los que además se aprecie una «extrema gravedad»; por su parte, la disposición adicional cuarta regula, como ya hemos venido afirmando, los supuestos de comisión de delitos de homicidio doloso, asesinato, violación y terrorismo, así como aquéllos con pena de prisión igual o superior a quince años. El criterio diferenciador entre ambos grupos de casos radica en la gravedad de los delitos, lo que conlleva una diferente consecuencia jurídica: el primer grupo de delitos lleva aparejada una medida de internamiento de régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a cinco años de duración, limitando las posibilidades de modificación y sustitución de la medida hasta transcurrido el primer año de su cumplimiento (art. 9.5); y el segundo grupo, que incluye delitos más graves, una medida de internamiento en régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a ocho años de duración, limitando las posibilidades de modificación, sustitución y, además, de suspensión de la ejecución hasta el transcurso de la mitad de su cumplimiento.

a) Aplicando los criterios que informan el juicio sobre igualdad, ya referenciados, procede afirmar, en primer lugar, que la diferenciación efectuada por el legislador posee una base objetiva y una justificación razonable. «La concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11), sino a partir de un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas, atendido su grado de lesividad y la relevancia

de los bienes jurídicos menoscabados, de modo que las consecuencias jurídicas previstas —y, en particular, la restricción de la suspensión de la ejecución de la medida— se aplicarán por igual a todos los menores que, en la franja de edad establecida, cometan tales conductas delictivas. No puede concluirse, por tanto, que el legislador haya establecido una diferencia entre situaciones iguales, respondiendo el más gravoso régimen de ejecución de las medidas de internamiento previsto en la norma a la comisión de delitos más graves. Ni tampoco que la diferenciación esté basada en circunstancias desconectadas de la finalidad de la norma y, en esa medida, irrazonables. Reiterando lo manifestado en fundamentos jurídicos anteriores, podemos afirmar que las restricciones que tanto el art. 9.5 como la disposición adicional cuarta, apartado 2.c), establecen a las posibilidades de aplicación de institutos como la modificación, la sustitución o —en la norma cuestionada— la suspensión de la medida de internamiento encuentran su fundamento en la necesidad de conjugar el fin prioritario de reinserción social que preside la legislación penal de menores con la función de prevención general que también ha de desplegar la sanción para cumplir su cometido de protección de bienes jurídicos. Desde dicho fundamento, resulta a todas luces razonable que las finalidades de prevención general se acentúen —tanto aumentando el límite máximo de la medida de internamiento como añadiendo restricciones para la suspensión de su ejecución— respecto de los delitos que de modo más intenso atentan contra los bienes jurídicos más valiosos, pues más intensas serán las necesidades de disuadir de su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad.

b) Afirmado tanto el substrato objetivo de la diferenciación como su razonabilidad, resta todavía por dirimir si la misma puede conducir, no obstante, a consecuencias desproporcionadas.

Como recuerda la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10, «el baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las

penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)».

El refuerzo de la finalidad preventiva general que justifica el tratamiento diferenciado establecido en el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000, frente al previsto en el art. 9. 5, se manifiesta tanto en el aumento del límite máximo de la medida de internamiento —cifrado en ocho años— como en la limitación que se establece para la modificación, sustitución y suspensión de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su duración. No obstante, nuestro enjuiciamiento ha de ceñirse a este último aspecto, es decir, a la restricción del uso de la suspensión de la ejecución de la medida que prevé la disposición adicional cuarta, porque es a esa concreta previsión legislativa a la que el Juzgado de Menores atribuye el

vicio de desigualdad, en contraste con los autores de los delitos previstos en el art. 9.5.

Tampoco desde este criterio del juicio de igualdad cabe efectuar reproche alguno a la norma cuestionada. Ya hemos puesto de manifiesto que la suspensión de la ejecución queda limitada con carácter general a medidas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 40 LORPM), lo que conlleva ya una importante restricción a su aplicabilidad en los supuestos que contempla la disposición adicional cuarta, para los que se prevé una medida mínima de un año y máxima de ocho. Ello supone, en una aplicación conjunta de ambos preceptos, que la restricción adicional que incorpora el precepto cuestionado —que impone la mitad del cumplimiento de la medida—, dará lugar a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año, y la mínima seis meses. El precepto de contraste no contempla tal restricción adicional, pero teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada, y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad, la citada limitación no se revela desproporcionada.

Sentencia 193/2012 del TC, de 29 de octubre

Ponente: **Don Juan José González Rivas**

Resumen: **Abono de prisión provisional. Coincidente con el periodo de cumplimiento de condena**

Recurso de Amparo: **n.º 6220/2011**

Artículos: **58 Código Penal**

Abono de prisión provisional: Se resume de manera muy clara la (controvertida) doctrina relativa a cómo proceder para el abono de prisión provisional coincidente con período de cumplimiento de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La doctrina de este Tribunal puede concretarse del modo siguiente:

a) En la STC 57/2008 de 28 de abril, lo discutido por el recurrente era la negativa judi-

cial a abonarle el tiempo de prisión provisional sufrido en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma, pretensión que se apoyaba en el hecho de haber estado simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta. Se trataba allí de valorar la

razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma; exclusión que este Tribunal consideró irrazonable, y por ello lesiva del art. 17.1 CE, atendido el enunciado normativo y su finalidad.

b) En la STC 92/2012 de 7 de mayo, FJ 5, «atendida la finalidad del precepto de cobertura invocado, no resulta irrazonable ni ajeno a su finalidad considerar que el supuesto que plantea el demandante no está incluido en la regla establecida por el legislador dado que la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien se ve así privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente».

c) En la STC 158/2012 de 17 de septiembre, hemos concretado la doctrina en el fundamento jurídico 4 al subrayar que «[e]l art. 58.1 del Código penal, en cualquiera de las redacciones anteriores a su reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, contempla (tal y como los órganos judiciales han interpretado) la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido seguida de una privación de libertad impuesta como sanción de la conducta investigada, imputada y finalmente atribuida. Sobre esa realidad —un hecho investigado, una privación cautelar decretada para posibilitar su investigación y enjuiciamiento y una pena privativa de libertad impuesta como pena por la comisión del hecho imputado— y no sobre otra, el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración una sola vez para reducir la duración de la pena privativa de libertad impuesta. Ese es el supuesto previsto en la norma y esa su finalidad».

(...)

5. Proyectando al caso ahora enjuiciado las consideraciones que ya se hicieron en la STC 19/1999, de 22 de enero, y en las posteriores citadas 57/2008 de 28 de abril, 92/2012 de 7

de mayo, y 158/2012 de 17 de septiembre, entre otras, hemos de reiterar que la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites, permite entender que el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, pero lo que no resulta constitucionalmente adecuada es una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de este, como sucede al analizar el contenido de las resoluciones judiciales recurridas y recuerda el fundamento jurídico 5 de la STC 19/1999.

6. Los razonamientos precedentes conducen al otorgamiento del amparo, puesto que la decisión de no abonar al demandante para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta parte del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en la misma causa: del 19 de noviembre de 2007 al 16 de noviembre de 2008, por coincidir con su condición de penado en otra causa, supone un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, que vulnera el art. 17.1 CE. Debe añadirse que redundando en dicha vulneración la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas, que de un lado relativizan el valor vinculante de la doctrina de este Tribunal establecido en los arts. 5.1 y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de otro no justifican su alcance, al ser tales resoluciones restrictivas de derechos, con insuficiente motivación y manifiesta vulneración de los arts. 24.1 y 120.3 CE.

Sentencia 201/2012 del TC, de 12 de noviembre

Ponente: **Don Luis Ignacio Ortega Álvarez**

Resumen: **Delitos contra los derechos de los trabajadores. Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Apelación de sentencia absolutoria**

Recurso de Amparo: n.º **3976/2010**

Artículos: **117 CE y 790 LECrim**

Delito contra los derechos de los trabajadores: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al omitir el Tribunal de apelación dar respuesta a una pretensión impugnativa frente a sentencia absolutoria circunscrita a revisar la calificación jurídica de los hechos probados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Tal como acaba de exponerse, el núcleo de la controversia planteada en la presente demanda de amparo radica en que la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación interpuesto sin dar respuesta a la pretensión del recurrente de que se revisara la valoración de la prueba y la calificación jurídica asumida por el órgano judicial de primera instancia y que había dado lugar a un pronunciamiento absolutorio. La Sala funda la imposibilidad de conocer del fondo del recurso en que, según la doctrina constitucional desarrollada a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para pronunciarse sobre la revocación de una Sentencia absolutoria es precisa la celebración de vista oral con audiencia al acusado; sin embargo, la legislación procesal sobre el recurso de apelación impide la admisión de pruebas que ya fueron practicadas en primera instancia, circunscribiendo el artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal la práctica de prueba en apelación a aquellas que no pudieron proponerse en la primera instancia, a las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante. Frente a tal comprensión, oponen tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal que la ausencia de respuesta sobre las pretensiones impugnatorias del apelante está sostenida sobre un error de in-

terpretación de la doctrina constitucional y la legislación procesal lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

(...)

4. A los efectos de determinar si el pronunciamiento de la Audiencia Provincial puede ser calificado como arbitrario o manifiestamente irrazonable, procede analizar por separado cada una de las dos premisas argumentales esgrimidas por el órgano judicial: la referida a las posibilidades de repetición de prueba en segunda instancia; y la atinente al margen de respuesta del órgano ad quem sin necesidad de celebración de vista oral, que abordaremos en el fundamento jurídico siguiente.

En primer lugar, y por lo que respecta a las posibilidades de celebración de vista oral en segunda instancia (...) si bien en casos excepcionales y en aras a la máxima irradiación de las garantías constitucionales, podría resultar procedente, a partir de una interpretación conforme a la Constitución de la regulación legal del recurso de apelación, celebrar vista oral en segunda instancia con asistencia del acusado o, eventualmente, de otros testigos cuyo testimonio resulte imprescindible para asegurar la debida práctica contradictoria de pruebas admitidas con arreglo al artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), la doctrina constitucional no exige o alienta la repetición del juicio ante el órgano ad quem cuando se

pretenda revisar una absolución, pudiendo éste, en el ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 117.3 CE y a partir de una interpretación no arbitraria de la regulación legal del recurso de apelación, confirmar la absolución sin citar a quienes hubieran declarado en primera instancia. En definitiva, lo único que la Constitución proscribe es la revocación de una absolución —o, en general, una revisión in peius de la decisión de primera instancia— sin respeto a las garantías de inmediación y defensa contradictoria. Aplicando tales presupuestos al caso de hecho que ahora nos ocupa, debe tomarse en consideración que, de igual modo a como acontecía en el supuesto resuelto por la STC 48/2008, de 11 de marzo, y a diferencia del planteado en la STC 285/2005, de 7 de noviembre, en el presente caso no se solicitó la práctica de pruebas admisibles con arreglo al artículo 790.3 LECrim a las que, en aras al ejercicio de la contradicción, hubiera de vincularse la repetición de otras ya practicadas ante el órgano *a quo*, por lo que la celebración de vista no habría de servir al fin de asegurar las garantías de la correcta valoración de esas nuevas pruebas. Afirmado lo anterior, no podemos compartir el planteamiento en que el Ministerio Fiscal apoya su alegación de que la Audiencia Provincial habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber citado al acusado pese a que una interpretación constitucional de la ley le facultaría a hacerlo. Al respecto, procede tomar en consideración que las garantías de inmediación y contradicción, como principios esenciales de una correcta valoración de la prueba (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3, y 48/2008, de 11 de marzo, FJ 4), así como la de audiencia personal, son garantías vinculadas al derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3), cuya exigencia también en la segunda instancia a través de la celebración de vista se fundamenta en la particular protección constitucional de quien, como acusado, es sometido al *ius puniendi* estatal.

(...)

5. Sentado lo anterior, la siguiente cuestión a dilucidar radica en si, a partir de las pretensiones aducidas por el actor en su recurso de apelación, el órgano de segunda instancia dis-

ponía de un margen de respuesta sin necesidad de celebración de vista o si, en cambio y como argumenta la Audiencia Provincial, debía esta convocarse ineludiblemente como condición previa a poder pronunciarse sobre las alegaciones del apelante, de modo que, ante la imposibilidad legal de hacerlo conforme al artículo 790.3 LECrim, tenía únicamente la opción de desestimar el recurso sin entrar en el fondo de las mismas. Como ya se puesto de relieve, es en relación con esta controversia donde el recurrente hace especial hincapié en su demanda, centrandó su denuncia en que el órgano judicial podía y debía haber entrado en el fondo de sus alegaciones aun sin celebración de vista oral. Se proyecta, así, la misma sobre el contenido y alcance de las garantías de la apelación penal, por lo que será bueno enunciar con cierto grado de detalle la doctrina constitucional establecida al efecto.

a) Según la consolidada doctrina de este Tribunal sobre las garantías de la segunda instancia penal, desarrollada a partir de la citada STC 167/2002, de 18 de septiembre, «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Por ello, no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la 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» (por todas, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 3).

b) Junto al respeto a la garantía de inmediación en la valoración de las pruebas personales por el órgano de segunda instancia, hemos introducido también, a partir de las recientes SSTC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, y 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, la exigencia de audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE). Tal como hemos afirmado en dichos pronunciamientos, tal garantía de audiencia del acusado en fase de recurso dependerá de las características del proceso en su conjunto. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado 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, SSTEHD de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, §39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, será indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación «no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas» (STEHD de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c.

España, § 36; en igual sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 32). De donde, *sensu contrario*, se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados» (§ 36).

En definitiva, «la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte» (STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6).

6. A tenor de lo acabado de exponer, debemos rechazar la exégesis que la Sala realiza de nuestra doctrina constitucional y, con ello, de los límites de enjuiciamiento del recurso de apelación. Como ha sido enfatizado, a partir de las citadas SSTC 184/2009 y 45/2011, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hemos trazado una delimitación, nítida al menos en el plano teórico, entre el ámbito de decisión relativo a la valoración de la prueba y fijación de los hechos probados, para el que resultará insoslayable la audiencia personal del acusado y, en su caso, de otros testigos, y aquellos pronunciamientos que quedan circunscritos a la calificación jurídica del hecho, que pueden ser resueltos por el órgano ad quem sin necesidad de celebrar vista oral. Atendiendo ahora a los concretos motivos de apelación formulados por el demandante de amparo, si bien el primero de ellos presupone una revisión de la prueba —para lo que sí hubiera sido precisa la audiencia al acusado—, el segundo estaba fundado en un error en la calificación jurídica de los hechos, considerando el apelante que, con independencia de lo alegado en el motivo anterior, los hechos que habían sido declarados probados debían, en todo caso, ser calificados al menos como una imprudencia simple, derivándose de ello la condena del acusado por delito de homicidio imprudente.

De lo anterior se deriva que la Audiencia Provincial de Albacete omitió dar respuesta a una pretensión impugnatoria cuyo enjuiciamiento, en la medida en que estaba restringido a revisar la calificación jurídica de los hechos probados, no precisaba de audiencia personal al acusado ni de celebración de vista oral, y que tal omisión vino fundada en una interpretación errónea de la doctrina constitucional y de los preceptos que regulan el recurso de apelación penal; error que trasciende el plano de la irrelevancia constitucional y que debe calificarse como manifiestamente irrazonable y lesivo, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto dicha interpretación —tal como la propia Audiencia Provincial de Albacete manifiesta en la Sentencia impugnada— conlleva la completa abrogación de las posibilidades de recurrir en apelación por las partes acusadoras, opción que no puede considerarse acorde con el sistema de recursos vigente en la actualidad.

Procede, en consecuencia, declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al recurso, anular las resoluciones recurridas y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete.

Sentencia 205/2012 del TC, de 12 de noviembre

Ponente: **Don Juan José González Rivas**

Resumen: **Extradición. No entrega del nacional**

Recurso de Amparo: n.º **3250/2012**

Artículos: **3 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva**

Extradición: Se analiza minuciosamente el alcance de la causa de denegación de la extradición prevista en el art. 3.1 de la Ley de Extradición Pasiva: la no entrega del nacional. La STC 206/2012, de la misma fecha, recoge idéntica doctrina.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Partiendo del análisis del contenido normativo del artículo 3.1 LEP, observamos que la

norma establece estrictamente dos elementos para denegar la extradición, uno positivo, que es que la cualidad de nacional sea apreciada por el tribunal de la extradición en el momento de la

decisión sobre la misma, aplicando los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español y uno negativo, que es que la nacionalidad no haya sido adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición.

La argumentación empleada por el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de marzo es la siguiente:

«Esta situación de doble nacionalidad efectivamente ejercida por el reclamado impide conceder primacía a lo establecido en el artículo 3.1 de la LEP, ya que se reitera que el reclamado es también nacional egipcio. Obrar de otro modo, como pretende la defensa del interesado, crearía un espacio de impunidad contrario a los principios de respeto a las reglas de la buena fe y de proscripción del abuso del derecho, respectivamente consagrados en los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.2 del Código civil.

En definitiva, no puede ampararse al reclamado ante la situación de dualidad de nacionalidades creada por sus propios actos de manera totalmente consciente. Consta que el reclamado, aun después de obtener la nacionalidad española y de renunciar a su nacionalidad egipcia, siguió utilizando de manera continuada su nacionalidad de origen. En este punto conviene tener presente lo indicado en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, cuando realiza la distinción entre nacionalidad efectiva y nacionalidad residual, siendo esta última en el caso examinado la española. También es procedente hacer referencia al apartado de dicha resolución que alude al diferente trato que ha de dispensarse en materia de extradición a los españoles sin ninguna otra nacionalidad y los españoles que disfrutan de otra nacionalidad, que es el caso que nos ocupa, siendo precisamente esta última la nacionalidad de origen. Distinción que en absoluto supone una discriminación, ya que tal diferencia ha sido buscada y fomentada por el propio sujeto interesado, en este supuesto para intentar evitar su entrega a las autoridades egipcias, lo que desde luego no puede amparar este Tribunal».

Por su parte, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal se limita a confirmar la corrección jurídica del anterior limitándose a aseverar que «como recoge el auto recurrido, y compartimos,

el citado artículo parece estar legislado, con las consecuencias taxativas en él descritas, para el supuesto de nacionalidad española única».

En los Autos recurridos de la Audiencia Nacional se razona que existe una doble nacionalidad efectiva, española y egipcia, descartando que la adquisición de la nacionalidad española se haya hecho en fraude de ley dada la desconexión temporal entre la fecha de la adquisición (1998) y la del proceso de extradición iniciado doce años después. No obstante, se entiende que la situación de doble nacionalidad y el ejercicio efectivo de la nacionalidad egipcia por el reclamado, impide conceder primacía a lo establecido en el artículo 3.1 LEP, por ser contrario a los propios actos.

4. Este razonamiento debe ser objeto de control en este proceso de amparo a fin de determinar si cumple el canon de suficiencia y razonabilidad de la fundamentación, debiendo tomarse en consideración que el control a realizar por este Tribunal es en este caso más intenso puesto que se exige del órgano jurisdiccional un canon de motivación reforzado, dada la directa conexión existente en el presente caso con los derechos a la libertad (art. 17 CE) y a la libertad de residencia (art. 19 CE), que se hallan siempre concernidos en los procedimientos de extradición (por todas, SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2; y 30/2006, de 30 de enero, FJ 5).

Con arreglo a tal canon reforzado debe exigirse «un plus de motivación que hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo (por todas STC 196/2002, de 28 de octubre), al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado artículo 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas» (STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2, citando, a su vez, el ATC 412/2004, de 2 de noviembre, FJ 5).

En este caso, además, la fuerza vinculante de la prohibición de extraditar nacionales y su relevancia constitucional en el marco del dere-

cho a la tutela judicial efectiva, y dado el taxativo tenor literal del artículo 3.1 LEP (por todas, STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5), hace necesario un control riguroso del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que permiten la entrega de una persona que tiene la condición de nacional español, como es el caso contemplado, en el que los Autos impugnados no ponen en cuestión que el recurrente ostente la nacionalidad española y descartan que hubiera sido obtenida con fines fraudulentos. No obstante, consideran que al haber mantenido la nacionalidad egipcia a su conveniencia y con abuso de derecho, no le es aplicable la prohibición prevista en el artículo 3.1 LEP.

5. Para efectuar dicha valoración hemos de considerar que en este caso, concurren las siguientes circunstancias:

a) El recurrente, de nacionalidad egipcia de origen, adquirió la nacionalidad española por residencia, por resolución del Ministerio de Justicia de fecha 12 de febrero de 1998, habiendo realizado el acto de juramento y renuncia a la nacionalidad anterior en comparecencia de fecha 16 de abril de 1998.

b) La adquisición del recurrente de la nacionalidad española por residencia se produjo al haber residido en España durante más de diez años, concurriendo los demás requisitos del artículo 22 del Código civil, lo que se acredita en el correspondiente expediente y en la resolución administrativa de concesión, que alcanzó firmeza.

c) Se cumplieron los requisitos constitutivos del artículo 23 del Código civil, entre ellos el de renuncia a su anterior nacionalidad y frente a esta resolución, no se ha entablado ninguna de las acciones a que se refiere el artículo 25.2 del Código civil para los supuestos de falsedad, ocultación o fraude.

Por tanto, y desde la perspectiva del Derecho interno, el recurrente ostenta únicamente la nacionalidad española, válidamente adquirida, no posee la doble nacionalidad por cuanto que el recurrente renunció a su nacionalidad anterior y no existe tratado de doble nacionalidad con Egipto.

6. Desde el punto de vista del control de suficiencia y razonabilidad de la aplicación del precepto que se realiza en las resoluciones recurridas, debe subrayarse en primer término que del tenor literal del artículo 3.1 LEP resulta difícilmente sostenible introducir una excepción a la regla que taxativamente impone el precepto, máxime cuando es la propia norma la que ha introducido con carácter expreso una excepción, por lo que en principio puede concluirse que si no hay más excepciones es porque no era la voluntad del legislador añadir otras a la ya prevista. Igualmente, quien posee doble nacionalidad no deja de ostentar la nacionalidad española, por lo que el sentido literal del precepto no contempla la excepción que han introducido las resoluciones judiciales impugnadas.

En este sentido tampoco es razonable trasladar la argumentación en relación a la aplicación al supuesto de la doctrina establecida en la STC 181/2004, en relación a una persona que ostentaba la doble nacionalidad española y venezolana, puesto que en este caso existía un tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela, de 4 de enero de 1989 («BOE» núm. 294, de 8 de diciembre de 1990), lo cual llevó a este Tribunal a entender que el supuesto de hecho se situaba fuera del marco de la hipótesis de aplicación directa del artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva, por ser aplicable el artículo 8.1 del citado Tratado entre España y Venezuela, que contemplaba la no entrega del nacional en términos facultativos, y no imperativos como hace el citado artículo 3.1 LEP.

Por tanto, debemos examinar si es razonable aplicar una excepción no contemplada en el precepto con el argumento del abuso del derecho en el ejercicio de la doble nacionalidad española y egipcia por parte del recurrente.

7. En este punto y partiendo del canon constitucional de control reforzado sobre la argumentación de las resoluciones judiciales recurridas, por estar implicados los derechos a la libertad del artículo 17 CE y a la libertad de residencia del artículo 19 CE (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), y, en consecuencia, ser decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen (STC 106/2011, de 20 de junio), debe analizarse ahora

si, además de tratarse de una resolución motivada y fundada en Derecho, se ha dictado una resolución conforme con el derecho fundamental que está en juego (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3); especialmente, debe examinarse si la resolución judicial es «conforme» con el mismo (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), «compatible» con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4), esto es, que exprese o trasluzca «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3).

La argumentación de los Autos recurridos para aplicar la excepción a la prohibición de entrega fuera del tenor del artículo 3.1 LEP no satisface las citadas exigencias de compatibilidad con los derechos fundamentales en juego, no exteriorizando una justificación adecuada desde la perspectiva constitucional, por los siguientes razonamientos:

a) En primer lugar, la situación de hecho de doble nacionalidad no enerva la condición de español del recurrente en el momento de solicitarse la extradición, puesto que la adquisición, conservación y pérdida de nacionalidad sólo se produce en los supuestos previstos en la ley según preceptúa el artículo 11.1 CE. Se trata de una excepción no prevista en la Ley que en este caso tampoco tendría encaje desde la perspectiva interna (al quedar fuera de los supuestos de doble nacionalidad contemplados en el artículo 11.3 CE) desde el momento en que el recurrente renunció a su nacionalidad egipcia anterior al adquirir la española, lo cual impediría la situación de hecho de doble nacionalidad, y mantuvo un vínculo continuado y efectivo con España desde la adquisición de la nacionalidad, de acuerdo con la base fáctica expuesta en los Autos de la Audiencia Nacional consistente en la utilización repetida del pasaporte español, inscripción de la residencia en el registro consular e intereses económicos y familiares en España.

b) En segundo lugar, la conclusión de abuso de derecho se alcanza a partir de unos hechos base que afirman la residencia no actual en el Estado de origen y la utilización ocasional del pasaporte egipcio, que no llevan lógicamente a la conclusión de mantenimiento de la nacionalidad española por conveniencia, puesto que,

por una parte, el lugar de residencia y los desplazamientos de los españoles están amparados por las libertades fundamentales de residencia y libre circulación (art. 19 CE) y, por otra parte, la admisión por el Estado de origen de determinados actos vinculados a la condición de nacional y el ejercicio por el interesado de tales actos no llevan lógicamente a la conclusión de mantenimiento fraudulento o abusivo de la nacionalidad española cuando mantiene parcialmente un vínculo con su Estado de origen, por admitirse tal posibilidad desde la perspectiva interna de dicho Estado.

En este punto, debe considerarse que la no entrega del nacional no implica impunidad de la conducta, sino que supone el reconocimiento de la jurisdicción de los Tribunales españoles que ya están conociendo de las diligencias previas penales 130-2011 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, por lo que no es razonable concluir, en función de los hechos base declarados probados en los Autos de la Audiencia Nacional, que se está manteniendo el vínculo de nacionalidad española con la finalidad de frustrar una petición de entrega del Estado de origen.

8. Las anteriores consideraciones nos llevan a estimar este motivo de amparo al concluir que en este caso, al no existir tratado, se ha vulnerado la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de extradición pasiva, con fuerza vinculante y, en consecuencia, dicha infracción adquiere relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, dado el taxativo tenor literal del artículo 3.1 LEP, no siendo adecuada desde la perspectiva constitucional la interpretación efectuada por los Autos de la Audiencia Nacional que a pesar de dicha prohibición de entrega acceden a la extradición de un nacional.

Por otra parte, a la hora de realizar la exégesis y aplicación del repetido artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva, tampoco puede desconocerse el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de sus nacionales, deber tanto más relevante en ausencia de tratado, y de ahí la prohibición legal establecida en el artículo 3.1 de la Ley de extradición pasiva que en este caso concluimos que no ha

sido observada por las resoluciones judiciales recurridas.

El reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y los efectos que tal reconocimiento provoca, hacen innecesario un pronunciamiento expreso de este Tribunal acerca del resto de los motivos de amparo aducidos en la demanda, puesto que los mismos hacen referencia a las condiciones de la extradición y sólo podrían entrar en juego de forma subsidiaria, esto es, de no estar prohibida la entrega del

nacional, siendo así que en este caso es improcedente la extradición según lo expuesto.

Los razonamientos precedentes conducen a la conclusión que la decisión de extradición ha supuesto la vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debiendo otorgarse el amparo con los efectos prevenidos en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, anulando los Autos de la Audiencia Nacional que acordaban la entrega del recurrente al Estado egipcio para su enjuiciamiento.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 608/2012, Sala Segunda del TS, de 20 de junio

Ponente: **Don Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Delito de lesiones. Cosa juzgada**

Recurso de Casación: **n.º 1939/2011**

Artículos: **267 LOPJ, 150 y 617 Código Penal, 161 y 666 LECrim**

Delito de lesiones: Se recoge la doctrina de la Sala sobre la excepción de cosa juzgada, correctamente aplicada por el Tribunal de instancia que absolvió al acusado del delito de lesiones al haber sido anteriormente juzgado y absuelto por los mismos hechos en juicio de faltas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Formula el Ministerio Fiscal recurso frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2011 por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en la que absolvió a Gregorio del delito de lesiones del que venía acusado, al concurrir la excepción de cosa juzgada, declarando de oficio las costas causadas.

1. Para el Fiscal, dicho pronunciamiento comporta una incorrecta aplicación del art. 666.2.º LECrim, en detrimento de los arts. 150 del Código Penal y 14.4 de la ley Procesal, lo que impugna a través de un único motivo que canaliza como infracción de ley (art. 849.1.º LECrim). La base de su impugnación reside en que, calificada en el presente procedimiento por el Ministerio Público la pérdida violenta de dos piezas dentarias como un delito de lesiones agravado por su resultado, del que presuntamente resultaría responsable el aquí absuelto Gregorio, tales hechos se habrían ventilado indebidamente en el seno de un juicio de faltas, celebrado con anterioridad. Dada, pues, la manifiesta falta de competencia objetiva del Juzgado instructor «ratione materia» para un enjuiciamiento de

esta naturaleza (art. 14.4 LECrim), la sentencia allí resultante hubo de tenerse por la Sala «a quo» como un acto procesal íntegramente nulo y, por ende, irrelevante a los efectos de apreciar el instituto de la cosa juzgada.

No discute el Fiscal actuante que en ambos procesos penales se dilucidaran posibles responsabilidades para el acusado absuelto derivadas de unos mismos hechos (al menos, parcialmente), sino que el primero de los pronunciamientos pueda operar como excepción amparada en el art. 666.2.º LECrim, ante esa falta de competencia objetiva.

(...)

Admitiendo «ab initio» que una falta radical de competencia puede, en determinados casos, conllevar una nulidad como la solicitada, los concretos matices que, sin embargo, presenta el caso y que, en último término, relaciona el Ministerio Público en su escrito conducen a diferente conclusión, desestimatoria de su queja, como pasamos a analizar.

2. Un correcto examen de la cuestión de fondo obliga a partir de aquello que la Audien-

cia de procedencia declaró probado, pues no debe olvidarse el requisito de intangibilidad fáctica que soporta toda queja por infracción de ley, por imperativa aplicación del art. 884.3.º LECrim (STS núm. 467/2012, de 11 de mayo). Tampoco cabe olvidar que dicha redacción es, precisamente, la que ha servido en la instancia al Tribunal para delimitar los hechos de los que se sigue la declaración de cosa juzgada, por identidad en el objeto y en los sujetos.

Conviene «a priori» recordar que la cosa juzgada es consecuencia, efecto y causa, a un tiempo, del principio «non bis in idem», el cual, además de entenderse implícitamente incluido en el art. 25.1 CE, se halla proclamado de forma expresa en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país», que forma parte de nuestro ordenamiento (art. 10.2 CE). Como expresaba la STS núm. 1040/2009, de 30 de octubre, citada por el Fiscal, para que opere la cosa juzgada siempre habrán de tenerse en cuenta los elementos identificadores de la misma en el proceso penal. Así, frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, los requisitos que validan la excepción de cosa juzgada en el orden penal son más limitados, bastando los dos primeros. Son, por tanto, sus elementos identificadores: A) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso, de modo que el objeto del proceso penal, integrado por el hecho histórico acotado en el «factum» de la resolución precedente, debe coincidir en lo esencial con el relato fáctico subsiguiente, sin que este presupuesto se vea afectado por la variación de elementos claramente accesorios o circunstanciales (STS de 22 de Enero de 2004); el hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente; y B) identidad de sujetos pasivos, es decir, de personas sentenciadas y acusadas, de modo que la persona imputada o acusada en la segunda causa ha de ser la misma que aquella contra la que se

dirigió la acusación en la primera causa, definitivamente resuelta por un pronunciamiento de condena o de absolución.

En nuestro caso, la secuencia histórica que refleja la sentencia combatida es del siguiente tenor literal: «(...) en juicio de faltas 342/10, se celebró juicio en el que iban como denunciados (el subrayado es nuestro) Mauricio, Gregorio y Otilia, por los hechos ocurridos entre las 20 y las 20,30 horas del día 23 de Junio de 2009 en el portal del Bloque n.º [...]. El Ministerio Fiscal en juicio solicitó la condena de Mauricio y la absolución de Gregorio. Con fecha 17 de Abril de 2010 se dictó sentencia en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Jerez, en el que en el apartado de hechos probados se establecía: «El pasado día 23 de Junio de 2009, en esta ciudad, se produjo el encuentro entre Gregorio y Mauricio, llegando este último a golpear al primero, causándole lesiones para las que sólo precisó primera asistencia médica. No ha sido probado que Gregorio y Otilia agredieran o se dirigieran en modo alguno a Mauricio el día 23 de Junio de 2009». Dicha sentencia fue recurrida por Mauricio, recurso que fue desestimado por sentencia de fecha doce de Enero de dos mil once, que confirmó en su integridad la sentencia recurrida.

En el presente juicio, el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación contra Gregorio, en el que solicitaba su condena por un presunto delito de lesiones del artículo 150 del Código Penal, a raíz de su participación en el encuentro que fue motivo de la celebración del juicio de faltas».

Visto el precedente relato fáctico, no hay duda de que la sentencia combatida y aquella que antes había sido dictada en el juicio de faltas participan de esos mismos hechos que, acaecidos el 23/06/2009, involucraron como denunciados/denunciados a Mauricio y a Gregorio. Coinciden, pues, esas dos identidades, objetiva y subjetiva, actúan como presupuesto de la cosa juzgada. (...)

Cierto es que, dentro del procedimiento del que aquí conocemos, los resultados lesivos correspondientes a las denuncias cruzadas entre Mauricio y Gregorio fueron calificados por la acusación pública como falta y delito de lesiones de los arts. 617.1 y 150 CP, infracciones de

las que respectivamente habrían de responder aquéllos (F. 87 y 88). Pero no lo es menos que en el juicio de faltas anterior el Fiscal únicamente interesó la condena de Mauricio, pidiendo en cambio «la libre absolución de Gregorio» (F. 146). Como asimismo remarcaba la STS núm. 1040/2009, de 30 de octubre, cuando estemos ante unos mismos hechos carecerá de significación, a los efectos de la cosa juzgada, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó (SSTS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre de 1994, 20 de junio y 17 de noviembre de 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998).

También lo es que, tras ciertas vicisitudes procesales (...) las presentes diligencias fueron elevadas a la Audiencia Provincial de Cádiz. Fue ante este órgano ante el que, llegado el momento de enjuiciamiento, la defensa de Gregorio aportó la sentencia previamente recaída en el repetido juicio de faltas. Antes hemos hecho alusión a la evidente vinculación de la excepción de cosa juzgada al elenco de garantías que asisten al justiciable, consecuencia de los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones. Procede ahora insistir en que la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, de modo que, resuelta por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona (STS de 24/04/2000), pues una de las primordiales garantías del acusado estriba en el derecho a no ser enjuiciado penalmente en más de una ocasión por unos mismos hechos. Semejante derecho, manifestación del citado principio «non bis in idem», resulta igualmente abarcado por el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en los arts. 24.2 CE y 14.7 PIDCP. La queja, por lo tanto, resulta invia-

ble desde esta perspectiva, para la que además se invoca un precepto procesal como es el art. 666.2.º LECrim, y no sustantivo (art. 849.1.º LECrim).

3. Tampoco desde las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva puede compararse el criterio del recurrente, en el sentido de tener que estimarse nula la sentencia dictada por el Juez instructor en el juicio de faltas, pues no se excedió en tal caso de su competencia funcional. Como ya hemos visto y se encarga de subrayar la Audiencia de instancia en el FJ 1.º de la sentencia, el Fiscal no sólo no recurrió la sentencia absolutoria recaída en el juicio de faltas, sino que ello era lógica consecuencia de su precedente petición absolutoria en la vista oral.

(...)

Finalmente, hemos de destacar que la sentencia de la que aquí conocemos data del 05/07/2011, de manera que fue dictada siendo ya meridianamente firmes ambos pronunciamientos derivados del juicio de faltas. El error que la propia acusación pública reconoce como cometido no puede ahora verse suplido «contra reo» mediante una subsanación que varíe, en perjuicio del acusado y contrariando las reglas acusatorias, el criterio seguido por el Ministerio Fiscal en instancias anteriores. En último término, declarada la existencia de la excepción de cosa juzgada, con la solución propuesta por el Fiscal quebraría además el deber de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, consagrado en los arts. 267 LOPJ y 161 LECrim, y derivado asimismo del art. 24.1 CE, en tanto que manifestación del derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, desde cualquiera de las interpretaciones posibles el motivo debe ser desestimado y, con él, el recurso en su integridad.

Sentencia 535/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de junio

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Entrada y registro. Asistencia de intérprete**

Recurso de Casación: **n.º 2165/2011**

Artículos: **24 CE, 545, 554 y 561 LECrim**

Tomando como guía interpretativa la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y partiendo de que el derecho a la asistencia de intérprete para quienes desconozcan el idioma es exigible también en la diligencia de entrada y registro, salvo en casos de urgencia, la Sala desestima el recurso recordando que para que pueda considerarse vulnerado el derecho de defensa, es preciso que la ausencia de intérprete haya ocasionado una real y efectiva indefensión lo que no sucedió en el caso examinado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo, por infracción de precepto constitucional al amparo del art 852 de la Lecrim, alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. (...) Frente a un despliegue probatorio incontrovertible, los recurrentes alegan la nulidad de la diligencia de entrada y registro en la embarcación, con el fin de desvirtuar la validez del elemento probatorio que acredita la tenencia de la droga. Fundamentan esta nulidad en el hecho de que siendo ciudadanos británicos, desconocedores del idioma español, no se efectuó la diligencia con la asistencia de un intérprete.

Tercero.—En el ámbito del espacio judicial europeo y en materia de interpretación adquiere una especial relevancia la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Esta Directiva, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de octubre, entró en vigor a los veinte días de su publicación pero aun no ha sido incorporada expresamente al derecho interno español, disponiendo los Estados miembros hasta el 27 de octubre de 2013 para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su cumplimiento.

En esta Directiva, aprobada a iniciativa del Reino de España, entre otros Estados miembros, se recuerda que la Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo que es esencial sostener el principio de reconocimiento mutuo, principio que debe convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión.

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar su aplicación.

El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no solo confianza en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagran el derecho a un juicio equitativo, mientras que el artículo 48, párrafo segundo, de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa. Pero aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que dicha pertenencia por sí sola no aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.

El refuerzo de la confianza mutua exige una aplicación más coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH.

El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento es uno de los derechos que se consagra en el artículo 6 del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Directiva a la que nos referimos tiene por objeto garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo.

Cuarto.—La citada Directiva, como hemos señalado, es posterior a la fecha de los hechos enjuiciados en este procedimiento (25 de agosto de 2008), pero puede servir de guía en la interpretación del derecho reconocido en el artículo 6.º del CEDH.

El art. 2.º de la Directiva establece que el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso.

Aun cuando la Directiva no cite de modo expreso la entrada y registro, es claro que como diligencia que afecta a los derechos fundamentales de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal y cuyo resultado puede ser utilizado como prueba en su contra, el derecho del imputado a la interpretación integrado en su derecho de defensa aconseja que se practique con intérprete, en caso de conocerse previamente el desconocimiento del idioma español por parte del imputado, y siempre que no lo impidan razones de urgencia, dada la especial naturaleza de la diligencia o la imposibilidad de disponer de un intérprete del idioma del imputado.

En el caso actual la detención de los acusados en alta mar, tripulando una embarcación que transportaba más de tres toneladas de hachís, y el tiempo necesario para su traslado al puerto de Ibiza, que es donde se practicó el registro autorizado judicialmente, permitía tener conocimiento previo de su desconocimiento del castellano

por parte de los agentes policiales que practica-ron la detención e interesaron la orden judicial de registro. Por otra parte, tratándose de ciudadanos británicos no cabe suponer que hubiese especial dificultad en disponer de intérprete de inglés en la localidad de Ibiza. Por ello ha de concluirse que en una interpretación respetuosa del derecho de defensa y de los mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, la Comisión Judicial que practicó la diligencia debió ir acompañada de intérprete.

Quinto.—Ahora bien, como ha señalado la Sentencia de esta Sala núm. 319/2008, de 4 de junio, no es suficiente con constatar que un inculpado es extranjero y precisa de intérprete en la práctica de una diligencia de entrada y registro para reputar vulnerado el derecho constitucional de defensa, es preciso que la ausencia de intérprete haya ocasionado una real y efectiva indefensión.

Se trata de una diligencia en la que no es precisa la presencia de Letrado y que se lleva a cabo, ordinariamente con urgencia, en presencia de los interesados pero en contra de su voluntad, bajo el control jurisdiccional asegurado por la asistencia del Secretario. Su objeto es la recogida de efectos, y no las manifestaciones de los acusados, por lo que cualquier prueba de ella derivada es objetiva, e independiente de la comprensión o no por parte de los imputados de la lengua del procedimiento. El auto que la acuerda no es susceptible de ningún recurso que pueda suspender la diligencia, por lo que ninguna oposición puede deducirse frente a su notificación, con independencia de que se trata de un acto concluyente que es fácilmente comprendido por cualquier ciudadano, aun desconociendo el idioma del procedimiento. La parte recurrente no señala haber observado ninguna irregularidad en la diligencia o actuación con la que pudiera manifestar disconformidad, o que le haya ocasionado algún perjuicio, al margen del hallazgo de las tres toneladas de droga. La declaración de los imputados se recibió más tarde, con la presencia del intérprete y letrado, revestida de todas las garantías, sin que conste que los imputados pusieran en conocimiento del

Letrado ninguna irregularidad o perjuicio que se pudiera deducir de la diligencia de entrada y registro por el hecho de que se realizase sin intérprete, para que el Letrado pudiera hacerlo llegar al Juez Instructor o al Tribunal enjuiciador.

En consecuencia ninguna alegación adu-

ciendo indefensión material se ha producido ni se produjo sobre la diligencia de entrada y registro, que pudiera tener alguna repercusión en la prueba y en la posterior condena de los recurrentes. El recurso se apoya en una alegación meramente formal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 578/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de junio

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Recusación**

Recurso de Casación: n.º 1536/2011

Artículos: 24 CE, 219 y 223 LOPJ, 786, 851 y 852 LECrim

Tras exponer la doctrina general sobre el derecho a la imparcialidad del Juzgador como una de las exigencias del Juez ordinario predeterminado por la Ley y los supuestos en que la adopción de medidas cautelares puede comprometerlo, la Sala desestima el recurso por razones procesales recordando la imposibilidad de emplear el cauce del art. 852 para canalizar en casación una pretensión relativa a la recusación que debió seguir el específico del art. 851.6.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

Segundo.—El segundo motivo de este recurrente invoca el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y (...) sostiene que los tres integrantes de la Audiencia Provincial que le enjuiciaron tenían que haberse abstenido al haber decretado previamente su prisión provisional.

(...)

El motivo ha de ser rechazado fundamentalmente por razones procesales, aunque se aludirá también a la perspectiva de fondo.

a) El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a un Juez imparcial, aunque no aparezca expre-

samente contemplado, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución (STC 45/2006, de 13 de febrero). La imparcialidad efectivamente puede quedar en entredicho si el Tribunal que enjuicia previamente ha adoptado resoluciones o ha entrado en conocimiento de la causa en forma tal que puedan haber despertado prejuicios. Pero en todo caso, la imparcialidad objetiva no se evapora por cualquier tipo de pronunciamiento anterior (fundamento jurídico 11 STC 170/2002, de 30 de septiembre). Habrá pérdida de la imparcialidad cuando esos pronunciamientos previos presupongan que el juez afectado ha entrado ya a valorar un material probatorio fáctico generado durante la instrucción y, por tanto, con la ausencia de las garantías propias del plenario, y puedan dar a entender que se ha producido ya un prejuicio sobre la culpabilidad. No basta haber adoptado algunas decisiones sobre el asunto para que un Magistrado o un Tribunal quede «contaminado» en la expresión que ha hecho fortuna. En este

terreno hay que moverse guiados por un sano casuismo y así lo hacen tanto este Tribunal como el Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La STEDH de 24 de mayo de 1989 (caso HAUSCHILDT) proclama que no basta el simple dato de haber tomado decisiones de fondo. Y la sentencia del mismo Tribunal de 25 de julio de 2002 (caso PEROTE) precisa que sí habrá motivo para dudar de la imparcialidad objetiva cuando esas decisiones previas impliquen un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado. (...)

A conclusiones similares se llega si volvemos la mirada a la jurisprudencia interna. La resolución sobre la situación o la adopción previa sobre medidas cautelares puede afectar a la imparcialidad (sentencias 145/1988, 11/1989 ó 320/1993 del Tribunal Constitucional), pero eso no siempre y necesariamente. La existencia de un debate contradictorio previo (sentencia 106/1989), o la ubicación del órgano que resuelve sobre la medida cautelar en una posición menos implicada en la instrucción (sentencia 60/1995) pueden representar circunstancias que eviten la contaminación y permitan enjuiciar los hechos con plena legitimidad constitucional al órgano judicial que resolvió previamente sobre una medida tan gravosa como es la privación de libertad cautelar (sentencia 60/1995 que analiza el tema en relación con el proceso de menores). La resolución sobre recursos contra autos de prisión no necesariamente arroja una sospecha de parcialidad en los magistrados que resuelven (Auto del Tribunal Constitucional 100/1998).

La más reciente STC 143/2006, de 8 de mayo analiza un caso similar: el enjuiciamiento por una Sala dos de cuyos integrantes habían dictado previamente un auto de prisión. Tras la inicial aseveración de que la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional es una de las actuaciones que, abstractamente consideradas, pueden generar en quienes las efectúan un prejuicio o idea preconcebida acerca de la participación del imputado en los hechos enjuiciados y de su culpabilidad, no hay que anudar a ella necesaria e inevitablemente esa pérdida de imparcialidad objetiva. En el caso concreto analizado el hecho de que la medida de prisión provisional hubiese sido acordada por

la Audiencia Provincial cuando ya está abierto el juicio oral, y por tanto otro órgano judicial ha considerado que existen indicios suficientes para considerar a los imputados autores de una infracción penal, que, por otra parte, está ya calificada por la Acusación con una petición concreta de penas y una descripción de los hechos que el Juez de Instrucción ha reputado razonablemente fundada, lleva al Tribunal Constitucional a denegar la petición de amparo. No habría motivos para dudar de la imparcialidad: la delimitación de los hechos a enjuiciar y la participación en ellos que se atribuye al acusado es realizada por el Juez de Instrucción. Por tanto, la valoración indiciaria que de lo actuado se deriva le viene dada a la Audiencia Provincial. Ese órgano ha de adoptar las medidas necesarias para asegurar la celebración del juicio.

Es cierto que no puede exacerbarse el valor de ese precedente pues es precisamente el que fue analizado por el TEDH en su sentencia de 26 de octubre de 2010 (caso CARDONA SE-RRAT) a la que alude el recurrente. La Corte supranacional llegó a una conclusión diferente a la del Tribunal Constitucional: los términos utilizados por la Audiencia para decretar la prisión y especialmente la referencia al art. 503.3 LECrim llevaron a la estimación de la demanda. Hay que hacer notar aquí que se está contemplando una antigua redacción de tal precepto en el que se decía que la adopción de la medida de prisión preventiva exigía como tercer presupuesto «Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión». No es argumento, según el Tribunal, para evaporar las dudas sobre la parcialidad, el hecho de que funcionalmente el ordenamiento interno sitúe en el órgano de enjuiciamiento las decisiones sobre libertad en esa última fase del proceso.

En todo caso conviene advertir que el Tribunal sigue manteniendo esa forma casuística de abordar estos problemas de imparcialidad objetiva. Antes de llegar a esa conclusión la referida sentencia se ha cuidado de puntualizar recordando su previa doctrina que no toda decisión que suponga la privación de libertad cautelar de una persona lleva anudada necesariamente esa

«contaminación» y que «in casu» sólo la apreciación de los términos concretos usados en la decisión puestos en relación con el citado art. 503 conducía al Tribunal a su decisión proclamando que se había producido una violación del art. 6.1 del Convenio.

Tal resolución sin duda milita a favor del argumento del recurrente. Pero no es concluyente en absoluto. Hay motivos para considerar que en el presente asunto no cabe ofrecer la misma solución:

1. Se trata de una resolución dictada tras una vista contradictoria y a instancia de la Acusación. El Tribunal no pierde su posición imparcial frente a partes contrapuestas ni adopta iniciativa alguna.
2. No estamos ante una actividad de instrucción, sino ante una medida cautelar que en la fase en que nos encontramos debe adoptar el Tribunal. No existe incompatibilidad funcional (noción preferida por algunos para analizar esta materia frente a la de imparcialidad objetiva) como sí existe entre las funciones de juzgar e investigar.
3. La Audiencia no necesita entrar en contacto con el material recabado durante la investigación para realizar un juicio indiciario sobre su solidez. Esa valoración previa —el llamado «juicio de acusación»— ha sido verificado ya por otro órgano judicial que ha decretado la apertura del juicio oral, considerando de esa forma indiciariamente fundado el relato de hechos y la atribución de su participación a los acusados realizado por la Acusación Pública.
4. En ese contexto la Audiencia conoce igualmente el marco penológico establecido para esos hechos sin necesidad de ninguna implicación.
5. En sí mismo analizado el Auto tras recoger diversa jurisprudencia constitucional sobre los fines de la prisión preventiva, pone el acento en el riesgo de fuga que deduce de la gravedad de las penas, de la naturaleza del delito imputado (que supone una mayor capacidad económica), y de la condición de no nacionales de las dos personas frente a las que se decretó la medida. Se hace protesta

expresa de la presunción de inocencia que ampara a los acusados mientras no exista pronunciamiento firme de culpabilidad.

Se habla igualmente en la resolución de la necesidad de evitar una «reiteración delictiva». La expresión no es afortunada, pero esa inadecuación no es atribuible a la Audiencia sino a una nomenclatura legal tan poco precisa como extendida. La fórmula «evitar la reiteración de hechos delictivos» es una cláusula de estilo que no es atinada si se analiza con rigor, pero que tal y como se utiliza habitualmente —tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la propia legislación— no supone un juicio de culpabilidad respecto de la condición de culpable de quien por definición solo es imputado. Cuando, el reformado art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de acordar la prisión preventiva para «evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos» literalmente está dando por supuesto que hay que suponer cometido el que ha determinado la prisión preventiva (lo cual por definición sería contrario a la presunción de inocencia). El uso de esa cláusula clásica sin embargo es el que autoriza esa grave imprecisión que, sin embargo, ningún jurista entiende en el sentido literal y que por tanto no permite extraer deducciones sobre prejuicios. (...)

La adopción de una medida cautelar por definición exige dos presupuestos: el «*fumus boni iuris*» y el «*periculum in mora*». La valoración del segundo nada puede afectar a la imparcialidad objetiva. La del primero sin embargo por definición supone en el proceso penal la atribución indiciaria del hecho ilícito a la persona afectada por la medida y aquí nos podemos adentrar —al menos en los parámetros que maneja el TEDH— en cuestiones de imparcialidad objetiva, aunque el ordenamiento establezca un procedimiento contradictorio. Cuando ese juicio sobre la verosimilitud, racionalidad y fundamentación de los datos que apuntan hacia la responsabilidad penal de una determinada persona le viene dado ya al órgano llamado a resolver sobre la prisión preventiva, sin poder prescindir totalmente de él, sí que habrá de ponderar sobre todo el segundo factor, el «*periculum in mora*». En ese exclusivo territorio se ha movi-

do la Audiencia Provincial al decretar la prisión preventiva. La fundabilidad de la atribución de los hechos por los que se acusaba había sido ya positivamente valorada por otro órgano judicial: el instructor.

Existen pues algunas diferencias entre el asunto resuelto por el TEDH en su sentencia de 26 de octubre de 2010 y el ahora analizado. Pero entre todas destaca una especialmente singular. En aquél asunto los afectados habían procedido en tiempo, inmediatamente, a recusar a los Magistrados afectados exteriorizando así de forma clara e inequívoca sus dudas sobre su posible pérdida de imparcialidad. En el presente asunto no se ha hecho así. Eso es relevante no solo a efectos procesales —lo que se analizará enseguida— sino también desde una perspectiva más objetiva. Si los directamente afectados no expresan esas dudas sobre la imparcialidad, están viniendo a aceptar que no las tenían y que objetivamente no encontraron en la resolución ninguna razón de fondo que les despertase inquietudes sobre un posible prejuicio nacido de un sumergirse en las actuaciones desarrolladas durante la instrucción para buscar los indicios que avalaban esa medida. Ese juicio estaba ya formulado. La Audiencia había de limitarse a dilucidar si en ese contexto procesal (una acusación por delitos graves con características muy específicas; una resolución judicial considerando fundada esa acusación; dos acusados no nacionales y por tanto en los que es razonablemente presumible una mayor facilidad para abandonar el territorio nacional; y un juicio oral de inminente celebración) existía un peligro de fuga suficiente para adoptar esa decisión. La cuestión ha de examinarse atendiendo a las características del caso concreto. La actuación de los afectados ilustra también. Si, conocidos los datos objetivos sobre los que se construye la sospecha, la parte acepta al Tribunal, pudiendo no hacerlo, no parece que sus dudas sobre la imparcialidad tuvieran la suficiente consistencia, incluso para la propia parte interesada que sólo en un momento final las exteriorizó.

b) El excurso anterior sirve para no dejar al menos sin una contestación el fondo del motivo. Pero lo decisivo para repeler el motivo es la extemporaneidad de la solicitud, temática en

la que ha desembocado ese previo análisis. La petición evacuada para apartar a la Sala del conocimiento del asunto fue formulada extemporáneamente y de manera camuflada. Se esperó al momento en que ya se había iniciado el juicio oral para en el trámite de cuestiones previas sugerir a los componentes de la Sala de enjuiciamiento que se abstuviesen pues esas resoluciones previas les «contaminaban». Una petición de abstención no es más que una recusación. Seguramente y con habilidad procesal se usó ese rodeo —petición de abstención, en lugar de recusación— para esconder el flagrante incumplimiento de los rigurosos requisitos temporales que condicionan la recusación. Y ahora en lugar de utilizar el cauce procesal del art. 851.6.º de la Ley Procesal, se acude a un motivo por infracción de precepto constitucional amparado en el art. 24 de la Constitución. El art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y su complemento, el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no pueden convertirse en un fácil expediente para burlar los requisitos del resto de los motivos de casación por quebrantamiento de forma (STS 430/2000, de 17 de marzo). Y la invocación del art. 852 en lugar del art. 851.6.º no permite a la parte escapar de los condicionantes de este precepto. Si fuese así, sobra el art. 851 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por la vía del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno.

Para salir al paso de esa objeción, que el recurrente intuye, se invoca la STS 1372/2005 de 23 de noviembre en la que se abrió una puerta a la flexibilidad en aras del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero las circunstancias de ese caso eran peculiares y no permiten extraer de ahí la idea sugerida por el recurrente de que en todo caso y hasta el inicio del juicio se puede suscitar ese incidente. «Lo trascendente —explica la sentencia aludida tras insistir en la insoslayable regulación orgánica sobre el momento preclusivo para plantear la recusación— es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal

oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales».

Si finalmente en la sentencia invocada esta Sala entra al fondo de la cuestión al resolver el recurso de casación y estima el recurso por considerar que no se había respetado el derecho a un juez imparcial, es atendiendo a que el acusado varios días antes de la fecha señalada para el comienzo de las sesiones había puesto ya de manifiesto en escrito dirigido al Tribunal su posible «contaminación» derivada de resoluciones dictadas previamente, y no había recibido respuesta alguna por parte del órgano jurisdiccional lo que le abocó a replantear la cuestión en el trámite del art. 786.2 de la LECrim. Ese escenario permite deducir sin dificultad que la respuesta hubiera sido distinta si no hubiese existido ese previo planteamiento con antelación al inicio de las sesiones del juicio oral. No puede colegirse de esa sentencia que con carácter general ese trámite de cuestiones previas es hábil para suscitar una cuestión sobre la imparcialidad del Tribunal, abriéndose así en el procedimiento abreviado una vía paralela a los reglamentados trámites de la recusación.

El art. 851.6.^a de la LECrim establece un motivo de casación específico para combatir las resoluciones dictadas por un Tribunal en que alguno de sus componentes estuviese afectado por una causa de recusación, y expresamente exige que esa recusación se haya intentado «en tiempo y forma». El artículo 223.1 LOPJ dispone que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. Especificando establece un plazo de diez días como término máximo desde el momento en que se conozca la identidad del juez o magistrado que pudiera estar afectado, si ya se conocía la causa de recusación. Será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posi-

ble hacerlo en el momento procesal adecuado (SSTS 1288/2002, de 9 de julio o 1431/2003, de 1 de noviembre). La falta de imparcialidad objetiva por la adopción de previas decisiones que puedan ensombrecer no solo la capacidad de resolver sin prejuicios sino incluso la apariencia de imparcialidad ha de ser tratada como una causa de recusación reconducible al art. 219.11.^a LOPJ.

La relevancia que otorga la ley a la interposición tempestiva del incidente de recusación no es un simple tributo al buen orden procesal o a la agilidad. Detrás se detectan razones de más calado: salir al paso de estrategias procesales teñidas de fraude como el reservarse esa posible «baza» para enarbolarla solo en el caso de que el resultado de la sentencia no sea conforme con los propios intereses. De esa forma se obtendría siempre una doble posibilidad de que prosperen las propias pretensiones. Si la primera sentencia dictada no se acomoda a esos intereses se conseguirá su anulación arguyendo la falta de imparcialidad, y se logrará otro enjuiciamiento ante un órgano distinto. Esa es la fundada apariencia que trasluce la pretensión de este recurrente. Al menos desde octubre de 2010 (Auto de admisión de pruebas) conoce la composición de la Sala que asumía el enjuiciamiento y la fecha señalada para el comienzo de las sesiones: 1 y 2 de febrero de 2011 (diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2010). Lógicamente sabía de sobra que una Sala con esos integrantes había decretado como medida cautelar la prisión preventiva. Pero no aduce nada al respecto en los meses que transcurren hasta el comienzo de las sesiones pese a que sí dirige algunos escritos a través de su representación procesal relativos a otras cuestiones.

Esperar al momento del acto del juicio oral cuando ya se han cumplimentado todos los preparativos, se han efectuado las citaciones, están las partes presentes y convocados testigos y peritos; se han habilitado días para un juicio que se presume de mayor duración de la habitual y además con persona en situación de prisión preventiva, es revelador de una actitud o desidiosa, o poco armonizable con la buena fe procesal (art. 11 LOPJ). Se aproxima más a una estrategia de futura defensa que a un deseo real de apartar a

ese Tribunal del conocimiento del asunto. Esa exclusión del enjuiciamiento sólo se perseguirá de forma decidida si la sentencia es condenatoria. Para lograr un primer enjuiciamiento y mantener viva esa posible queja en caso de sentencia condenatoria, la fórmula articulada es habilidosa. Se suscita la cuestión con una fórmula que está abocada al rechazo (petición de abstención) y en un momento tan avanzado del procedimiento en que es lógica la mayor reticencia a decretar una suspensión salvo que concurren razones poderosas. ¿Era esperable que los componentes de la Sala que no se habían abstenido —art. 217 LOPJ— lo hiciesen por esa sugerencia? ¿Era razonable si no se compartían las razones para la abstención canalizar la petición como recusación provocando la suspensión con desprecio de toda la regulación de la LOPJ? ¿Qué razones podían existir para no haber hecho notar con anterioridad esa cuestión?

Es más, en el presente caso esta misma defensa al ser notificada del auto de 30 de agosto de 2010 por el que se rechazaba el recurso de súplica contra la prisión provisional decretada era ya advertida, en un contexto diferente, de la necesidad de activar tempestivamente el mecanismo de la recusación si quería hacer valer posteriormente una supuesta falta de imparcialidad objetiva: fundamento de derecho segundo del auto de 30 de agosto de 2010 obrante a los folios 199 y 200 del rollo de Sala.

La ausencia de esa recusación en tiempo, por fin, se erige también en un argumento vinculable al fondo tal y como se ha expresado antes. Se ha hablado ya del sano casuismo que rige en este campo de la imparcialidad objetiva. Pues bien precisamente el hecho de que disponiendo de varios meses para hacerlo las partes no hayan exteriorizado ningún recelo frente al Tribunal por haber conocido de las peticiones de prisión preventiva, y por tanto hayan prescindido del instituto de la recusación es una manifestación de que

no se había perdido tampoco esa apariencia de imparcialidad, al menos a los ojos de las partes. No es imaginable dada la preparación demostrada por las direcciones técnicas, que se tratase de una omisión fruto de una negligencia o desconocimiento de esas reglas procesales que rigen la recusación. La parte debería haber intentado una recusación y eso es lo que en el fondo hizo en su alegato preliminar, pero de forma ya tardía y en la convicción de que eso determinaría el rechazo liminar. El art. 851.6.º exige para que se pueda mantener viva una eventual queja por falta de imparcialidad del Tribunal que se haya intentado previamente la recusación en tiempo y forma. No es factible mantener oculta esa «carta» (valga la expresión por lo que tiene de plasticidad), para exhibirla solo en el caso de que la resolución del Tribunal no se ajuste a los propios intereses, a cuyo fin basta con ponerla encima de la mesa solo en un momento tan avanzado del proceso en que sea más que pronosticable su rechazo por intempestiva para al mismo tiempo recuperar ese discurso en caso de que surja la necesidad de una impugnación. Si hay sospechas de parcialidad y por tanto fundamento para la recusación hay que hacerlas valer (art. 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en el mismo momento en que se tenga noticia de ello (vid. sentencia del Tribunal Constitucional 229/2003, de 18 de diciembre). Esperar al inicio de las sesiones de un juicio oral cuya preparación ha requerido especiales esfuerzos y para el que se ha habilitado más de un día, para hacer esta alegación no es actitud conciliable con la buena fe procesal. Las partes habían de ser conscientes de que nada permitía una suspensión del juicio. O consentían con una dilación derivada del acogimiento; o únicamente buscaban aprovisionarse de un argumento más para el caso de que la sentencia no les fuese favorable.

El motivo en esta primera vertiente ha de decaer.

Sentencia 579/2012, Sala Segunda del TS, de 28 de junio

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Conformidad y principio de igualdad**

Recurso de Casación: **n.º 1559/2011**

Artículos: **14 y 24 CE y 787 LECrim**

Sentencias: Conformidad. Doctrina general sobre el instituto de la conformidad que aplicada en el caso de autos supone la desestimación del recurso al no entrañar vulneración alguna del principio de igualdad el hecho de que se hubiera impuesto al acusado que no se conformó con la calificación de la acusación pena superior a la del resto de acusados que sí lo hicieron.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El motivo tercero, por igual cauce que el anterior denuncia quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la falta de motivación de la pena, así como se estima quebrantado el principio de igualdad.

Toda esta panoplia defensiva la pone en relación con la pena que le fue impuesta. Esta fue de tres años de prisión.

Por lo que se refiere a la motivación, quizá con excesiva sobriedad, en la sentencia se dice que «al acusado Ernesto tres años de prisión y multa». Hay que recordar que este recurrente fue condenado como autor de un delito contra la salud pública de drogas que no causan grave daño, concurriendo notoria importancia, y pertenencia a organización. En este caso, Ernesto era integrante —no jefe— de la misma, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

En esta situación la pena es correcta y está proporcionada a la gravedad de los hechos y al grado de culpabilidad del recurrente. Por lo que no hay lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que se refiere a la quiebra del derecho a la igualdad porque a los otros condenados que se conformaron se les ha impuesto una pena inferior —dos años—, hay que decir que la responsabilidad penal es personal no seriada, por lo tanto la simple comparación de distintas penas impuestas a personas diferentes por he-

chos análogos no supone *sic et simpliciter* una quiebra del derecho a la igualdad, y en este caso hay un hecho diferencial que justifica a juicio de la Sala el trato diferente.

Como se dice en la propia sentencia —f.jdco. séptimo— trece de los imputados mostraron su conformidad con la calificación del Ministerio Fiscal. Tal conformidad no se produjo en relación al recurrente, y por ello el Tribunal tras estudiar las pruebas de cargo y de descargo, al llegar al juicio de certeza sobre la autoría del recurrente ha impuesto la pena que estimó proporcionada con independencia de la impuesta a los que se conformaron.

El instituto de la conformidad penal, está teniendo una creciente relevancia en el sistema de justicia penal como se acredita en el procedimiento para enjuiciamiento se pide de determinados defectos —arts. 795 y siguientes LECriminal—, en la que se establece un novedoso sistema de conformidad premial que se traduce en la rebaja *ex lege* de un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal.

Este precedente legislativo tiene el valor de acreditar que la conformidad del imputado no es indiferente para el sistema de justicia penal, antes al contrario, le hace merecedor de un premio traducido en una rebaja de la pena, y ello por dos razones:

- a) La aceptación de los hechos y la asunción de la responsabilidad contraída constituye

un ejercicio de autocritica por lo realizado, y supone un buen pronóstico para la vida futura del concernido. Este reconocimiento del daño causado refuerza, consolida y legítima al propio sistema de justicia penal en la medida que la aceptación de la pena por el hecho cometido supone una manifestación relevante de la aceptación de la Ley penal consolidando los procesos de convicción social sobre el respeto a la misma.

- b) La conformidad tiene otra consecuencia, al descargar al sistema de la encuesta judicial con todas las investigaciones necesarias, y ello, qué duda cabe supone un efecto positivo para el sistema, que incluso tiene su traducción en una reducción de costes.

Por lo tanto, la conformidad no es algo neutro o indiferente, y por ello merece una respuesta penal que la tenga en cuenta.

Pues bien, en el presente caso, es cierto que otros condenados en la sentencia efectuaron unas labores de vigilancia y transporte de droga del todo semejantes a las del recurrente. Estas personas se conformaron con la pena que les ofreció el Ministerio Fiscal y el Tribunal les impuso —algo inferior a la impuesta al recurrente—, como no podía ser menos. Esto no ocurrió con el recurrente, que en ejercicio de su derecho decidió manifestarse inocente. El hecho de que el Tribunal le haya impuesto tres años de prisión —frente a los dos años a aquéllos que se conformaron— no exterioriza un castigo sino una individualización correcta de la pena valorada por el Tribunal, que impuso la misma pena que para dicho imputado solicitó el Ministerio Fiscal.

No ha habido quiebra del principio de igualdad.

Procede la desestimación del motivo.

Sentencia 480/2012, Sala Segunda del TS, de 28 de junio

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Delitos contra la seguridad vial. Recurso de revisión**

Recurso de Revisión: n.º **20532/2011**

Artículos: **384 Código Penal y 954 LECrim**

Delitos contra la seguridad del tráfico: Se estima el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que había condenado al recurrente por un delito contra la seguridad vial del artículo 384 del Código Penal, al haberse anulado con posterioridad la decisión administrativa en que se acordaba la pérdida de puntos determinante de la privación del permiso de conducir.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el presente caso Eladio interpone recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que le condenó como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 384, párrafo primero, del C. Penal, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial al desestimar el recurso de apelación. La condena tiene su base en que el acusado condujo la furgoneta Ford Transit, matrícula I-...-MZ, por la

vía pública, el 6 de marzo de 2009, a pesar de que su permiso de conducción no estaba vigente debido a la pérdida de los puntos asignados legalmente. (...)

El recurrente se apoya en el art. 954.4.º LECrim. y a tal fin alega que, con posterioridad a la condena penal, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha dictado una sentencia, de fecha 27-4-2011, en la que declara la nulidad de la resolución de 12-12-2008 de la Jefatura Provin-

cial de Tráfico de Asturias, por la que se decidió la pérdida de vigencia por agotamiento de los puntos asignados de la autorización para conducir de Eladio y de la ulterior Resolución de 30-4-2009 del Director General de Tráfico, confirmatoria de aquella.

El precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se apoya el recurrente, anteriormente transcrito, requiere como presupuesto de aplicación la toma de conocimiento, en momento posterior a la sentencia penal, de hechos o datos de patente relevancia probatoria, que, de haber estado a disposición del Tribunal sentenciador por su particular significación, habrían tenido como resultado la modificación del sentido del fallo.

Dos son por tanto los requisitos que exige el precepto procesal en que se ampara el motivo para la prosperabilidad de la revisión. Primero, que se trate de circunstancias o datos que hasta ese momento hubieran sido ignorados y, por tanto, no tenidos en cuenta al dictarse sentencia, aunque fueran anteriores a ella; y, segundo, que evidencien, sin asomo de duda alguna, el error padecido al juzgar. Lo trascendente por tanto no es que el hecho sea nuevo, sino que fuera desconocido y que por él se justifique el error, evidencie la inocencia o la necesidad de rectificar la condena y sustituirla por otra más beneficiosa para el reo, aunque esta última peculiaridad no responda exactamente a la literalidad de la norma.

Pues bien, aunque la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo dictada el 27 de abril de 2011, que dejó sin efecto la resolución de la Jefatura de Tráfico de Asturias (de fecha 12-12-2008) que acordó la pérdida de vigencia por agotamiento de los puntos asignados al solicitante para poder conducir vehículos de motor, despliega sus efectos en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ello no quiere decir que carezca de toda repercusión en el ámbito penal. Pues si la privación del permiso de conducir del interesado se fundamentó en una sanción administrativa y esta a su vez era la base para que concurriera uno de los elementos objetivos del tipo del art. 384 del C. Penal, resulta obvio que la validez y eficacia de la resolución administrativa era condición imprescindible para

que se aplicara la norma penal y se dictara en el proceso seguido contra el acusado una sentencia condenatoria.

Así las cosas, ha de entenderse que la nulidad de la sanción administrativa privativa del carnet de conducir sí tiene relevancia a los efectos de una posible revisión de la condena penal, dado que determinó la desaparición de uno de los pilares del tipo penal en que se sustentó la condena.

De otra parte, conviene advertir que lo que ahora se dilucida es la posible revisión de una condena por un delito contra la seguridad vial previsto en el art. 384 del C. Penal. Este precepto, en su párrafo primero, dice lo siguiente: «El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días».(...)

El tipo penal tiene, pues, la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para el tráfico viario atribuibles a la conducta de quien, debido al número de sanciones, ha mostrado su peligrosidad para los bienes jurídicos que tutela la norma penal. Estos bienes son la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado, y como bienes indirecta o mediamente tutelables la vida y la integridad física de los sujetos que pudieran resultar perjudicados por la conducción peligrosa. No estamos, en consecuencia, ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino que el tipo penal del art. 384, párrafo primero, tutela bienes jurídicos personales a través de la protección de la seguridad del tráfico. Por lo cual, en el caso de que se constate que se anularon las sanciones administrativas que sirvieron de base para entender que el interesado era una persona que incurría en conducciones peligrosas, como es este caso, se pone en cuestión la aplicación de la norma penal al no constar acreditados los comportamientos peligrosos que fundamentaron el pronóstico de riesgo sobre el que se apoyó la aplicación del art. 384 del C. Penal.

Desde una perspectiva estrictamente penal, lo que realmente sucede es que el tipo aplicado contiene un elemento normativo objetivo, cual es la pérdida de la vigencia del carnet de conducir por el automovilista imputado, elemento imprescindible para aplicar la norma penal y dictar una condena en ese ámbito. Una vez que falta ese elemento por haber declarado la nulidad de la privación de carnet la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo, es claro que el tipo delictivo aplicado se ha quedado sin el soporte fáctico-normativo que permitía subsumir la conducta del automovilista en la norma

penal y dictar la correspondiente condena. Y es que ya no hay base para estimar que hubiera sido menoscabado el bien jurídico penal que legitimaba la activación del ordenamiento punitivo.

A tenor de lo argumentado, es claro que procede estimar el recurso de revisión y declarar la nulidad de la sentencia dictada el 19 de marzo de 2009 por Juzgado de lo penal n.º 4 de Oviedo, en el juicio rápido n.º 19/2009, y confirmada después por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo (Rollo 91/2009), por la que se condenó a Eladio como autor de un delito contra la seguridad vial.

Sentencia 571/2012, Sala Segunda del TS, de 29 de junio

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Prevaricación judicial**

Recurso de Casación: **n.º 2171/2011**

Artículos: **446 y 447 Código Penal**

Prevaricación judicial: En un caso que ha tenido gran trascendencia mediática, el Tribunal Supremo califica el hecho como prevaricación judicial dolosa, frente a la condena por prevaricación imprudente de la Sala de Instancia. Un voto particular discrepante entiende que el Juez debió ser absuelto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.—La sentencia cuyo recurso de casación nos corresponde estudiar condena al magistrado juez D. Octavio, titular del Juzgado n.º 7 de Familia de Sevilla, como autor de un delito de prevaricación por imprudencia. Formaliza la impugnación el condenado y la acusación particular. El primero, además de quebrantamientos de forma, que han sido renunciados en la vista del recurso de casación, denuncia la vulneración de derechos fundamentales, entre los que destaca la denuncia por vulneración del principio acusatorio que, entiende, se ha producido al ser condenado por delito de prevaricación imprudente cuando había sido acusado en la modalidad dolosa de la prevaricación. La acusación particular denuncia esa subsunción del hecho en la imprudencia, cuando, a su juicio, la punición

de los hechos debió ser realizada en el tipo doloso de prevaricación. También por infracción de ley la defensa denuncia la comisión culposa de la prevaricación. Premisa de ambas impugnaciones es la existencia de una resolución injusta, que cuestiona la defensa del magistrado condenado y es afirmada por la acusación particular con apoyo en la sentencia impugnada.

(...)

Segundo.—Abordaremos en este fundamento la cuestión central del delito de prevaricación, la existencia de una resolución injusta, que ha sido negada en la impugnación de la defensa, y defendida en la de la acusación. El tribunal ha declarado que existe una resolución manifiestamente injusta, típica de la prevaricación por imprudencia, valoración jurídica que supone un plus en el concepto de la resolución injusta.

La exigencia de la resolución injusta es un requisito de la tipicidad del delito de prevaricación doloso e imprudente y se integra como elemento nuclear de la tipicidad de la prevaricación. La diferenciación en orden a la calificación de la resolución es que, en el delito doloso, la resolución ha de ser injusta, en tanto que en la modalidad imprudente, la resolución ha de ser manifiestamente injusta. La diferencia entre una y otra implica una valoración de mayor gravedad sobre el contenido de la injusticia de la resolución.

Nuestra jurisprudencia en orden a la concepción de lo que debe entenderse por resolución injusta ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles. Entre ellas, claro está, la que resulta de órganos de la jurisdicción superiores en el orden al que se actúa. En este último argumento se apoya la defensa del juez para negar la injusticia de la resolución.

En nuestra reciente jurisprudencia se ha compendiado la doctrina sobre la prevaricación (STS 101/2012, de 27 de febrero) en los siguientes términos: «En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o

cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)». Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos la particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa; y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse «sic et simpliciter» los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como «esperpéntica», «apreciable por cualquiera», etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

Dijimos en la Sentencia 101/2012, de 27 de febrero y reproducimos que: «La falta de acierto en la legalidad y la injusticia no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada».

Por último, la resolución será injusta tanto cuando se refiere a la aplicación arbitraria de una norma sustantiva al hecho sujeto a decisión, como cuando la actuación judicial se realiza, de forma arbitraria, fuera de competencia o sin observar las normas del proceso debido.

(...)

Cuarto.—Desde el siguiente elemento de la tipicidad, el subjetivo, resulta clara la calificación de dolosa de la conducta del acusado.

Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente,

pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos.

Desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictado con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO MONTERDE FERRER AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA CON RESPECTO A LA SENTENCIA N.º 571/2012, DE 29 DE JUNIO, DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN 2171/2011

I. Con todo el respeto acerca del parecer mayoritario de los miembros de este Tribunal, reflejado en la sentencia de referencia, aunque comparto la doctrina jurisprudencial expuesta, con los precedentes que se viene a citar, discrepo de la calificación que efectúa de los hechos declarados probados en la instancia, admitiendo la tipificación en el delito de prevaricación dolosa, prevista en el art. 446.3.º del CP y dando lugar con ello al motivo por infracción de ley formulado por la representación de la acusación particular, puesto que entiendo que en el caso que nos ocupa no se da tal delito, que el motivo aceptado no debió haber prosperado, y que el acusado debió haber sido absuelto de todos los cargos contra él formulados.

II. En primer lugar, considero que la formulación del motivo de la parte querellante, no sólo «no es del todo precisa», como el parecer de la mayoría indica, sino que incorrectamente designa, —como se viene a reconocer— no un precepto penal sustantivo, sino uno «del Código civil y una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial reguladora de la atribución competencial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer».

La mayoría, pese a calificar de «errónea esa formulación», entiende que ello no supone que no se pueda analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo, en el que afirma que refiere el error en la aplicación de los preceptos que designa. Y entiende que, para la parte recurrente —siendo este el fundamento de su queja— se debió de calificar de dolosa la prevaricación, que el tribunal de instancia ha declarado imprudente; considerando el recurso que, si no lo ha hecho ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código Civil y de la LOPJ que designa. De modo —concluye— que aunque la impugnación no es precisa, es clara en su razón de pedir: la condena por prevaricación dolosa.

Pues bien, aun cuando generosamente, con el fin de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, pueda aceptarse como quebrantado un precepto que suponga la inaplicación de instituciones de carácter procesal necesarias (cosa juzgada, competencia, etc.) para la realización de la justicia, pues, es doctrina generalmente aceptada que, desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido, las normas procesales pueden adquirir un contenido sustantivo que permita su inclusión en el n.º 1 del art 849 LECrim, lo que es claro es que ha de atenderse al total contenido de la alegación de la parte, y no pasar, como sobre ascuas, respecto de parte fundamental del mismo.

III. En efecto, la base de la argumentación de la recurrente se encuentra en la imputación al acusado —y aún a la Audiencia provincial de Sevilla, y hasta al magistrado firmante del voto particular discrepante de la mayoría de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía—, de haber infringido el art. 87 ter.3 de la LOPJ, que establece la competencia exclusiva

y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que realizó «a sabiendas», como especialista en la materia, con obras publicadas defendiendo la aplicación de tal norma.

El criterio de la mayoría (FJ tercero) parece dirigido a no examinar esa afirmación básica del motivo de la recurrente, ni el alcance del precepto invocado —que es en todo momento ignorado— y se limita, manifestando admitir la calificación efectuada en el FJ décimo por la sentencia de instancia, a calificar de «injusta» la resolución dictada por el acusado, dando por hecho que «vulnera la norma de atribución competencial», pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre; y que el auto dictado no dirime el conflicto, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Y se afirma que el acusado no ha seguido las reglas del proceso debido, pues se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor... ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Y concluye la mayoría señalando «que tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido, y en fin al propio contenido material de la decisión, hacen que, en su conjunto, deba ser tenida por resolución injusta».

Y aunque la petición de convertir en dolosa la calificación de la parte recurrente en su motivo por el art. 849.1.º, se exterioriza en algún pasaje de su argumentación, ésta discurre por senderos distintos a los esgrimidos en la sentencia de la mayoría para atender esa solicitud. En el ámbito de un recurso no opera el principio acusatorio, pero sí la necesidad de salvaguardar plenamente el principio de contradicción sobre todo cuando el recurso es *contra reo*. Diferente

sería si nos enfrentamos a un recurso interpuesto por el condenado donde se ha llegado incluso a presumir una voluntad impugnativa en materias ni siquiera invocadas. Pero en un recurso planteado por una acusación para reclamar la condena o agravarla la capacidad del Tribunal ad quem de elaborar su discurso para acoger la petición por derroteros que estén al margen o mucho más allá de la exposición realizada por quien recurre ha de tener como límite la salvaguarda del principio de contradicción; es decir constatar que la parte recurrida ha tenido ocasión de rebatir o discutir las razones que propician la estimación del recurso.

A eso se limitó el condenado al impugnar el primero de los motivos de la acusación particular, sin adentrarse en otras cuestiones que ahora en la sentencia de la mayoría afloran como determinantes de la estimación del motivo. Aunque el marco contextual procesal es muy diferente, puede predicarse de un recurso extraordinario como es la casación, especialmente cuando el recurrido es la parte pasiva del proceso penal, las limitaciones que el TC impone en un recurso de amparo: el Tribunal no puede ni suplir los razonamientos del demandante; ni reconstruir de oficio la argumentación de la demanda (SSTC 76/2007, de 16 de abril, 226/2002, de 9 de diciembre o AATC 5/2002, de 14 de enero o 181/2001, de 2 de julio).

IV. En contraste con el invocado, pero obviamente, precepto de la LOPJ, la mayoría indica abordar el análisis de la resolución desde la perspectiva del art 158.4 CC, afirmando que «el auto carece de argumentación desde los presupuestos de la actuación de la medida cautelar, no sólo los que fundamentan su competencia objetiva, sino también los que fundamentan su resolución. Esa ausencia de motivación convierte a la resolución en un acto de ejercicio de autoridad desprovisto de razonabilidad, contraviniendo el art 120 y 24 CE, que exige la motivación de las resoluciones judiciales. La simple exposición de los hechos de la comparecencia no es la motivación de la resolución que aplica una medida cautelar que deja sin efecto unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado en la misma sede y con competencia sobre ese objeto. No es suficiente la exposición de unos hechos, en síntesis, que

el menor quería salir en la procesión, con una argumentación dirigida a explicar la situación de peligro o el perjuicio que se trata de evitar».

Se mantiene igualmente, coincidiendo con el tribunal de instancia, que no tiene explicación la actuación judicial del modo descrito suspendiendo unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado, sin justificación alguna.

Además, para concluir que las resoluciones de la Audiencia Provincial confirmando la medida adoptada, no justifican la actuación judicial, y no son óbice a la consideración de la misma como resolución injusta, efectuando el reproche —que por improcedente no puedo compartir—, de que «sus resoluciones no son modélicas en su motivación», se viene a señalar que «se limitan a afirmar que el art 158 permite la decisión adoptada, pero sin razonar en qué medida la decisión se podía adoptar, en un supuesto como el que es objeto de la causa... El art 158 CC, se limita a señalar el contenido de la decisión que un juez puede adoptar, pero las circunstancias concurrentes obligaban a su adopción conforme a las exigencias del proceso debido».

V. Como expresó en su voto particular el magistrado que discrepó de la mayoría de integrantes del tribunal de la primera instancia, la conducta del Sr. Octavio en la tramitación del procedimiento aparece preordenada al otorgamiento de tutela judicial tuitiva al menor por la vía del art. 158 del Código Civil, y no aparece indicio alguno en la causa por el que se aprecie elementos de convicción suficientes para alcanzar una conclusión distinta.

La sentencia condenatoria de la Sala de instancia —y también la de la mayoría del tribunal de casación— infiere el carácter —manifestamente injusto, o simplemente injusto— de la actuación del acusado, no sólo de la resolución final dictada en el procedimiento de medidas 393/2010, sino de la actuación del mismo en la tramitación del procedimiento, y en particular, de las circunstancias circundantes a la asunción de la competencia por el Juez.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes de que se trata no permiten afirmar que nos encontremos ante una resolución injusta, ni tan siquiera en su vertiente procedimental o como

prevaricación procesal. La actuación procesal del Juez encuentra una explicación en derecho, con la que resulta posible la discrepancia, pero sin que resulte posible afirmar que se actúa al margen del derecho o de forma inexplicable desde la perspectiva legal.

La conducta del Juez se circunscribe a atender el deseo del menor en orden a la asistencia a un acto procesional, prorrogando en 45 horas la custodia del progenitor paterno, sobre la base del deseo expresado por el menor en la comparecencia celebrada ante el propio Juez, sin haber procedido a dar audiencia a los progenitores del menor, ni al Ministerio Fiscal.

Así en el análisis de la indicada actuación debe hacerse referencia, en primer lugar al procedimiento en el que se produjo la actuación del Juez. El mismo aparece configurado por el art. 158 del CC, que señala que:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...)

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Decíamos que la base del motivo por infracción de ley del recurrente que ha sido admitido, se encuentra en su afirmación del conocimiento por parte del acusado de la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Pues bien, debe reseñarse, en primer lugar la posibilidad de que el acusado conociera del procedimiento de medidas del 158 del Código Civil, cuando por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 4 de Sevilla se había dictado auto por el cual se establecían las medidas provisionales en el divorcio de los cónyuges. Tal posibilidad jurídicamente controvertida no puede considerarse como injusta o inexplicable en derecho por cuanto —como sostiene el magistrado discrepante de la mayoría en la instancia—, considerando la doctrina de las diferentes Audiencias Provinciales, así como los estudios

jurídicos existentes al respecto, diferentes juristas sostienen la posibilidad de conocimiento de los procedimientos tramitados en aplicación del art. 158 del Código Civil con independencia de la tramitación de un procedimiento de separación o divorcio, en tanto que el precepto del Código Civil permite la adopción de las medidas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien, y esto es lo relevante, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Asimismo —como recuerda el mismo disidente— ha sido materia del juicio oral la forma en que el Juez acusado asumió, entre los diferentes Juzgados de Familia, la competencia funcional para conocer de las actuaciones. Tal asunción de la competencia —sobre todo en relación al incidente relativo a la asignación del NIG y descartada por la Sala la actuación dolosa del Magistrado en orden a maniobrar en connivencia con las partes—, no permite tampoco inferir la existencia de una actuación injusta del acusado en la tramitación del procedimiento. Tal y como se expresa en el relato de hechos probados de la sentencia, el incidente en cuestión resulta desvirtuado por la declaración de la funcionaria en la que afirma haber sido ella la que decidió plasmar la comparecencia en un documento del sistema informático Adriano, siendo asimismo ella la que obtuvo como modelo el documento correspondiente a otro procedimiento previo y borró los datos de identificación que existían en el mismo, dejando sin embargo subsistente el NIG referenciado.

Así, una vez determinada la posibilidad de tramitar por los Juzgados de Familia el procedimiento del art. 158 del Código Civil, de forma independiente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce de la separación o divorcio de los cónyuges, así como la forma en que se produjo la asunción del procedimiento por el Juez, resta por determinar la omisión de determinadas diligencias que podían haberle ilustrado mejor en orden a la realidad de los hechos y del conflicto existente en relación a la asistencia del menor al acto procesional, todo ello presidido por los elementos de juicio de que disponía el Juez para adoptar la resolución que se produjo. Y si se reprocha haber omitido la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, cuya actua-

ción podía haber recabado, en cuanto al informe del Ministerio Fiscal, no puede olvidarse que según consta en las actuaciones, se considera probado que el Juez se personó en Fiscalía a fin de recabar el parecer del Ministerio Público produciéndose la circunstancia de que no se encontraba el Fiscal encargado del despacho de sus asuntos, manifestando la Fiscal (a quien sí encontró el Juez) que, con la salvedad propia de no encontrarse en conocimiento de la causa, el criterio decisor ordinario sería respetar la voluntad del menor, criterio que a su vez venía a ratificar el consagrado por el Juez de Violencia sobre la Mujer en su auto de fecha 26 de enero de 2010. En tal situación, el Juez, mediante diligencia de constancia, tuvo por evacuado el informe del Ministerio Público.

Y, «objetivamente» vistas las cosas, la decisión del Juez Serrano, de quien no declaran los hechos probados que tuviese noticia de una anterior entrevista con el Juez de Violencia, se limitaba a robustecer la eficacia de las medidas acordadas por el Juez de Violencia; a hacer efectiva una de las medidas que expresamente había acordado tal Juez: que se respetase en ese punto el deseo de los menores.

También debe procederse al análisis de la omisión realizada por el Juez en cuanto a la audiencia de los progenitores, la cual pudo haber ilustrado al Juez en orden a la realidad del conflicto existente. Ciertamente, una mejor diligencia en la tramitación del procedimiento podría haberle conducido a evacuar dicho trámite, el cual no escapaba a sus posibilidades. Ahora bien, lo que debe analizarse es sí la actuación del Juez al omitir tales trámites debe conducir a calificar su conducta y resolución como injusta.

Al efecto, básico es determinar el concepto de urgencia, consagrado por el art. 158 del CC en orden a conceder al Juez la habilitación precisa para realizar la actuación que llevo a cabo.

Como bien expone el autor del voto particular a la resolución de instancia, la urgencia es un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que, o bien el presupuesto de hecho de la norma (como es el caso), o bien su consecuencia jurídica, no se encuentra agotadora y taxativamente previstos por la norma, de tal forma que su aplicación requiere una labor interpretativa tendente

a perfilar si un concreto supuesto integra dicho concepto; debiendo ser el aplicador del derecho quien haya de realizar la labor hermenéutica, a fin de determinar si ante un concreto supuesto de hecho se cubren las exigencias del concepto jurídico indeterminado.

Los hechos sometidos a juicio nos vienen a decir que, por parte del Juez del Juzgado de Familia, se procedió a autorizar y asegurar la asistencia del menor a la procesión de madrugada con su Cofradía del Silencio, procediendo para ello a alterar —puntualmente— el régimen de visitas que regía las relaciones personales entre los progenitores del menor, de modo que el retorno con su madre se produjera el Viernes, día 2 de abril a las 11 horas, prolongando el periodo de estancia de vacaciones con el padre, que finalizaba el Miércoles a las 14 horas.

El Juez valoró, indudablemente, que, pese a encontrarse a finales de la mañana del Martes Santo y restando aún, por tanto, toda la mañana del Miércoles para poder actuar, la urgencia en atender al interés del menor justificaba la actuación tutelar inmediata, sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Seguramente, debió ser más explícito, pero, las mismas fechas de la solicitud, inicio de la tramitación y fecha límite de la permanencia con el padre (Miércoles a las 14 horas), implícita, pero inequívocamente explican la estimada urgencia. La mismas fechas hablan por sí mismas, y frente a ello no puede oponerse una indudable disponibilidad de la madre (que, según consta en el hecho probado séptimo, «el Miércoles Santo, 31 de marzo de 2010, se encontraba trabajando en el Hospital») para comparecer en horario de audiencia del Juzgado de Familia.

Realmente se trata de enjuiciar si tal actuación resulta explicable en términos jurídicos, posible a la luz del ordenamiento jurídico, así como de las diferentes posibilidades que ofrece el concepto de urgencia ofrecido por el indicado precepto del Código Civil.

En este punto —como también apunta el magistrado disidente en la instancia— no resulta posible abstraerse del marco concreto en que tuvo lugar la actuación del Juez, conforme a los hechos declarados probados. De tal manera que lo relevante es si puede ser considerado

como posible o explicable en derecho que, en el contexto de la Semana Santa Sevillana y en el seno de una familia de tradición cofrade (tanto el padre como el abuelo del menor son hermanos de la cofradía a la que el niño había asistido el año anterior) las objeciones o dificultades que el menor encontrase para asistir al acto procesional (y no puede olvidarse que una resolución judicial anterior amparaba la satisfacción de su deseo en orden a la asistencia a los actos procesionales —precisamente el auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de 26 de enero de 2010—) resultasen acreedoras a la intervención judicial expuesta.

VI. Por otra parte, en contra de lo que sugiere la mayoría en la sentencia de que discrepo, como recogen los hechos probados de la sentencia de instancia, el auto del Juez Serrano de 30-3-2010, en el inicio de su fundamento de derecho único, explica la razón de su decisión adoptando las medidas adecuadas, al amparo del art 158 CC, indicando que lo hace «a fin de evitar que el pequeño Miguel de 11 años de edad, y que ha comparecido solicitando tutela judicial, se le evite el perjuicio de tener que verse privado de realizar una actividad que para él resulta sumamente importante y trascendente, y para la que todo el año se prepara con ilusión y entusiasmo... y que constituye su inequívoco y evidente deseo, que ha expresado sin paliativos a presencia judicial, que no es otro que poder salir en Semana Santa en las dos Cofradías de que es Hermano: De Nazareno, en Martes Santo con los estudiantes, y en la madrugada del Viernes Santo de paje con el Silencio».

Y, aunque la resolución analizada se pierda en algunas calificaciones, extemporáneas e improcedentes por innecesarias, sobre la actitud reticente de la madre (indudable en cuanto a su interpretación por los abogados del padre como «sibilina y contraria a permitir la salida»), a la vista del envío, en fecha tan próxima como el Viernes, 23 de marzo —declarado también probado—, por la abogada de la madre, interesando «detalles sobre la cofradía en cuestión, acompañamiento o no del menor por mujeres, tiempo de recorrido y medidas de protección del hijo»), tras rechazar la insinuada peligrosidad «moral o física» de la salida procesional

con la Hermandad del Silencio, concluyó señalando que: «... la autoridad judicial a la que compete la materia de Protección de Menores, cuando es el niño quien directamente solicita la tutela... ha de adoptar una medida cautelar urgente y eficaz a fin de garantizar el interés del menor, y de *inaudita parte*, pues se entiende que, en otro caso, esa tutela dejará de ser efectiva». Y acaba argumentando sobre la regla de ponderación que utiliza, diciendo que: «en todo caso el beneficio que reportaría al menor (accediéndose a su solicitud directa), se estima que no resultaría comparable con el perjuicio que supondría —ante el riesgo real de que estando con la madre el niño no cumpla su deseo— retrasar en solo día y medio su retorno al domicilio materno; y sin perjuicio de lo que para años sucesivos, y con más tiempo para resolver, pueda acordar el Juzgado que conoce del Divorcio entre ambos progenitores».

Y no pudiéndose olvidar que la recurrente en el trámite casacional, basa su motivo por infracción de ley, precisamente en haberse infringido el art. 87 ter.3 de la LOPJ, que establece, a su juicio, la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, preciso es, aparte de lo dicho, traer a colación la actuación de la Audiencia Provincial de Sevilla —cuya descalificación por la mayoría tampoco comparto— en cuanto que no puede olvidarse que es el órgano civil competente funcionalmente para la verificación y control de legalidad de la actuación jurisdiccional del Juez de Familia. Dicha Sala jurisdiccional, en auto de fecha 8 de junio de 2011, resolviendo la apelación por las acusaciones pública y particular, y en auto de 29 de septiembre de 2011, el incidente de nulidad de actuaciones, a la vista de las actuaciones llevadas a cabo por el Juez, ratifica la actuación judicial del mismo, señalando que «esta Sala en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquel precepto (el art. 158 CC) le permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso *inaudita parte* o de oficio por dicho órgano»; considerando que «desde la perspectiva de la legalidad sustantiva

y procesal ordinaria es procedente la desestimación de las pretensiones de nulidad articuladas en vía de impugnación de la resolución dictada por el Juez.

VII. No se trata como indica la mayoría de la que discrepo, que las resoluciones de la Audiencia «justifiquen» o no la decisión judicial controvertida. Como señala el magistrado disidente en la instancia, tampoco se trata de vincular la decisión del Tribunal penal en relación a dicho pronunciamiento anterior de la jurisdicción civil. Tomando en consideración dicha resolución de la AP de Sevilla no se pretende otorgar a la misma efectos prejudiciales en el enjuiciamiento de la prevaricación de la que se acusa al Juez, pues resulta posible la existencia de circunstancias concomitantes que permitan una distinta valoración de la situación concurrente. Ahora bien, lo que exige la unidad del ordenamiento jurídico y el mismo principio de seguridad jurídica es que la referida resolución sea el necesario punto de partida del razonamiento en orden al enjuiciamiento de la actuación del Juez como injusta y sea considerada tal resolución, al menos, como un hecho consistente en que tres Magistrados de la Audiencia Provincial consideran que, a tenor de lo actuado, debía afirmarse la competencia del Juez la adopción de la resolución judicial *inaudita parte* y la legitimidad de la misma resolución dictada.

Es decir, al menos resulta indiscutible la existencia de una resolución judicial que *objetivamente revela* que tres Magistrados *consideraban* que los hechos que se presentaban al Juez y a la vista del expediente por él tramitado, le habilitaban para adoptar la decisión llevada a cabo *inaudita parte*, esto es sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Esto es, dicho de otra manera, un órgano judicial colegiado valoró que las circunstancias concurrentes integraban el concepto de *urgencia* que habilitaba la actuación de que se trata, y evidentemente rechazó la pretensión de la parte recurrente en casación, sobre la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y su innegable conocimiento por el Juez autor del auto de referencia, y sobre cuyo exclusivo pilar se apoya el motivo estimado por la mayoría.

VIII. Fuera de este punto, que bastaría para desestimar el motivo, tampoco puedo estar de acuerdo, a la luz de los hechos declarados probados, y conforme vimos más arriba, en la existencia de una resolución injusta, constitutiva del delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 CP, soportada sobre una, apreciada por la mayoría, «actuación jurisdiccional que carece de base competencial, que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor, ni sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar adoptada».

Debo insistir en que —según consta en los hechos probados— el Juez actúa sobre la declaración del menor, asistido por su abuelo en la que refleja la angustia que le genera el conflicto existente entre los padres en orden a la asistencia a la procesión, y sobre que cree que su madre no le va a dejar salir. Asimismo, *el auto* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer incorporado a las actuaciones refleja —como figura en el *factum*— que, en orden a la asistencia a actos procesionales, se resolverá conforme al deseo del menor («*ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen*»). Ante tal situación, en la voluntad de cumplir con los deberes determinados por el artículo 158 CC, el Juez Sr. Octavio procede a atender dicho deseo del menor prorrogando en 45 horas la custodia del padre (de quien el menor asegura que no pondría problemas a su asistencia al acto procesional). Tal prórroga de la custodia se acuerda estrictamente a los fines de asegurar la asistencia del menor a la procesión, de tal forma que *no* cabe concluir que el objeto de la resolución del Juez sea la de *modificar el régimen de custodia* de los progenitores, aunque se produzca una alteración del mismo de forma instrumental.

Lo decisivo es que la resolución *no* puede ser tachada de *injusta* ni en la vertiente *objetiva* (todos coinciden en que el niño debía salir en la procesión); ni en la *procesal* (se podría haber sido algo más reposado, pero no mucho más: el Jueves era fiesta y el Miércoles correspondía la entrega de los menores). Se podría haber razonado más, pero es obvio que el contexto habla ya por sí solo del perjuicio para el menor: basta con leer su comparecencia para desprenderse de ella sin necesidad de tener que abundar más.

Si ciertamente se han podido omitir diligencias que podrían haber ilustrado con mayor amplitud al juez adoptante de la medida cautelar y provisionalísima sobre los hechos, y que tal vez hubieran podido haberse practicado en la mañana del Miércoles 31 de marzo —con las limitaciones por razón del trabajo de la madre más arriba descritas—, tales omisiones, determinadas por la valoración del peligro o perjuicio que pudiera afectar al menor y por ello de la celeridad requerida, no pueden calificar la conducta del acusado ni como *injusta*, a los efectos del art. 446 CP, ni tampoco como *manifestamente* injusta, constitutiva de imprudencia grave o temeraria conforme al artículo 447 del CP, por lo que el acusado hubiera debido ser absuelto de las infracciones penales imputadas.

Todo ello, sin perjuicio de que en los hechos probados de la sentencia de instancia se refleje una conducta, ante los medios de comunicación social, del Abogado del padre del menor y del propio Juez acusado, posterior a la del dictado de la resolución de referencia, incompatible con los deberes que impone la Deontología, y que merecería ser depurada conforme a las normas disciplinarias aplicables a cada profesional.

Sentencia 544/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de julio

Ponente: Don Julián Sánchez Melgar

Resumen: Asociación ilícita, organización criminal y simple coautoría

Recurso de Casación: n.º 10063/2012

Artículos: 28, 386, 515, 570 bis y 570 ter Código Penal

Asociación ilícita: Se reinterpreta el alcance del delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal, a la luz de la introducción, en la reforma de 2010, de un nuevo delito de pertenencia a organización criminal o grupo delictivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el segundo motivo se plantea el aspecto más interesante de esta queja casacional, junto a lo que después diremos respecto al alcance penal de la distribución de moneda falsa, ya que, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente, al igual que lo harán todos, censura la aplicación del art. 515.1.ª del Código Penal, entendiéndolo que no existe propiamente asociación ilícita, sino consorcialidad en la comisión de un delito de falsificación de moneda extranjera.

Así, señala el autor de este reproche casacional, que la combinación de funciones, caso de existir, estaba dirigida a la perpetración de un delito de falsificación de dólares USA, y que eso era lo único que se proponían, sin que pueda añadirse otra infracción penal más, so pretexto de tan conjunta intervención, que igualmente se conjuga en todos aquellos casos en donde existe una coparticipación criminal.

La introducción en el Código Penal de los nuevos artículos que se diseñan en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, mediante la reforma operada mediante LO 5/2010, denominado tal Capítulo como «De las organizaciones y grupos criminales» (arts. 570 bis al 570 quáter), ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas, en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la

conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretenden la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

La inclusión de este precepto, dentro de los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales, produjo una restricción de su ámbito, en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ya que se exigía una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc. que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo.

Así lo expresa el Preámbulo de la citada LO 5/2010, de 22 de junio, en donde se lee: «el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales. En primer lugar —y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas— la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o uti-

licen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal».

Por ello, con mucho acierto, a nuestro juicio, el legislador, reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

Y a sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, la LO 5/2010 ha optado finalmente, con el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situar tales delitos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Y lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.

También recuerda nuestro legislador que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces ex-

tremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que dicha Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

Continúa el Preámbulo de la LO 5/2010 señalando que la estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Pero ha de comprobarse también que tanto en la definición de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis, como en la de los grupos criminales, que se contemplan en el artículo 570 ter, siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos («... a fin de cometer delitos...»), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna, hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1.º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo

que las características del mismo condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación.

En el caso enjuiciado, de la lectura de los hechos probados, lo que se deduce es una conjunción de partícipes con la idea de falsificar moneda, y en los términos en que está relatado,

tal agrupación es inherente al delito, o lo que es lo mismo, no podría haberse hecho de otro modo, cuando varios concurren a tal finalidad, razón por la cual no pueden ser castigados unos mismos hechos de dos maneras, sin atacar al principio «non bis in idem», en la modalidad de prohibición de una doble valoración penal, por lo que el motivo ha de ser estimado, y absolver a este recurrente y a los demás del delito de asociación ilícita.

Sentencia 594/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de julio

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Intervenciones telefónicas y confesión**

Recurso de Casación: **n.º 11635/2011**

Artículos: **18 y 24 CE, 11 LOPJ, 579 y 741 LECrim**

Declarada la ilicitud de las interceptaciones telefónicas ante la ausencia de los necesarios indicios para dar sustento a la autorización judicial, la Sala expulsa además del acervo probatorio —en virtud de la doctrina de la conexión de antijuricidad— la confesión de los acusados ante el Juez de Instrucción, al haberse producido cuando la causa era todavía secreta y, por tanto, sin posibilidad de conocimiento por los interesados y sus defensas de las circunstancias de ilegitimidad en que se había obtenido la información inculpatoria que llevó a su identificación, localización y ulterior detención.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—De todo lo razonado hasta aquí resulta que las injerencias en el secreto de las comunicaciones dispuestas en el inicio de la causa deben considerarse constitucionalmente ilegítimas, por la ausencia de indicios aptos para dar sustento a la autorización judicial inicial. También queda fuera de duda que, a tenor de lo que consta, de no haber sido por la utilización de esa medida, la identificación y localización de Jose Miguel y de los demás imputados, y su ulterior detención, no se habrían producido, de donde se sigue que eliminando del discurso probatorio el resultado de esa actuación connotada de ilicitud, que tiñe de esta a todas las restantes, por lo mismo no susceptibles de consideración, el resultado es de un patente vacío probatorio. En efecto, porque el art. 11.1 LOPJ proscribe la utilización a estos efectos de los resultados

de prueba obtenidos, directa o indirectamente con vulneración de un derecho fundamental. De donde se sigue que la presunción de inocencia del imputado solo puede destruirse en virtud de prueba de cargo lícitamente obtenida.

Es sabido que, a partir de la conocida sentencia n.º 81/1998 del Tribunal Constitucional, que acuñó la llamada como doctrina de la «conexión de antijuricidad», se ha entendido, también por esta sala, que los efectos de difusión o contagio de la ilegitimidad inicial de la prueba pueden no operar en aquellos casos en los que se cuente con otra u otras que, causalmente relacionada con esa primera en el plano empírico, no lo estuviera, en cambio, jurídicamente, por alguna razón. Tal sería el caso, en principio, de la ulterior emergencia en la causa de, por ejemplo, el reconocimiento de la autoría del hecho perseguido, por el o los acusados,

algo que aquí se habría producido, al menos en cuatro de los casos.

Pero ocurre que también hay que considerar que existe jurisprudencia de esta sala (por todas STS 1129/2006, de 15 de noviembre) que ha entendido que, para que pudiera operar esa «desconexión», en el supuesto de que mediase una ulterior confesión de la propia autoría por parte de un inculpado, sería preciso que esta se hubiera sido «suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir». O, lo que es lo mismo, ya que en los supuestos de esta clase se daría la efectiva renuncia al derecho resultante del art. 11.1 LOPJ, la decisión correspondiente tendría que haber sido adoptada con plena conciencia de su alcance, ya que, de otro modo, podría razonablemente dudarse de su voluntariedad. Este supuesto no se dará, según la misma sentencia citada, en el caso de «declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En estos casos [...] la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa par-

tiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar». Más, cuando en el momento de recibírsele declaración, «ni el imputado ni su defensa han tenido la oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido».

Pues bien, en este caso (...) las declaraciones autoinculporatorias en el juzgado (...) se produjeron (...) mientras la causa estaba declarada secreta (...) y, por tanto, sin posibilidad de conocimiento por los interesados y sus defensas de las circunstancias de ilegitimidad en que se había obtenido la información inculporatoria que llevó a su identificación como implicados tal vez en los hechos, a su localización y a la ulterior detención. Por tanto, esa confesión, con la correspondiente renuncia al derecho aludido, se produjo por los afectados, sin duda, en la creencia de que el resultado de la investigación hacía ya indefendible su inocencia, cuando, como se ha visto, resulta que los datos obtenidos del modo que consta no eran legal y constitucionalmente susceptibles de utilización para generar prueba de cargo válida. Y, siendo así, se impone la conclusión de que la decisión sobre la que se discurre no puede considerarse libre, por deficientemente informada.

Sentencia 672/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de julio

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Juicio con jurado. Valoración de declaraciones sumariales**

Recurso de Casación: **n.º 2014/2011**

Artículos: **46 y 53 LOTJ**

Juicio con jurado: Valoración de declaraciones sumariales. Recoge la Sala la doctrina jurisprudencial sobre el acceso de las declaraciones sumariales al juicio con jurado y el modo en que debe resolverse la inicial prohibición al respecto contenida en el artículo 46.3 de la LOTJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.— El primer motivo de su recurso denuncia la vulneración de las normas y garantías procesales que regulan el Tribunal de Jurado y anuda a esta denuncia el hecho de que los ju-

rados hayan conocido y valorado declaraciones efectuadas en instrucción, lo que supone una vulneración del art. 46 apartado 5 de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal del Jurado.

También esta cuestión fue resuelta en el Tribunal de apelación con doctrina que se compar-

te y a tal respecto basta con la lectura del f.jdco. segundo.

No es la primera vez que esta cuestión se presenta ante la Sala, a modo de ejemplo puede citarse la STS n.º 709/99 de 7 de Junio en la que también se alegaba idéntica cuestión. Ya desde este momento debe adelantarse la falta de acogimiento que va a tener el motivo que pone de relieve una de las contradicciones más relevantes que ofrece la propia Ley del Jurado.

Ya se anuncia en la propia Exposición de Motivos de la Ley del Jurado que se trataba de erradicar la costumbre arraigada de dar escaso valor a las pruebas practicadas en el Plenario en beneficio de las practicadas durante la Instrucción, costumbre ya denunciada por Arturo en la espléndida Exposición de Motivos de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982. Coherente con esta intención en el art. 46.5 de la Ley del Jurado, ya citado, se niega todo valor probatorio a las declaraciones efectuadas en fase de instrucción, de las que se añade que «no podrá darse lectura». Con lo dicho hasta aquí, cabría concluir en relación con las declaraciones del inculcado en fase de instrucción que como nada de lo dicho por el imputado en sus declaraciones durante la instrucción puede ser conocido por el Colegio de Jurados, no es posible valorar las mismas. No obstante, la propia ley quiebra esta línea argumental en la medida que en el artículo 34.3.º se permite a las partes que puedan pedir en cualquier momento los testimonios que interesen para su posterior utilización en el juicio oral. Evidentemente entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones incriminatorias del imputado efectuadas en fase sumarial y que el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular podrán pedir y así ocurrió en el presente caso.

Con tales declaraciones sumariales, en el Plenario, la acusación podrá interrogar al imputado, y en caso de ofrecerse otras declaraciones exculpatorias, con base en las contradicciones entre las declaraciones en fase sumarial y las del Plenario, el Colegio de Jurados va a conocer de la duplicidad de declaraciones y por tanto a través del interrogatorio comparativo de las dos manifestaciones se va a introducir en el Plenario la declaración en

fase sumarial y esta va a ser conocida por los Jurados. Más aún, ciertamente no va a producirse a la lectura de dichas declaraciones, por prohibirlo el art. 46.5.º; pero por prescripción legal está prevista la incorporación al acta del Plenario del testimonio referente a la declaración en fase sumarial que de acuerdo con el art. 34.3.º haya pedido la parte interesada, y así se prevé expresamente en el propio art. 46.5.º «... aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto...», por lo que dicho testimonio va a formar parte del acta del Plenario, completándose la posibilidad legal de conocimiento por parte del Colegio de Jurados de lo practicado en fase de instrucción respecto de todo el material del que se hubiese pedido testimonio para utilizarlo en el Plenario —art. 34.3.º—, con la entrega de una copia del acta del Plenario que se efectúa a cada uno de los Jurados como recuerda en el art. 53.3.º, acta del Plenario que, se insiste, incluye además de la propia acta levantada por el Sr. Secretario, de los testimonios que hayan solicitado las partes —art. 34.3.º—, sin que en el presente caso hubiese habido protesta alguna.

Justamente la denuncia casacional que se efectúa, lo es, paradójicamente, por haber dado cumplimiento el Magistrado— Presidente a las previsiones legales y en consecuencia haber acordado la incorporación al acta de los testimonios correspondientes a la declaración del inculcado en fase sumarial que —no se olvide—, ya fueron introducidos en el Plenario a través del interrogatorio llevado a cabo ante el Jurado.

Desde esta realidad, esta Sala de Casación ni puede en su condición de garante del control de legalidad, apreciar unos supuestos de ilegalidad que se atiene escrupulosamente a las previsiones de la Ley del Jurado, ni debe superar la contradicción apreciable entre las previsiones legales contenidas en el art. 46.5.º apartado primero en relación con el art. 53.3.º y el art. 46.5.º apartado segundo mediante la inaplicación de toda la regulación legal correspondiente a la incorporación al acta de los testimonios cuando en definitiva, por ese conocimiento de las actuaciones sumariales no se produce *sic et simpliciter* la quiebra del principio de que «nada llega juzgado al Plenario» y por otro lado, el

conocimiento de la diversidad de declaraciones ofrecidas en el sumario puede ser conocida por el Colegio de Jurados a través del interrogatorio contradictorio en el que, aun sin leer tales declaraciones, de acuerdo con el art. 46-5, aquellas quedan evidentes y documentadas en el acta, habiéndose aceptado por reiterada doctrina del T.C. y de esta Sala —SSTS de 17 de Marzo de 1993, 7 de Noviembre de 1997, 23 de Septiembre de 1998, 14 de Mayo de 1999, 14 de Enero de 2000, entre otras muchas—, la legalidad de tal prueba que no puede cuestionarse en relación al juicio por Jurados salvo que se acepte el riesgo de romper la unidad del sistema de justicia penal de suerte que las normas de admisión de las pruebas sean diferentes, según se esté ante un Tribunal de Jueces o un Colegio de Jurados. En tal sentido, STS 162/2006 de 15 de Febrero.

Debe recordarse al respecto, que ya la Memoria de la Fiscalía del T.S. del año 1883 advertía que «... llevados a último extremo el sistema de conceder solo valor a las pruebas practicadas en juicio, las consecuencias serían funestas para la causa de la Justicia ...».

Pues bien en el presente caso es claro de conformidad con la doctrina expuesta que no puede efectuarse ninguna censura o crítica ni mucho menos sostener que ha habido vulneración de las normas reguladoras del Tribunal del Jurado, por el hecho de que los jurados hayan tenido acceso a las declaraciones en sede judicial de testigos y/o inculpados en fase de instrucción. Es consolidada doctrina de esta Sala que es correcto tal proceder y en tal sentido se pueden citar las SSTS 204/1998; 649/2000; 1357/2002; 1576/2005; 334/2011, entre otras.

Sentencia 645/2012, Sala Segunda del TS, de 9 de julio

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Homicidio. Dolo eventual**

Recurso de Casación: **n.º 10114/2012**

Artículos: **21, 23, 138, 142, 237 y 242 Código Penal**

Homicidio: Dolo eventual. En un supuesto de homicidio intentado se ofrece una clara caracterización de la doctrina jurisprudencial relativa a la categoría «dolo eventual» y su separación frente a la simple imprudencia (apreciada finalmente en este caso).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.— Se trata en este caso de analizar si la actividad probatoria desplegada es suficiente para afirmar, como hace la sentencia, que el recurrente aceptaba y consentía el eventual resultado mortal de la víctima que podía catalogarse, al menos, como «esperable» desde una perspectiva *ex ante* en la evaluación que hace el Tribunal *a quo*. Llega así la Audiencia a sostener la presencia de un dolo eventual.

El abordaje del dolo eventual es de frecuente aparición en la práctica, en el que con facilidad se entremezclan cuestiones dogmáticas con otras probatorias. Un clásico y citado

penalista del siglo pasado se refería a él como uno de los «problemas más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar». En nuestro derecho penal dolo directo y dolo eventual aparecen equiparados: no existe una especie intermedia de título de imputación entre el dolo y la culpa ni una regulación explícita del dolo eventual como en otros países (Austria o Suiza). Pese a la dificultad de trazar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente el derecho positivo carece de orientaciones precisas para establecer líneas claras de separación, más allá del eco que de esa cuestión han querido ver algunos en fórmulas legales utilizadas en relación a temas tan especí-

ficos que no son susceptibles de generalización (el temerario desprecio a la verdad de los delitos de calumnia, *v.gr.*).

Son conocidas las teorías usualmente manejas. Según la teoría del consentimiento el dolo eventual exige la aceptación por el autor del resultado que solo se representa como posible. Muestra indiferencia hacia el resultado.

La teoría de la probabilidad es menos exigente: basta con que el autor haya querido actuar pese a evaluar y asumir la probabilidad de que el resultado se produjese. Como la indagación sobre el consentimiento es una tarea no ya ardua, sino de pura disquisición (ni el propio autor podrá identificar muchas veces esos matices psicológicos de los que va a depender una decisión tan relevante penológicamente) es preciso buscar orientaciones más objetivas. La teoría de la probabilidad aportaría seguridad jurídica al poner el acento en un hecho más objetivable o constatable: la existencia de una acción que el sujeto quiere realizar con conciencia y aceptación del peligro que entraña para la indemnidad de un bien jurídico y por tanto de la probabilidad de su lesión.

La denominada teoría del sentimiento aporta otras perspectivas. El escaso eco que esta otra teoría ha tenido en la doctrina de esta Sala disculpa de su análisis pese a contar con solventes defensores.

Predomina en la doctrina jurisprudencial como punto de partida la teoría del consentimiento aunque no faltan pronunciamientos que se han decantado de forma rotunda por la teoría de la probabilidad. En los últimos años en el terreno de las soluciones concretas se advierte una convergencia de ambas sendas interpretativas. Partiendo de la necesidad de asunción del resultado, o indiferencia frente a su producción, se considera que uno de los datos básicos para indagar sobre ese elemento anímico es un juicio probabilístico efectuado *ex ante* respecto de ese resultado. Si se concluye que su aparición era muy probable se podrá colegir que se actuó con indiferencia hacia el resultado efectivamente producido (STS 69/2010, de 30 de enero).

Por otra línea se conecta con un concepto normativo del dolo (SSTS 172/2008, de 30 de

abril, 716/2009, de 2 de julio o 546/2012, de 25 de junio). Si el dolo tiene un componente cognoscitivo (conocer) y otro volitivo (querer) que han de recaer sobre los elementos objetivos del tipo penal, su modalidad más frecuente sería la voluntad dirigida directamente a la consecución del resultado. Pero también sería predicable el dolo de quien realiza la conducta conociendo y queriendo no ya el resultado, sino el riesgo concreto de su causación. El resultado de esa forma queda también abarcado implícitamente por la voluntad.

El supuesto que se somete ahora a la censura casacional se mueve en esa difusa zona limítrofe. Los hechos probados relatan que tras recibir un billete de la víctima, el procesado, no satisfecho, y con el fin de obtener todo el dinero que llevaba su abuela en una bolsa colgada al cuello, «tiró del fajo, zarandeándola fuertemente por lo que cayó al suelo, golpeándose en la cabeza causándole un shock traumático con hemorragia subaracnoidea que le causó la muerte».

Punto de partida obvio y cuya mención debiera resultar innecesaria es la consideración de que la ilicitud y antijuricidad de la acción inicial (un delito de robo con violencia) no han de arrastrar inexorablemente, como se derivaba del denostado *versari in re illicita*, ni la imputación del resultado ni su catalogación como doloso. En todo caso tampoco esa inicial acción, es neutra a efectos de valoración. Es un elemento externo que puede ser tomado con consideración para indagar sobre intenciones y voluntades.

Con la descripción efectuada la cuestión estriba en determinar si el recurrente mostraba indiferencia a ese posible resultado de muerte, de forma que, o bien, de haberlo previsto como seguro, no hubiese desistido de su acción; o bien que aceptaba la probabilidad de su causación.

Aunque la narración abre un espacio a la ambivalencia, se viene a sostener que la muerte se produjo en el momento de la caída, lo que es especialmente relevante para situar en ese contexto la actitud posterior del recurrente eludiendo toda petición de ayuda y ocultando el cadáver.

La acción querida es un «fuerte zarandeo» en un contexto de robo con violencia. El re-

sultado es la muerte como consecuencia de un golpe en la cabeza al caer al suelo la anciana, de menuda constitución que contaba con más de noventa años. Esa alternativa es un tanto maniquea. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en las otras clases de dolo pues en el dolo eventual el resultado no se propuso ni fue tenido como seguro. Se abandona al curso de las cosas. El resultado mortal es sin duda alguna atribuible al recurrente. La alternativa se presenta entre la imputación a título de dolo o de culpa grave.

El Fiscal en su dictamen en sede de casación se acoge a la opción más favorable de las dos que había abierto la acusación pública en la instancia. «Ciertamente —razona— los hechos no describen una agresión propiamente dicha, cuyo exceso pueda presumirse asume o le resulta indiferente al procesado; se trata de una acción violenta de apoderamiento dirigida únicamente a arrebatarle la bolsa con el dinero que la víctima sujetaba para impedirlo. Tal acción en principio no contiene ningún ánimo, ni siquiera

lesivo, distinto al apoderamiento. La previsión del riesgo, a que el fundamento jurídico 2.º se refiere, hay que ponerla en relación a las circunstancias del hecho, y si bien es cierto que la víctima es menuda y anciana, no es menos cierto que el procesado es un retrasado mental, oligofrenia (fundamento jurídico 4.º) por lo que deducir que aceptó sin más o le fue indiferente el resultado letal producido, no se deduce del hecho y de sus circunstancias...».

Puede asumirse la argumentación del Fiscal: tal y como describen la acción los hechos probados (fuerte zarandeo), no puede afirmarse de forma categórica una elevada probabilidad de que se causase la muerte de la víctima como consecuencia del golpe en la cabeza padecido tras una caída. De esa realidad no puede darse el salto a inferir la indiferencia del procesado frente a ese resultado que presumiblemente no llegó a prever, aunque era previsible y evitable. Estas consideraciones conducen a la imputación de los hechos a título de imprudencia grave.

Sentencia 615/2012, Sala Segunda del TS, de 10 de julio

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Abono de prisión provisional y «doctrina Parot»**

Recurso de Casación: **n.º 10092/2012**

Artículos: **58, 73, 75 y 76 Código Penal**

Abono de prisión provisional en supuestos de acumulación de delitos: De nuevo insiste la Sala (con un voto particular discrepante) en que es compatible la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en la controvertida sentencia 57/2008, de 28 de abril, con la denominada «doctrina Parot», avalada por el propio TC, de modo que el abono de la prisión provisional a causas distintas se lleve a cabo teniendo en cuenta la suma de las penas impuestas y no de los límites máximos de cumplimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El supuesto ahora planteado es otro de esos casos que ya ha aparecido con relativa prolijidad en la agenda de ese Tribunal de Casación: manejo de tal doctrina conjugándola con la naturaleza de las acumulaciones (no meros enlaces penitenciarios del art. 193 del Regla-

mento Penitenciario) efectuadas con la base del art. 76 del Código Penal y lo que deba entenderse por cumplimiento efectivo (o máximum de cumplimiento de la condena en la terminología del anterior art. 70).

Habiendo pasado a un segundo plano menos determinante en la doctrina constitucional

el argumento gramatical, la solución de las cuestiones concomitantes tendrá que fijar la atención primordialmente en el otro argumento de carácter finalista. El penado que a su vez es preventivo —se razona— es de peor condición desde el punto de vista penitenciario que quien se encuentra exclusivamente cumpliendo. A tal fin se citaba en la STC 57/2008 los arts. 23.3 (precepto cuya mención no encaja bien en ese contexto), 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento Penitenciario y se afirmaba, con toda razón, que el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada. El penado con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede disfrutar de permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una «privación de libertad meramente formal» (STC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4).

La superposición de la situación de preventivo a la de penado genera —o, mejor, puede generar— perjuicios en el interno. La imposibilidad de clasificación le impide el acceso a ciertos beneficios penitenciarios y en particular el goce de permisos. Pero conviene puntualizar dos cuestiones. La primera, que ese perjuicio no se da necesariamente. Depende de una serie de variables (duración de las penas; grado en que el interno debiera ser clasificado; si se va a producir o no finalmente una refundición penitenciaria entre las diversas penas; si se acordará o no en su día una acumulación al cobijo del art. 76 del Código Penal...). Pueden darse muchos supuestos en que, pese a que se produzca esa situación, *ex post* pueda afirmarse de manera segura que no se ha ocasionado perjuicio alguno: bien porque el interno haya sido clasificado en primer grado una vez firmes todas las sentencias; bien porque las penas hayan sido enlazadas y la perspectiva global demuestre que no era posible haber accedido a permisos antes de que la situación de prisión provisional de una de las causas se tradujese en cumplimiento, bien por otras razones variadas imaginables. Aquí nos

enfrentamos a uno de esos supuestos en que es patente la ausencia de perjuicio alguno. Eso es lo que esgrime la Audiencia para rechazar las peticiones del interno. Ese tipo de argumentación a la vista de la contundencia con que se expresaba la STC 57/2008 no puede ser aceptado. Esta Sala Segunda lo ha rechazado: basta constatar esa doble condición simultánea para que proceda el doble cómputo. No se exige que in casu se demuestren consecuencias perjudiciales concretas.

Por otra parte hay que hacer notar que esas eventuales situaciones en que el reo que está al mismo tiempo en prisión provisional puede verse objetivamente perjudicado no reciben solución global admitiendo el doble abono. Bien miradas las cosas el problema es inherente a la propia institución de la prisión provisional y no exclusivamente de la posibilidad de que se solape con la condición de penado. En último término toda prisión provisional (en la que no existen beneficios, ni permisos, ni clasificación) será tenida por cumplimiento (en el que serían factibles permisos, beneficios, tratamiento...). Toda prisión preventiva, se simultanee o no con una situación de cumplimiento, es idónea para generar esos perjuicios. Aunque estemos en un solo proceso y con una pena única. Quien es condenado, *v.gr.* a tres años de privación de libertad, y ha estado todo ese tiempo en prisión preventiva, habrá extinguido la pena en un régimen mucho más gravoso que el de cumplimiento. Mientras exista en el ordenamiento la prisión preventiva —medida cautelar que se revela como irrenunciable, pese a sus contradicciones internas— se va a producir ese perjuicio, mayor o menor, según múltiples vicisitudes, pero real. La doctrina de la STC 57/2008, hoy corregida por el legislador, no lo remediaba. Sencillamente conseguía hasta la reforma de 2010 que en algunos casos —solo algunos— esos perjuicios se compensasen de una forma muy beneficiosa para el penado. Pero, aun así, persisten muchos supuestos en que ese empeoramiento de la situación del preso preventivo frente al penado no tiene paliativo alguno: todos aquellos en que la prolongación de la prisión preventiva por la dilación en alcanzarse una sentencia firme, hayan determinado, examinados *a posteriori*, retrasos no solo en la clasificación, sino también en la posibilidad de

obtener permisos e incluso en el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. En manos del legislador está prever algún correctivo para esas situaciones, más allá de que estas consideraciones supongan un argumento adicional —que no haría falta— para extremar la prudencia y contención en el manejo de esa medida cautelar tan gravosa, así como otro estímulo para acelerar la tramitación de las causas con presos preventivos (art. 528 de la LECrim).

Sea como sea, lo cierto es que la tesis de la sentencia constitucional está plenamente acogida para todas las situaciones anteriores a la reforma de 2010 (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y viene siendo aplicada por esta Sala. Pero las consideraciones vertidas y las matizaciones argumentativas introducidas por la reciente sentencia 92/2012 invitan a partir de unas pautas exegéticas más de racionalidad que de estricta literalidad, aunque desde luego sin traicionar en ningún caso ni la dicción de la ley vigente en el momento de la prisión, ni la lectura que de la misma han hecho el Tribunal Constitucional y de la mano de éste, la jurisprudencia de esta Sala.

Quinto.—La primera cuestión a resolver es determinar si la doctrina juega cuando se ha hecho uso del art. 76 del Código Penal. Sobre eso ya se ha pronunciado en sentido afirmativo esta Sala Segunda por primera vez en la sentencia 82/2010, de 11 de febrero, primera que abordó esta cuestión, a la que han seguido muchas otras. Decía tal sentencia: «La Audiencia rechazó la pretensión del recurrente sosteniendo que “en razón de la acumulación de penas que a su instancia operó la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2008, no existen dos causas (ejecutorias 50/2001 y 101/2007), sino una sola causa en la que las distintas penas impuestas (...) se refunden fijando un límite máximo de cumplimiento efectivo de 30 años en los términos que para las redenciones fijó la famosa sentencia del TS de 28.2.2006, refundición jurídica que per se excluye hablar de coincidencia de periodos de cumplimiento de pena y situación de prisión provisionalmente”. Asimismo estimó, que al presente supuesto no le es aplicable el precedente de la STC 57/2008, dado que al haber sido acumuladas las penas, el

presente caso —dice la resolución recurrida— no es “el supuesto particular contemplado en la STC 57/2008, sino que se trata del cumplimiento sucesivo (...) de las penas impuestas”.

Sin perjuicio de que en el presente caso se trate del cumplimiento de penas sucesivas en los términos del art. 75 CP, lo cierto es que cada una de las penas que deban ejecutarse sucesivamente deben ser liquidadas según los principios establecidos en la mencionada STC 57/2008».

Según esta sentencia son compatibles acumulación vía art. 76 y nueva exégesis del art. 58 del Código Penal (antes de su última reforma).

Por tanto, desde ese punto de vista tiene razón el recurrente: a la hora de efectuarse la liquidación de condena habrían de abonarse los días de prisión preventiva sufridos al mismo tiempo que se estaba cumpliendo condena (comprendidos, si atendemos a los datos que proporciona, entre el 3 de marzo de 1985 y 11 5 de junio de 1987; y el 8 de agosto de 1994 y el 18 de enero de 1995). La solicitud en su planteamiento es correcta. Están rechazadas por la jurisprudencia de esta Sala las razones invocadas por el Tribunal a quo para no atenderla.

Sexto.—Ahora bien, la prisión preventiva será abonable precisamente a la condena impuesta en la causa en que recayó, pero no a otras diferentes que se cumplan antes o después. La doctrina del Tribunal Constitucional opera dentro del marco de la naturaleza del art. 76 (antes 70) perfilada y aclarada por la conocida sentencia 197/2006, de 28 de febrero, cuya conformidad con la Constitución ha sido refrendada en fechas recientes por el TC (entre otras SSTC 40 a 69/2012, todas de 29 de marzo). Según esa doctrina los mecanismos de limitación de cumplimiento de condenas no dan vida a una nueva pena distinta de las anteriores. Todas las penas impuestas subsisten y se van cumpliendo sucesivamente. Las fórmulas reductivas (como el abono de prisión preventiva, en el que a diferencia de la redención de penas por el trabajo, la práctica habitual siempre fue la corregida por la tan citada sentencia del Tribunal Constitucional; no, sin embargo, el cómputo aritmético para la posibilidad de acceder a permisos penitenciarios, salvo declaración expresa según el actual art. 78

CP) no operan respecto del total de cumplimiento preestablecido, sino en relación a cada una de las penas que sucesivamente se van dejando extinguidas. El máximo de cumplimiento (triple de la máxima, veinte, treinta años) juega como un tope y no crea una nueva pena.

Eso significa, dicho más simplemente, que para establecer el máximo de cumplimiento no han de descontarse los periodos en que la prisión preventiva haya estado simultaneada con el cumplimiento de una pena de prisión en ejecución. El concepto de cumplimiento efectivo tiene un significado material —estancia efectiva— que no se compadece ni bien ni mal con considerar que quien estaba en prisión como preventivo y como penado estaba dos veces en prisión. Eso no es doble cumplimiento efectivo.

De ahí que en estos casos el abono de esa prisión preventiva padecida cuando se estaba cumpliendo otra pena, se hará para reducir el cumplimiento de la condena que recayó en esa causa, pero no para descontarlo del máximo de cumplimiento fijado. Las penas solo quedarán extinguidas cuando se llegue al máximo temporal de cumplimiento. Pero para contar ese máximo no se tiene en cuenta más que el tiempo efectivo de estancia en prisión y no la ficción del doble cómputo. El máximo no es una nueva pena diferente de las anteriores. Son las mismas enlazadas y sucesivamente cumplidas con un total de estancia en prisión (o, en libertad condicional, que también es cumplimiento).

Si se parte de otra interpretación se llegaría al absurdo de entender que el condenado por un solo delito a una pena de 20 años (por acudir a un ejemplo sencillo) será de peor condición que el condenado por ese mismo delito y además por otro cuya pena comenzó a cumplir mientras estaba en prisión preventiva por aquél. Si ese segundo delito tiene asignada una pena de 4 años (por ejemplo) resultará que su máximo de cumplimiento será de 20 años que con la reducción de la prisión preventiva padecida se convertirían en 18 (si duró dos años la prisión preventiva) o incluso en 16 (si se extendió la prisión provisional durante el total de cumplimiento de cuatro años). Quien solo cometió el primer delito (para dar más fuerza al ejemplo se puede imaginar que los dos son copartícipes)

no contará con esa rebaja adicional. Ni siquiera aunque haya estado en prisión preventiva un número semejante de años por ese único delito, lo que arrastra los mismos eventuales perjuicios. La misma pena impuesta a los dos partícipes de un mismo delito, tendrá una duración efectiva muy inferior para uno de ellos por la extraña razón de que además había cometido otro delito cuya pena comenzó a cumplir cuando estaba en prisión preventiva por el delito más grave. A medida que sea mayor el número de delitos, es más probable la existencia de prisiones preventivas simultaneándose con condenas y por tanto la posibilidad de dobles abonos. Una interpretación que llega a ese dislate no puede ser conforme a Derecho. Y se aparta de toda racionalidad enlazándose así con la STC 92/2012.

Por eso se equivoca el recurrente al dar por supuesto que el abono de la prisión preventiva le va a reportar algún beneficio en relación al acortamiento de su estancia en prisión. En algunos casos de acumulación o refundición de condenas puede suceder así. Pero si la suma total de las penas privativas de libertad «refundidas» en el sentido del art. 76 del Código Penal (anterior art. 70) excede en tanta cuantía del tope máximo fijado, puede afirmarse sin dificultad que la petición carecerá de toda relevancia práctica.

Ese abono no puede hacerse sobre el máximo establecido en virtud del art. 76, sino sobre la suma total de penas. Las STS 759/2011, de 30 de junio lo dice claramente: «el cómputo de los periodos transcurridos en prisión preventiva se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 del Código Penal». Y en sentido similar se pronuncian las sentencias 208/2011, de 28 de marzo, 337/2012, de 4 de mayo o 425/2012, de 16 de mayo. Esta última razona de forma minuciosa: «El Tribunal de instancia, con buen criterio, ha aplicado correctamente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la referida STC 57/2008, acordando expresamente,

en el apartado primero del fallo de la resolución recurrida, que el tiempo de coincidencia de prisión provisional y pena en la causa procedente del sumario 49/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, se aplique para el cumplimiento sucesivo de la pena de quince años de prisión impuesta en dicha causa, cumpliendo así lo prevenido en la doctrina constitucional.

Ahora bien, el mismo Tribunal razona expresamente en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, que dicho abono carece de trascendencia a la hora del efectivo cumplimiento de los treinta años de tiempo máximo establecidos en el auto de refundición de 5 de junio de 2003, pues el abono del período de prisión preventiva cumplido en la causa procedente del sumario 49/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, debe hacerse en el cumplimiento de la condena concreta de quince años de prisión impuesta en dicha causa, según doctrina que cita expresamente de la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 2011 (STS 208/2011), y no en la condena ya refundida.

Pero dicho cumplimiento es sucesivo al de la pena de veintiocho años de prisión impuesta en una sentencia anterior por asesinato, sentencia que, según los antecedentes fácticos, incluía también las penas de seis años de prisión por terrorismo y tres años por tenencia ilícita de armas (37 años en total), por lo que solo el cumplimiento de esas penas supera por sí mismas el límite de treinta años de cumplimiento efectivo, y en la liquidación de dicha condena ya se ha computado el tiempo de prisión preventiva cumplido en la causa donde se dictó, por lo que el abono de la prisión preventiva sufrido en otra causa no produce efecto alguna en la condena refundida.

En consecuencia, no procede descontar el tiempo de prisión preventiva concurrente con cumplimiento y referido a una causa por la que no se va a llegar a cumplir pena alguna, del tiempo máximo de cumplimiento que se supera solo con las condenas impuestas en sentencias anteriores. De otro modo, las sucesivas condenas no solo quedarían amortizadas en su cumplimiento por la aplicación de la regla del límite máximo establecida en el art 76 del Código Penal, sino que los delitos adicionalmente cometidos (en

este caso un asesinato terrorista en grado de tentativa) redundarían en beneficio efectivo del condenado, que sin cumplir pena alguna por los mismos vería reducida la condena impuesta por delitos anteriores mediante la doble deducción de los períodos de preventiva concurrentes con el cumplimiento de la condena y procedentes de otras causas».

Y más adelante: «... el Tribunal Constitucional no considera que el derecho constitucional a la libertad imponga necesariamente y en todo caso el doble cómputo del tiempo de prisión preventiva sufrido en una causa y coincidente con el de cumplimiento de otra condena, sino que declara que la interpretación del texto entonces vigente del art. 58 del Código Penal en el sentido más favorable a dicho derecho fundamental conduce a dicha conclusión, simplemente porque no resulta constitucionalmente adecuado establecer una limitación al abono de la prisión preventiva en la causa de procedencia que el Legislador no ha previsto especialmente.

En consecuencia, si la doctrina del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, con independencia de su concurrencia con el cumplimiento de otra condena, está basada en una interpretación conforme a la Constitución de la norma legal entonces vigente, y no es una consecuencia que emane del propio derecho constitucional a la libertad, ha de concluirse, en primer lugar, que dicha doctrina es contingente y cede ante una modificación legislativa, como la que ya se ha producido, y en segundo lugar, que no es extensible a supuestos en que no concurre la laguna legal en que se fundamenta.

En concreto, dicha doctrina no puede invocarse para solicitar que el tiempo de prisión preventiva concurrente con cumplimiento y sufrida en todas las causas que son objeto de refundición en los supuestos en que, por aplicación del art. 76 del Código Penal, se haya establecido un tiempo límite de cumplimiento efectivo, se descuenten íntegramente de dicho tiempo límite y no de las respectivas condenas impuestas en las causas donde se sufrió la correspondiente prisión preventiva, pues ni el Tribunal Constitu-

cional se ha pronunciado sobre este extremo ni concurre en él la “ratio decidendi” de la sentencia invocada.

Por todo ello la decisión adoptada por el Tribunal de instancia, de conformidad con nuestra doctrina jurisprudencial ya consolidada, no vulnera el derecho constitucional a la libertad ni el derecho a la tutela judicial efectiva, invocados por el recurrente, y el motivo debe ser desestimado».

Séptimo.—En la sentencia que se acaba de transcribir parcialmente se desestimaba el recurso pues lo que se solicitaba expresamente no es que se reconociese la reducción derivada de la doble condición de penado y preventivo, sino que se efectuase sobre el máximo de cumplimiento fijado. En este caso, sin embargo, el recurrente reclama algo más: que se reconozca la posibilidad de doble abono denegada por la Audiencia. Hay que darle la razón en ese aspecto puramente declarativo. Ahora bien, puede carecer de sentido realizar una nueva liquidación de condena para esclarecer qué pena está cumpliendo en concreto en cada momento cuando a efectos penitenciarios se opera con una única duración, si se comprueba que no va a existir ninguna repercusión sobre ese máximo fijado por virtud del antiguo art. 70 del Código Penal. El cumplimiento «sucesivo» de las penas privativas de libertad que disciplina el Código Penal (art. 75) tiene mucho de declaración teórica que sirve para dar solución a algunos problemas; pero no tanto de repercusiones operativas efectivas. Significaría extremar lo conceptual suponer que de hecho se produce un momento de la estancia en prisión en que el penado deja extinguida una pena y comienza a cumplir la siguiente. Cuando son varias las penas privativas de libertad, incluso cuando hayan recaído en causas distintas y no hayan sido objeto de acumulación, se ha de proceder a su enlace conocido como «refundición penitenciaria» (art. 193 del Reglamento Penitenciario). Sería absurdo tras hacer las liquidaciones de las sucesivas condenas separadas, y mantenerlas desconectadas unas de otras, con repercusiones inaplicables en toda la materia de ejecución y especialmente en la institución de la libertad condicional. Es procedente como ordena tal

precepto, partiendo de las liquidaciones de cada Tribunal, conectarlas todas mediante ese mecanismo.

Conceptualmente todas las penas impuestas deberán ser cumplidas por el orden de su gravedad. Al extinguirse una y empezar a cumplir la siguiente habrá que abonarle el tiempo de preventiva sufrido en esa causa concreta (con independencia de que ya haya sido abonado como de cumplimiento en otra, siempre y cuando se dé la doble situación simultánea de preventivo y penado). Eso solo determinará en teoría que esa segunda pena la extinga antes, para comenzar el cumplimiento de la siguiente... y así sucesivamente hasta llegar a ese límite máximo de cumplimiento computado con arreglo al tiempo efectivo de estancia en prisión.

En este caso la suma del total de las penas privativas de libertad impuestas al recurrente supera en mucho los cien años, como se deduce de los antecedentes del Auto de la Audiencia. El triplo de la pena más grave ascendía a ochenta y un años. Eso llevó tras diversas resoluciones y conforme al régimen de acumulación a establecer un máximo de cumplimiento efectivo de treinta años.

Desde esa realidad comparando el exceso de la suma total de penas respecto del límite establecido —treinta años— se comprueba sin necesidad de cálculo detallado que la reducción de alguna de esas penas que suman más de cien años en un total de tiempo que no llega a dos años en que el penado simultaneó la condición de preventivo con la de penado no puede afectar al límite de treinta años fijado. Hay un exceso de cerca de cien años que deberá seguir cumpliéndose mientras no se alcance ese tope de treinta años. Aunque desde el punto de vista del derecho sustantivo, según la interpretación de esta Sala antes aludida, esos treinta años constituyen una duración formada por penas diversas cumplidas sucesivamente hasta que se llega a ese límite temporal, penitenciarmente operan como una pena única (al modo del art. 193 citado) con el correctivo de que determinadas incidencias han de tener una repercusión diferente en la medida en que el total de las penas a cumplir es muy superior (*vid.* Sentencia 197/2006 reiteradamente citada).

Por eso los efectos prácticos de la solicitud serán nulos. De cualquier forma este Tribunal viene optando por estimar recursos semejantes para dejar clarificada la cuestión, aun consciente de su nula eficacia práctica. Hay razones para operar así. No sería lógico, por establecer un parangón, desestimar un recurso en que se denuncia que una pena impuesta no es procedente, con el argumento de que el total de las penas impuestas, muy por encima de los límites del art. 76, convierte en irrelevante que la pena sea de diez años o de quince. A esa línea se atiene el Fiscal en el informe que ha evacuado y en el que apoya el recurso.

Cosa diferente es que esa estimación puramente declarativa deba llevar a una nueva liquidación de condena. Basta con declarar que ese periodo de prisión doble sería abonable pero operando sobre la suma aritmética de todas las penas y no sobre el máximo de cumplimiento. Si se constata con claridad que ese nuevo abono es irrelevante (lo que no sucederá siempre) pues no es capaz de compensar el exceso de penas que se van a declarar extinguidas por aplicación del art. 76 del Código Penal la liquidación de condena no se verá alterada en su materialidad, si la misma se ha efectuado sin atomizar las distintas penas, sino que se limita a computar sobre el total de treinta años.

La decisión habría de ser desestimatoria si la Audiencia hubiese reconocido esa posibilidad de doble abono en los términos indicados. Pero como la ha rechazado por razones no asumibles desde la interpretación que se ha hecho de la doctrina del TC tantas veces aludida, hay que estimar el recurso con ese único contenido declarativo.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE
CASACIÓN 10.092/12

El recurrente denuncia que el tiempo de permanencia, simultáneamente en las condiciones de preso preventivo y penado no ha sido tomado en consideración en la forma debida, esto es, trayéndosele como tiempo de cumplimiento real en la liquidación judicial de las condenas.

Pues bien, creo que tiene razón. Por eso, mi discrepancia de la mayoría, en la inteligencia de que su recurso tendría que haberse resuelto conforme al criterio que se expresa en lo que sigue.

El art. 58 Cpenal en la redacción que se considera decía: «El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada».

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 57/2008, de 28 de abril, que invoca el que recurre, parte del presupuesto nada cuestionable, de que «no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión», de lo que se deriva como consecuencia que la coincidencia temporal durante algún periodo de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite entender que el cumplimiento de la pena en una de ellas «prive de efectividad real» a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así, «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional [...] pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional». Por eso, en vista de que las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, debido al carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas y a su negativa incidencia en la aplicación de la otra, cuando se elude esta consideración se produce un menoscabo del derecho a la libertad personal del afectado (art. 17.1 CE).

Esto sentado, el Tribunal Constitucional tenía ante sí una alternativa con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista, del asunto, asimilando las dos situaciones por serlo ambas de privación de libertad. O bien para atender al efecto real de cada uno de los dos usos del encarcelamiento en la materialidad del derecho del afectado. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con todo rigor, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego.

El precepto de referencia —cuyo antecedente remoto está en el art. 98 del Código Penal de 1822, según el cual el tiempo pasado en situación de prisión provisional debería ser «contado como parte de la pena»— fue introducido en 1932. Y ha producido una jurisprudencia que, invariablemente, al estimar siempre que la medida cautelar es una anticipada privación de libertad, ha resuelto que el tiempo invertido en el cumplimiento de la misma debía ser restituido en tiempo de no-cumplimiento de la condena en curso (de la parte de esta todavía no descontada). O, lo que es lo mismo, en tiempo de libertad real, puesto que real fue también la privación ya sufrida. Y si así se ha entendido siempre, ahora con mayor razón dados en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

La opción del legislador, plasmada con total claridad en el texto de la ley, estuvo presidida por la búsqueda de la equivalencia que, entre dos magnitudes, se da cuando una es igual, en sí misma y en la calidad de sus efectos, a la otra. Por eso, en la perspectiva del derecho a la libertad, entendió que la pena real cumplida solo puede compensarse de manera efectiva con pena real por cumplir. Debiendo subrayarse lo de real, porque esta es la clave en la que opera el tenor de la ley, así interpretado de manera invariable por la jurisprudencia. Y porque la prisión provisional ya sufrida tiene una dimensión empírica que no puede ser más obvia ni más consistente.

Pero es que, además, ahora se da una circunstancia particular, ya aludida, que dota de todavía mayor consistencia argumental a este criterio. Y es que el Tribunal Constitucional, abandonando el terreno de lo formal-conceptual ha llevado su discurso al plano de la efectividad —la afflictividad— práctica de la medida de que se trata. Y ha puesto de relieve que la privación

de libertad que impone la prisión provisional tiene, incluso, un plus de gravamen sobre el que es propio de la condena en régimen de cumplimiento.

Así las cosas, y en definitiva, el tiempo sufrido de privación provisional de libertad, que lo habrá sido de libertad real, debe ser restituido en libertad, en exención de pena, igualmente real. Abonando al penado un tiempo real de esta, es decir, de la de efectivo cumplimiento pendiente.

Tal es el sentido en el que se ha pronunciado la sentencia de esta sala de n.º 1290/2011, de 22 de noviembre, que contemplaba un caso de similares características al del ahora afectado, porque las penas de privación de libertad impuestas eran tan elevadas como para que el límite máximo de cumplimiento, de 30 años, no se viera afectado en ningún caso. Y en la misma clave el auto de 27 de marzo de 2012, decidiendo un incidente de nulidad promovido contra aquella resolución.

Por tanto, el criterio que debe inspirar la liquidación de la pena es el de la búsqueda de la aludida equivalencia real a efectos de cumplimiento; tomando, claro está, en consideración el principio, jurisprudencialmente reiterado, de que el mismo tiempo de prisión preventiva, aun cuando sufrido como tal en varias causas, no deberá computarse más que en una.

En conclusión, el penado tiene derecho a que se determine el periodo de prisión provisional de cómputo necesario a efectos de cumplimiento, tiempo que, de la pena concreta que corresponda, deberá tenerse por cumplido y ser efectivamente compensado, al efecto de calcular el periodo que reste por cumplir dentro del límite máximo fijado. Y tal es como entiendo tendría que haberse resuelto en este caso.

Sentencia 623/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de julio

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Revisión penal. Quebrantamiento de medida de alejamiento**

Recurso de Revisión: **n.º 20632/2011**

Artículos: **954 LECrim**

Revisión penal: Se estima el recurso de revisión contra la sentencia que condenó al recurrente por quebrantamiento de medida de alejamiento decretada en una sentencia que todavía no había adquirido firmeza y posteriormente resultó revocada al prosperar contra ella apelación con absolución del recurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El recurso de revisión es un recurso (...) extraordinario para rescindir sentencias firmes, que en la misma medida en que ataca la cosa juzgada, representa una medida excepcional admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena. En un Estado Social y Democrático de Derecho, el valor seguridad jurídica no puede prevalecer sobre el valor justicia, determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia «a posteriori» como patentemente injusta, pero esta convicción no puede tampoco determinar el permanente cuestionamiento de las sentencias firmes, utilizando el cauce de la revisión para obtener una tercera instancia que valore de nuevo la prueba practicada en el juicio o la contraste con otra prueba que aporte con posterioridad el interesado, a no ser que ésta —como expresamente exige el número 4.º del art. 954 de la LECrim— sea «de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado».

(...)

Por todo ello, solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim, en el cuarto de los cuales se admite este recurso «cuando después de la Sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado». De tal manera, que solamente es posible plantear en un recurso de revisión la práctica de nuevas pruebas cuando:

- a) sean de posterior aparición a la fecha de la firmeza de la Sentencia que se pretende revisar, o conocidas posteriormente por el recurrente;
- b) se trate de pruebas inequívocamente concluyentes a los efectos de evidenciar la inocencia

del condenado; c) que tales pruebas no hayan podido proponerse con anterioridad a la celebración del juicio oral, por causas que resulten de razonable apreciación.

Tercero.—A la vista de los requisitos legales planteados, el presente caso debe ser estimado. Para ello, primeramente recordemos el supuesto que ahora se presenta ante este Tribunal Supremo: se trata de la condena impuesta a Lucio, recurrente en revisión, por la Sentencia núm. 74/11 de 2 de marzo de 2011 del Juzgado de Instrucción núm. 21 de Valencia, como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, por incumplimiento de la condena impuesta por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Valencia en Sentencia núm. 156/11, de 1 de diciembre de 2010 dictada en el juicio de Faltas núm. 43/10 que le condenó como autor de una falta de vejaciones injustas del art. 620.2 del C.P. contra su exesposa Filomena, a la pena de cuatro días de localización permanente y prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de 300 metros a ésta, a su domicilio y a su lugar de trabajo, durante el plazo de seis meses, ya que el Sr. Lucio fue detenido el día 1 de marzo de 2011 sobre las 12.45 horas en un bar situado a menos de 100 metros del domicilio de citada Filomena.

Pretende ahora el recurrente desvirtuar estos hechos en base a un hecho nuevo: la anterior resolución fue recurrida en apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia que en el Rollo de Apelación 20/2011 dictó Sentencia núm. 156/11, de fecha 15 de marzo de 2011 en el sentido de estimar dicho recurso y revocar la resolución recurrida, absolviendo al recurrente de la falta de vejaciones de que venía acusado.

Como hemos dicho, el recurrente Lucio es detenido el 1 de marzo de 2011 en un bar situa-

do en la calle Francisco Falcons núm. 4 de Valencia a menos de 100 metros del domicilio de Filomena, y llevado al Juzgado de Instrucción de Guardia núm. 21 de Valencia que en las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido núm.48/2011 dicta Sentencia de conformidad núm. 74/2011, de 2 de marzo de 2011 condenando al Sr. Lucio como autor de un delito de quebrantamiento de la condena impuesta por la Sentencia núm. 156/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Valencia.

Por tanto, de lo anteriormente expuesto, se permite inferir claramente que con fecha 1 de marzo de 2011, fecha en la que es detenido el Sr.

Lucio, no había medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación del condenado Lucio con su exmujer Filomena, ya que la Sentencia núm. 156/2011 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Valencia que lo había condenado estaba pendiente de recurso de apelación (sin medidas cautelares) ante la Audiencia Provincial de dicha Capital (...).

De lo expuesto, acreditado documentalmente en la causa todo lo anteriormente referido, y como también informa y apoya el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de revisión interpuesto.

Sentencia 670/2012, Sala Segunda del TS, de 19 de julio

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Condena tras sentencia absolutoria**

Recurso de Casación: **n.º 2119/2011**

Artículos: **24 CE y 790 LECrim**

Condena tras sentencia absolutoria: Tras razonar desde el punto de vista material la procedencia de una condena frente a la sentencia absolutoria de instancia, la Sala concluye con la imposibilidad procesal de hacerlo en atención a la doctrina del TEDH seguida por el TC y la propia Sala, no sin advertir de las deficiencias y contradicciones que entraña.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.—La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia absolvió, en sentencia dictada el 13 de junio de 2011, a los acusados Teodulfo, Carmelo, Enriqueta y Alberto del delito de insolvencia punible y a Teodulfo, Carmelo y Enriqueta del delito de estafa por los que venían siendo acusados, con levantamiento de todas las medidas cautelares adoptadas contra los mismos en virtud de dicha acusación y con declaración de oficio de las cosas causadas.

Contra la sentencia absolutoria recurrió en casación la entidad querellante, «Ortega y Pinturas Industrial y Decorativa, S.L.», formalizando un total de tres motivos.

Primero.—1. En el motivo primero se invoca, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., la

infracción del art. 257 del C. Penal por no haber sido subsumida la conducta de los acusados en el delito de alzamiento de bienes.

La entidad querellante señala en su escrito de recurso cuáles son los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala exige para apreciar el delito de alzamiento de bienes, y a continuación argumenta las razones por las que en el caso concreto considera que concurren los distintos elementos del tipo penal, tanto en el apartado objetivo como en el subjetivo del mismo, por lo que acaba solicitando la condena de los cuatro acusados.

(...)

3. Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1122/2005, de 3-10; 652/2006, de 15-6; 446/2007, de 25-5; 557/2009, de 8-4; 462/2009,

de 12-5; y 4/2012, de 18-I, entre otras), los elementos del delito de alzamiento de bienes son los siguientes:

- 1.º) Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.
- 2.º) Un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor.
- 3.º) Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido.
- 4.º) Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente a sabiendas de ello y con esa finalidad.

En el caso concreto que se juzga es claro que concurren los tres primeros elementos del delito de alzamiento de bienes, elementos que se refieren al tipo objetivo.

(...)

4. Frente a los datos objetivos referentes a los tres episodios que se acaban de reseñar en los que se aprecia que los acusados han ejecutado una conducta que evade y aminora el patrimonio de la sociedad deudora en perjuicio de los acreedores, el Tribunal de instancia opone una serie de argumentos que (...) contradicen las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica de lo razonable, descartando con ellos que la conducta de los acusados estuviera orientada a ocultar o disminuir el patrimonio de la sociedad.

(...)

5. Una vez constatados los elementos objetivos del delito de alzamiento de bienes, para

lo cual ha sido suficiente con seguir el hilo conductor de los hechos probados que se recogen en el «factum» de la sentencia, todavía resta por examinar el elemento subjetivo del tipo penal; esto es, comprobar que los acusados disminuyeron y evadieron el patrimonio de la sociedad deudora con el ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

En la comprobación del elemento subjetivo cumplen una relevante función práctica en esta clase de delitos ciertos hechos periféricos que suelen acompañar a la conducta delictiva cuando presenta tintes defraudatorios: constitución de sociedades instrumentales; transmisiones y donaciones de bienes a parientes próximos; otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; otorgamiento de contratos simulados sobre los que los testafierros son incapaces de aportar datos concretos; enajenaciones en cadena de los bienes evadidos a precios inferiores a los de mercado; tiempo específico en que se formalizan las operaciones jurídicas ficticias o simuladas; ignorancia de los detalles de las distintas operaciones por parte de las personas que no se benefician de ellas; permanencia en la posesión del bien inmueble por parte del autor del delito que formalmente lo había enajenado; otorgamiento de varias escrituras en una misma fecha o en fechas muy próximas; etcétera.

Con respecto a la concurrencia en este caso de esos datos indiciarios objetivos de los que se vale usualmente la jurisprudencia para inferir el elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes, es claro que en el caso enjuiciado se dan varios de ellos.

(...)

El cúmulo de operaciones jurídicas realizadas en poco tiempo, la orientación que todas ellas muestran y las consecuencias despatriarquizadoras que generaron en el ámbito societario y personal de los deudores, a lo que ha de sumarse la declaración de quiebra fraudulenta por sentencia dictada el 27 de julio de 2004 por el Juzgado de 1.ª Instancia de Murcia, en la que se fijó como fecha de retroacción de la quiebra el 1 de junio de 2002, permiten en apariencia inferir, de acuerdo con las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica de lo razo-

nable, que los acusados actuaron en perjuicio de la entidad acreedora y que por tanto albergaban en su conducta un ánimo defraudatorio.

Sin embargo, esta convicción racional obtenida por esta Sala con arreglo a los argumentos precedentes, se contradice con el juicio de inferencia que hizo el Tribunal de instancia y que además dejó plasmado en el «factum» de su sentencia, al expresar en el último párrafo lo siguiente: «No se ha acreditado que los acusados Teodulfo, Carmelo, Enriqueta y Alberto realizaran las mencionadas operaciones con el propósito de disponer del patrimonio propio y de la sociedad con la finalidad de no hacer efectivo el crédito de los querellantes».

Así las cosas, y ante la expresión en la premisa fáctica de la sentencia de una convicción probatoria contraria a la de este Tribunal de Casación, aflora necesariamente la compleja cuestión procesal suscitada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que fue trasvasada después a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de si pueden modificarse las sentencias absolutorias dictadas en la instancia y ser sustituidas por una condena *ex novo* en apelación o en casación cuando los acusados no han sido oídos previamente a la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem* y además concurren pruebas personales en la primera instancia.

Así pues, aunque esta Sala ha razonado hasta ahora la procedencia de una condena, se encuentra con un grave obstáculo para poder dictarla, debido a las objeciones de índole procesal derivadas de la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional en lo referente al derecho fundamental a un juicio con todas las garantías (principios de inmediación y de contradicción) y al derecho de defensa del acusado. A exponer esta espinosa cuestión dedicamos el fundamento siguiente.

Segundo.—1. Este Tribunal de Casación ha puesto de relieve recientemente los graves obstáculos establecidos por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos para poder examinar a través del recurso de casación la impugnación de las sentencias absolutorias de instancia. Las dificultades atañen a aquellos casos, mayoritarios por

lo demás, en los que ha tenido no poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales.

Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que prosperen los recursos de apelación y casación que pretenden revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

Así lo entendimos en las sentencias dictadas recientemente 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, y 1423/2011, de 29 de diciembre, cuyo texto —especialmente el de esta última— seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

(...)

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (...).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales

efectuado por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

2. Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*.

La primera es la sentencia del TC 184/2009, de 7 de octubre, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional relevante para el caso es más reciente: la n.º 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el

Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró «estrictamente documental». Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infringiendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante 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 consideraron simulados». Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en esta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado

que cuando el tribunal de apelación conozca 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; y 10 de marzo de 2009, caso 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 este 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).

3. En la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH (...) estimó que era necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. (...)

En ese mismo caso (...) también (...) se entendió que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

Con posterioridad, en la STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, se contempla el supuesto de un notario que es condenado en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria de casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de noviembre.

El supuesto que analiza esa sentencia del TEDH tiene una especial relevancia, desde dos perspectivas. En primer lugar, porque en la resolución de la causa intervinieron dos tribunales ordinarios españoles —Audiencia Nacional y Tribunal Supremo— y también el Tribunal Constitucional, debiendo subrayarse que no se está ante el caso habitual de la doble instancia mediante un recurso de apelación, sino ante un caso en el que la segunda instancia se instrumenta a través de un recurso «extraordinario» de casación. Y en segundo lugar, también resulta relevante que el núcleo de la cuestión jurídica se ubicara en determinar si el notario imputado intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta de obligaciones hipotecarias al portador con conocimiento de que se trataba de ventas fraudulentas por no estar constituidas las correspondientes hipotecas y ni siquiera hallarse inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes sobre los que recaía el gravamen hipotecario. Y es que el hecho de que el centro del debate recayera sobre la verificación probatoria del elemento subjetivo del tipo penal imputado (estafa) presenta unas connotaciones especiales en casación por las cuestiones que suscita la doctrina jurisprudencial de los «juicios de valor».

(...)

Entre los puntos a destacar de esta resolución del TEDH sobresalen el que considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es un tema de naturaleza sustancialmente factual, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis

que eran sostenidas por la sentencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al art. 6 del CEDH.

Y como segundo extremo destacable hemos de referirnos al ya advertido de la necesaria audiencia del acusado y también a la posible práctica de prueba testifical en la vista oral de la segunda instancia, exigencia que se contradice con la esencia y la naturaleza impugnativa del recurso de casación, que, tal como recuerda el propio TEDH en su sentencia, carece de un trámite para tales fines en nuestro ordenamiento jurídico.

El TEDH ha dictado otra sentencia en la misma línea que las dos que se acaban de citar y desarrollar de los casos Almenara Álvarez y Lacadena Calero contra España. Se trata de la sentencia de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España, en la que se enjuició un supuesto de dos delitos contra la Hacienda Pública, resultando absuelto el acusado por el Juzgado de lo Penal, por no haberse constatado su voluntad defraudatoria, convicción probatoria que fue revocada después por la Audiencia Provincial, que sí estimó probada mediante fundamentalmente prueba documental y pericial el dolo defraudatorio del acusado.

En este caso el TEDH estima también la demanda al considerar vulnerado el art. 6.1 del CEDH y vuelve a insistir en su tesis de que la verificación de la existencia de una voluntad defraudatoria es una cuestión esencialmente de hecho. Y recoge como argumento capital que la modificación de los hechos por la Sala de apelación, al estimar que sí concurre la voluntad defraudatoria, se produjo teniendo únicamente como base las pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral, en el curso de la cual «las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas».

Por último, en la reciente sentencia de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España, se sometió al juicio del TEDH una condena dictada *ex novo* en casación por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil y oficial. El acusado había sido absuelto de esos delitos por la Audiencia Provincial, pero

fue condenado en casación por la sentencia de esta Sala 1435/2005, de 14 de octubre, sin que después el Tribunal Constitucional admitiera a trámite el recurso de amparo.

(...)

Pues bien, el TEDH en la sentencia citada (...) sigue (...) la doctrina que había aplicado anteriormente en el caso Lacadena Calero contra España. Vuelve, pues, a considerar que el dolo defraudatorio tiene un componente factual que no puede ser constatado por el Tribunal de Casación para fundamentar una condena sin haber oído previamente al acusado, y desarbola así el criterio de los juicios de valor como instrumento procesal válido para acreditar los elementos subjetivos del delito en casación y dictar *ex novo* una sentencia condenatoria.

4. Una vez recogida la jurisprudencia del TEDH que se acaba de citar, se hace preciso hacer algunas consideraciones sobre las cuestiones procesales suscitadas. En primer lugar, se advierte que no solo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LECrim (no modificada con motivo de la reforma de la LECrim por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra taxativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

Esta Sala ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), ajustándose así a lo preceptuado en la LECrim (art. 795.3 antiguo y 790.3.º actual).

Además, de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos «de facto» un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas. Mucho más razonable resulta, por tanto, mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los relevantes y significativos datos que proporcionan las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación, tal como autoriza la última reforma del art. 791.2 de la LECrim por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Posibilidades que, por cierto, han sido minusvaloradas por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 120/2009, 184/2009, 142/2011, 153/2011 y 154/2011).

Resulta, ciertamente, una contradicción que asistamos a un claro incremento en el uso de la vídeo-conferencia para practicar relevantes pruebas testificales en primera instancia, tanto en las diligencias practicadas en el ámbito territorial interno como en el internacional, y que en cambio se infravalore el mismo procedimiento técnico para supervisar en apelación o en casación la eficacia de las pruebas personales practicadas en el juicio oral.

Por lo demás, las referencias reiteradas del TEDH a la exigencia de que para condenar *ex novo* en segunda instancia se oiga previamente al acusado en una vista oral y que incluso se proceda a la «valoración directa del testimonio de otros testigos», implica en cierto modo una injerencia desproporcionada en la regulación interna de los recursos de apelación y casación que genera una importante distorsión y disfuncionalidad en todo el sistema de los recursos en el ámbito procesal penal español, debido a la implantación en algunos casos, como ya se dijo, de un modelo de recurso que se acerca a la apelación plena, a pesar de su escasa aplicación en el ámbito europeo debido a su escasa practicidad y a sus graves inconvenientes.

En efecto, habría que celebrar una nueva audiencia pública en la segunda instancia, a la que tendrían que ser citados de nuevo los acusados y testigos, ocasionándoles las correspondientes incomodidades y perjuicios, toda vez que posiblemente sería la tercera vez, si no alguna más, que acudirían ante un órgano judicial a exponer los hechos o a debatir sobre una pericia. Ello supondría para el ciudadano una carga y un coste que en ningún caso comprendería.

La repetición de la vista oral con la intervención de todas las partes y la práctica de nuevo de las mismas pruebas personales, con la posibilidad de otras a mayores, no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más certera a las cuestiones que se suscitan en toda causa penal. Más bien sucedería seguramente lo contrario, pues el alejamiento de los hechos en el tiempo repercutiría en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes. Sin descartar los posibles prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado y que seguramente conocerán el resultado del juicio celebrado en la instancia. A lo que habría de sumarse el riesgo de la alteración de la prueba a través de sugerencias, conminaciones o amenazas con el fin de que se modificaran los testimonios que resultaron incriminatorios o exculpatorios en la vista oral anterior.

El inicio de un nuevo juicio en la segunda instancia, con reiteración y nueva práctica de pruebas, implica más que la revisión y control de un juicio ya celebrado y de la decisión adoptada en el mismo, la celebración de otro juicio distinto en el que va a primar lo nuevo sobre la revisión de lo anterior. Se parte así prácticamente de cero y se entra en una dinámica que va a impedir el control último o final de lo anteriormente realizado. Con lo cual se pierden las garantías de la supervisión y de la crítica razonable que todo recurso conlleva y se aboca a la celebración de varios juicios que acaban careciendo de una auténtica fiscalización posterior.

Al celebrarse dos juicios diferentes con un espacio probatorio propio y autónomo y resultar que el enjuiciamiento decisivo es el que se tramita ante el tribunal de apelación, parece obvio que la primera instancia resulta devaluada

y todo ha de quedar a expensas de la segunda, que será cuando la prueba ha de determinar la convicción del tribunal que decida de forma definitiva el procedimiento.

De otra parte, es sabido que la jurisprudencia del TEDH tiene como objetivo establecer unas bases comunes de aplicación de las garantías procesales en todo el ámbito europeo, lo que en la práctica supone la implantación de un derecho procesal de mínimos y no de máximos. De forma que en algunas materias ha tenido que suavizar o amortiguar las exigencias en el cumplimiento de algunas garantías procesales fundamentales con el fin de adecuar la aplicación del Convenio Europeo a los distintos sistemas procesales que concurren en el perímetro territorial donde tiene vigencia.

Así ha sucedido con la interpretación que hace el TEDH del principio de legalidad penal, ya que con el fin de obtener un mínimo denominador común con respecto a los distintos sistemas jurídicos procesales de los países que han suscrito el Convenio, y también de acuerdo con lo establecido en el art. 7 de su texto, se han flexibilizado las exigencias de la legalidad penal desde la perspectiva de los requisitos de la previsión delictiva mediante una *lex scripta* y *stricta* para dar cabida a los ordenamientos jurídicos del common law (ver SSTEDH 22-6-2000, caso Coeme y otros contra Bélgica; y 15-11-1996, caso Cantoni contra Francia).

Esa flexibilización o unificación a la baja choca frontalmente con la rígida y poco fundamentada homogeneización al alza que se impone por la jurisprudencia del TEDH en relación con los recursos procesales en el ámbito penal.

5. La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 164/2012, de 3-3, y 325/2012, de 3 de mayo, entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio

de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

Tercero.—Al descender al caso concreto que se enjuicia, se observa que en él se dan unas circunstancias específicas que impiden modificar el resultado probatorio obtenido en la sentencia absolutoria que ahora se cuestiona.

En efecto, tal como ya se expuso en su momento, la Audiencia introdujo en el relato fáctico un último párrafo en el que especifica que no se ha acreditado que las diferentes operaciones jurídicas formalizadas por los cuatro acusados tuvieran como objetivo disponer de los patrimonios personal y social con el fin de no hacer efectivo el crédito de los querellantes.

Para obtener esa convicción la Sala no solo calibró probatoriamente la importante prueba documental referente a las operaciones jurídicas que se tildan de fraudulentas, sino que también contó con las declaraciones de los cuatro acusados y de algunos testigos.

Por lo tanto, al concurrir pruebas personales y, además, no haber sido oídos los acusados en esta segunda instancia por no contar el recurso de casación dentro de su marco legal con un trámite específico que habilite la práctica de prueba, es claro que, a tenor de la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional, no resulta viable modificar el relato fáctico de la sentencia recurrida ni la convicción absolutoria de la Audiencia Provincial.

A este respecto, ha de tenerse en consideración que en la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2011, de 26 de septiembre, cuyo contenido sustancial se ha reseñado en el fundamento anterior, la cuestión nuclear que se dilucidaba para establecer la responsabilidad penal de los acusados era si concurría o no en su conducta *el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados*. Y según afirmó el Tribunal

Constitucional, era imprescindible para poder resolver ese interrogante fáctico-jurídico que fueran oídos los acusados en la segunda instancia para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su versión personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

Y otro tanto ha de decirse con respecto a las sentencias del TEDH de 25 de octubre de 2011 (caso Almenara Álvarez contra España), de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España), de 13 de diciembre de 2011 (caso Valbuena Redondo contra España), y en la de 20 de marzo de 2012 (caso Serrano Contreras contra España), dado que en todas ellas se suscitaba como cuestión principal, tal como se expuso en su momento, si concurría en la conducta de los distintos acusados el elemento subjetivo del dolo defraudatorio propio de los delitos de alzamiento de bienes, estafa y contra la Hacienda Pública.

En concreto, en la sentencia del *caso Almenara Álvarez contra España* (sentencia de 25 de octubre de 2011) el TEDH entendió que, al examinar el Tribunal de apelación las intenciones y el comportamiento de la acusada —con motivo de enjuiciar como aquí un delito de alzamiento de bienes— y estimar *ex novo* una *voluntad fraudulenta* por su parte, se estaba dilucidando una cuestión de naturaleza sustancialmente factual sin haber escuchado previamente al reo. Visto lo cual, consideró infringidas las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales.

En el caso que ahora enjuiciamos también se problematiza sobre si los acusados actuaron con dolo defraudatorio en perjuicio de la sociedad querellante, es decir, si concurrió el elemento subjetivo propio del delito de alzamiento de bienes. Por lo tanto, además del escollo que supone no haber percibido directamente las pruebas personales que influyeron en la absolución por la Audiencia, tampoco está previsto que en el recurso de casación sean escuchados los acusados ni que se practiquen otras pruebas, impedimentos que obstaculizan la tutela del derecho de defensa en los términos que exigen el TEDH y el Tribunal Constitucional para dictar una primera condena en vía de casación.

Por consiguiente, aunque en el fundamento primero de esta sentencia se ha razonado que convergen en este caso, a tenor de la premisa fáctica, los elementos objetivos del delito de alzamiento de bienes, y también que incluso mediante un juicio de inferencia todo aparenta que también se da el elemento subjetivo del referido tipo penal, esta última convicción no se puede plasmar en esta instancia debido a los requisitos procesales que vienen exigiendo la doctrina jurisprudencial del TEDH y del Tribunal Constitucional con respecto a los principios de contradicción e inmediatez y al derecho fundamental a la defensa.

Así las cosas, no puede acogerse el motivo segundo del recurso y no cabe anular la absolución de la resolución recurrida con respecto al delito de alzamiento de bienes.

Sentencia 654/2012, Sala Segunda del TS, de 20 de julio

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Prueba ilícita y confesión del acusado. Delitos contra la salud pública**

Recurso de Casación: **n.º 2192/2011**

Artículos: **18 y 24 CE, 11 LOPJ, Capítulo III Código Penal, 579, 688 y 786 LECrim**

Delitos contra la salud pública: Aplicando la teoría de la conexión de antijuridicidad, la Sala ratifica la condena de instancia que valoró como prueba de cargo la confesión del acusado en el juicio oral, a la que considera desconectada y no contaminada por la intervención telefónica cuya nulidad se declaró en la sentencia. Por su interés se extracta el voto particular, crítico con la referida teoría que supone una reformulación del art. 11.1 LOPJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.— Invocando los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, se ha denunciado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) y del principio de legalidad penal (art. 25.º CE). El argumento es que, si bien es cierto que en la sentencia impugnada se declaró la ilegitimidad de las intervenciones telefónicas producidas en la causa, no se dio a este aspecto de la decisión todo el alcance que correspondería y que se había solicitado. Esto porque planteada la cuestión de la nulidad de los autos que autorizaron las interceptaciones, como previa al comienzo del juicio, la defensa pidió a la Audiencia que suspendiese la vista, de modo que pudiera deliberar con sosiego y detenimiento sobre el asunto suscitado; pero la solicitud no fue acogida, pues el tribunal decidió resolver al respecto en la propia sentencia. Y tal modo de proceder, a juicio de la parte, menoscabó el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva sin indefensión, porque la aceptación en principio como prueba de dichas intervenciones habría predeterminado su actuación en la vista, limitando sus posibilidades de defensa.

La sala de instancia, es cierto, declaró constitucionalmente ilegítimas las intervenciones telefónicas. Pero, contando con la confesión del acusado en el juicio, producida en el sentido de que transportaba la cocaína para entregársela a alguien, entendió aplicable aquí el conocido criterio del Tribunal Constitucional y de esta sala, según el cual la originaria ilegitimidad constitucional de la actividad investigadora que condujo a la obtención de una información de cargo de efectivo valor incriminatorio, no se transmite de manera automática con ésta, cuando los datos correspondientes hubieran ingresado también en el cuadro probatorio merced a un acto de prueba procesalmente autónomo, producido con las garantías legales (por todas, SSTC 81/1998, 49/1999 y 134/1999 y SSTS 477/2007 y 1618/2006). De este modo, llegó a la conclusión de que la declarada ilicitud de las intervenciones telefónicas no se transmitió

al contenido de la declaración autoinculpatória de Basilio Estanislao, que, debidamente asistido y con todas las garantías procesales, hizo aquel reconocimiento en respuesta a una pregunta del Fiscal. Y, en consecuencia, esa declaración, con el tratamiento procesal que acaba de explicarse, aportó elementos de cargo de fuente no contaminada y, por ello, utilizables del modo que lo ha hecho la sala de instancia, sin que ello suponga vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

El recurrente cita jurisprudencia de este tribunal en la que se negó ese efecto a manifestaciones autoinculpatórias asociadas a interceptaciones telefónicas ilegítimamente acordadas, pero —a pesar de incluirlo en la referencia— prescinde de un dato relevante del contexto de semejante clase de supuestos. Tal es que ese modo de decidir se habría producido en presencia de una situación en la que el imputado, en la inmediatez de la detención y de la incautación del cuerpo del delito en el área de su disponibilidad, dada la presión de los acontecimientos que le afectaban de un modo particularmente intenso, estuvo realmente incapacitado para autodeterminarse al declarar con la necesaria libertad de criterio. A lo que suele ir asociado el hecho de que, en circunstancias así, la confesión no está eficazmente informada, al no haber tenido el declarante conocimiento de la alta probabilidad de una declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas y de los elementos probatorios obtenidos en ellas, que dejaría como única prueba de cargo esa admisión de la propia culpabilidad (STS 1279/2009, de 10 de diciembre).

Pues bien, ciertamente no es el caso, pues aquí el acusado sí tuvo conocimiento de la probabilidad de esa eventual declaración de nulidad, contemplada expresamente por su defensa e incluso hecha valer de forma argumentada en su presencia. Por tanto, la hipótesis de una decisión de la cuestión previa como la que se produjo, con el resultado de que, al fin, la única prueba de cargo hábil llegara a ser la que en efecto ha resultado tal, no puede decirse ajena ni extraña a la representación por el acusado de

su propia situación en el momento del juicio. En efecto, porque, bien defendido, actuó en él con pleno conocimiento del marco de referencias normativas y de los posibles efectos de la actitud que, en definitiva, decidiera adoptar. Por consiguiente —como se lee en la STS 1129/2006, de 15 de noviembre— aquí «la confesión de los hechos por parte del acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrec[ía], y cuyas consecuencias debe asumir». Que es lo que hace posible estimar «tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita».

Así las cosas, lo cierto es que a tenor de la misma jurisprudencia que invoca el recurrente, su declaración en el juicio debe considerarse, pues, una prueba de cargo autónoma, bien adquirida y hábil para extraer de ella la conclusión a la que ha llegado el tribunal de instancia. Y el motivo no puede estimarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A LA
SENTENCIA NÚMERO 654/2012, DE FECHA 20
DE JULIO DE 2012, QUE RESUELVE EL RECURSO
DE CASACIÓN NÚMERO 2192/2011

Primero.—He redactado la sentencia ajustándome al criterio de la mayoría. Conuerdo con ella en la corrección del tratamiento dado por la sala de instancia a las interceptaciones telefónicas de esta causa, que, por lo demás, en sí mismo, no ha sido objeto de impugnación. Pero discrepo de la valoración de la declaración autoinculpatoria del acusado, que, a mi juicio, y por lo que diré, es indisoluble, esto es, forma un todo con las escuchas ilegítimamente practicada; tanto que no podría explicarse al margen de estas.

(...)

Tercero.—El art. 11.1 LOPJ, según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del art. 24.2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución

reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida. Por tanto, lo reglado en esa primera disposición es mera proyección normativa de lo expresado en la segunda. Y en ambas se plasma una precisa opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los EE.UU., cuyo ordenamiento concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir abusos policiales (deterrent effect). Pero no como derecho fundamental en sí misma: un dato que impide apresuradas asimilaciones de ambos sistemas como las que, no obstante, frecuentemente se hacen.

La razón de tal opción del legislador español es fácil de comprender. En un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto. Y ello por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia.

Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima. Tan rigurosamente ilegítima como lo proclama el inequívoco enunciado legislativo que es objeto de análisis.

Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesalmente ilegítimo.

(...)

Cuarto.—En este contexto de interacción del art. 24 CE y el art. 11.1 LOPJ, la idea de que la confesión autoinculpatoria, que es mero reconocimiento de lo conocido a través de una intervención connotada de radical ilegitimidad constitucional, carecería de relación con ésta,

sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-legales de la declaración del imputado en el juicio, es argumentalmente falaz, por varias razones:

- 1.^a Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúa sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.
- 2.^a Porque no está al alcance del declarante ni de ningún tribunal —de nadie, por tanto— convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo en un ejercicio de prestidigitación jurídica.
- 3.^a Porque —como es el caso— visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y luego recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones. Lo que, sin duda, sugiere un déficit objetivo de defensa, por falta de prevención frente a una pregunta del Fiscal que, a tenor del marco, era claramente capciosa (art. 709 LECrim).

Y, saliendo al paso de una objeción —que no se sostiene—, pero que recurre en algunos discursos, debo afirmar que con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso. Incluso, ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, diré que, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a uno de los del estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Y conviene reparar en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables.

Por lo demás, es también de una llamativa obviedad que no hay el más mínimo apunte de contradicción, entre la actitud jurisdiccional consistente en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante

confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar (ex art. 11.1 LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen. La patente diversidad esencial de las situaciones de partida y la incidencia de ese precepto, hace que la diferencia de tratamiento de los elementos de juicio en uno y otro caso se encuentre plenamente justificada. Mejor: es la constitucional y legalmente debida.

Quinto.—Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11,1 LOPJ. Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: «Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...». De donde se sigue, como bien ilustra la práctica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial. Algo que según los cánones ordinarios de interpretación resulta rigurosamente inaceptable.

Es por lo que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, como forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto tantas veces citado, sólo puede tener, a su vez, una lectura. Tal es la implícita en el criterio que inspira este voto particular, que se cifra en considerar que las decisiones judiciales, las actuaciones policiales, las interceptaciones telefónicas connotadas de ilegitimidad constitucional, así como la grabación y documentación de sus resultados, el interrogatorio en juicio de los eventuales implicados y sus respuestas, son actuaciones de sujetos institucionales (jueces, fiscales o policías), o provocadas por ellos en el ejercicio de sus funciones, y producidas en un medio asimismo institucional y por cauces formalizados, aunque presenten desviaciones importantes del paradigma normativo de necesaria referencia.

Siendo así, no es posible operar en este terreno con una artificiosa distinción de dos pla-

nos y otros tantos cursos causales, el jurídico y el natural o real. Por lo que acaba de decirse y, además, porque los efectos jurídicos indeseables no podrían ser denotados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico. Así, es patente que tanto la prueba matriz como la refleja y las interconexiones de ambas se dan en un marco formalizado de relaciones, en el que son inequívocamente jurídicos tanto las causas como los efectos, incluso en el caso de que puedan estar afectados de grave irregularidad.

En definitiva, la conclusión necesaria es que, primero, el art. 11.1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos «naturales» de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que «donde la ley no distingue...». Y, en segundo término, que por lo argumentado, el hilo conductor que liga la interceptación telefónica ilegítima y la información (mal) obtenida, mediante ella, con el interrogatorio y la confesión de los inculcados es de naturaleza institucional, formal

y (anti)jurídica. De tal manera que entre ambos momentos, para decirlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, existiría en todo caso una objetiva «conexión de antijuridicidad».

Sexto.—Hay una última consideración que, aunque se mueva en un ámbito distinto de las precedentes, no deja de ser importante. Es que, vigente el art. 11.1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoleador en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

Es por lo que entiendo que tendría que haberse estimado el primer motivo del recurso.

Sentencia 663/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de julio

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Asesinato. Tentativa**

Recurso de Casación: **n.º 11998/2011**

Artículos: **16 y 139 Código Penal**

Asesinato: Tentativa. Se califica de tentativa y no de delito consumado, de acuerdo con criterios de imputación objetiva, un supuesto en el que la muerte de la víctima se produce tres años después de la agresión homicida, co-determinada también por factores ajenos a ésta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primer motivo del recurso de la acusación particular, por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECrim, alega aplicación indebida de los arts. 16 y 62 del Código Penal, en relación con el delito de asesinato. Estima la parte recurrente que el delito debió ser

sancionado en grado de consumación, como se hizo en la sentencia del Tribunal del Jurado, y no de tentativa, que es el criterio del Tribunal de Apelación.

El motivo suscita una cuestión de interés desde el punto de vista doctrinal, pues es cierto que en la perspectiva clásica de la imputación

objetiva puede estimarse que el fallecimiento final de la víctima es un resultado imputable al acusado, en la medida en que la acción del autor creó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, al disparar a la víctima con el propósito de acabar con su vida; el resultado producido, aunque se produjese tres años después por una complicación en el tratamiento de sus secuelas, puede considerarse como la realización efectiva del peligro generado por la acción; y evitar dicho resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.

Pero también es cierto que el Tribunal sentenciador razona acertadamente que supuestos como el presente, en el que el resultado fatídico se produce de forma muy distanciada en el tiempo respecto del hecho delictivo (tres años después de la agresión, en el caso actual), y en dicho resultado (que tuvo como causa inmediata un shock séptico) concurren complicaciones derivadas de las lesiones sufridas en la agresión inicial con otras concausas que han determinado el resultado fatal, requieren un tratamiento específico, pues es indudable que la calificación delictiva no puede depender del momento en que se enjuicie el hecho y todo resultado de lesiones graves puede tener incidencia tiempo después en una agravación o complicación que influya o determine el fallecimiento, sin que el enjuiciamiento y valoración del resultado delictivo pueda depender de modo indefinido.

En consecuencia, en el caso actual, como acertadamente razona el Tribunal de apelación, ha de estimarse que cuando el 10 de diciembre de 2007, un año después de la agresión, se emitió el parte de sanidad con secuelas, puede considerarse que la asistencia médica había logrado neutralizar la potencialidad letal de las lesiones, por lo que podía concluirse que el resultado final de los disparos fue un conjunto de secuelas de gran entidad pero no la muerte, y la calificación correcta de los hechos la de homicidio en grado de tentativa.

En este sentido puede afirmarse, como razona el Tribunal de Apelación, que la víctima salvó su vida, después del ataque inicial, frustrando el designio del agresor y comenzó una nueva etapa en la que debía ser tratada como enferma.

Enfermedad en cuya evolución pueden incidir muchos factores, como ocurrió en el presente caso, según decisiones, circunstancias, eventualidades y comportamientos ajenos o de la propia víctima, no previsibles ni controlables, por lo que cabe pensar en una solución de continuidad que impide conectar causalmente, en el plano de la imputación, la muerte con la conducta enjuiciada. Y en cualquier caso parece claro que la incertidumbre sobre la futura evolución de las lesiones y sus secuelas, una vez obtenido el parte de sanidad, no puede autorizar a dilatar indefinidamente la persecución penal, la calificación del hecho y la celebración del juicio, por lo que la responsabilidad del agresor debe dilucidarse en función del resultado del hecho tal y como es conocido en el momento en que se obtiene la sanidad y se estabiliza la situación del lesionado, que ya únicamente requiere cuidados asistenciales derivados de las secuelas, momento en el que la muerte no se había producido y la calificación del hecho era la de homicidio intentado.

Quinto.—Razona también el Tribunal de Apelación, con buen criterio, que a lo largo de tan dilatado lapso temporal se multiplican sin duda los factores que pueden influir en la evolución de un enfermo. No es arriesgado suponer que en un alto porcentaje de los casos en los que se dicta una condena por un resultado de lesiones graves, derivadas o no de una tentativa de homicidio, tales lesiones pueden contribuir de modo relevante al fallecimiento posterior del lesionado, aunque solo sea porque las lesiones graves, por sí mismas, comportan una limitación de funciones vitales de la víctima y una mayor exposición a riesgos para su vida. Señala el Tribunal de apelación como ejemplo que una persona con pérdida de un riñón como consecuencia de una agresión delictiva, o con paraplejía, es posible que acabe falleciendo años más tarde por un proceso patológico en el que intervenga de modo decisivo la disfuncionalidad renal o la falta de movilidad, por lo que es necesario determinar si el transcurso de un largo tiempo con las lesiones estabilizadas tras la sanidad debe ser un factor a tener en cuenta en la imputación objetiva del resultado.

Partiendo de la razonable consideración de que el alta médica, en sí misma, no es un hito al

que jurídicamente se le deba dar una virtualidad automática, el Tribunal de Apelación considera, sin embargo, que el hecho de la supervivencia de una persona herida durante un período prolongado de tiempo, después de la sanidad y la estabilización de las lesiones, es indicativa de que la persona agredida salvó su vida tras el episodio violento y éste no puede ser calificado como homicidio consumado, sin perjuicio de que las lesiones sufridas, como un resultado inherente a las mismas, la dejen expuesta a un mayor riesgo posterior para su vida, como consecuencia de posibles complicaciones, infecciones o efectos latrogénicos del propio tratamiento.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal de Apelación estima que en los supuestos de que el fallecimiento se produzca un largo período después de que las lesiones se hayan considerado clínicamente estabilizadas, el resultado mortal solo deberá imputarse objetivamente al autor de la agresión inicial, sancionándolo como homicidio consumado, cuando en el momento de la estabilización de las lesiones el futuro resultado mortal pueda calificarse de necesario o al menos de muy probable, según el curso natural de la enfermedad o padecimientos causados, y efectivamente se produzca antes del enjuiciamiento. Pero no en aquellos casos, como el presente, en el que las lesiones se estabilizan de modo que las secuelas pueden evolucionar indefinidamente sin que el resultado fatal se produzca; resultado que solo constituye una mera eventualidad en función de decisiones, comportamientos o simples acontecimientos que pueden complicar la evolución de las secuelas, pero que son impredecibles y de ninguna manera es seguro que se vayan a producir.

Aplicando este criterio al caso enjuiciado, el Tribunal de apelación estima, valorando el relato fáctico, que si bien es cierto que la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima está en el origen del proceso infeccioso que tres años después le llevó a su fallecimiento, también es cierto que eran posibles muy diversos cursos causales hipotéticos en la evolución de dicho proceso, que no concluyeran en el fallecimiento, en función de la concurrencia de otras concausas, como la resistencia de la propia víctima al uso de la sonda nasogástrica, que se arrancaba

continuamente, una alimentación más rigurosa, pues estaba previamente debilitada por la desnutrición, una mejor atención domiciliaria, una estancia más prolongada en el centro especializado para personas sin movilidad, una decisión más acertada sobre el antibiótico a utilizar para combatir la infección, etc.

Partiendo de estas valoraciones, jurídicas y fácticas, el Tribunal de apelación estima que el hecho debe ser calificado como asesinato en grado de tentativa, pues la atención médica prestada salvó la vida a la agredida, evitando el resultado mortal, y dando lugar a una sanidad con graves secuelas, con un cuadro clínico estabilizado durante un largo período de tiempo, que no permiten calificar el asesinato como consumado. Tres años después se produjo efectivamente el fallecimiento de la víctima, pero como un resultado remoto en el que intervinieron otras concausas y que no es objetivamente imputable a la conducta del acusado, en los términos ya expuestos.

Sexto.— Sin entrar en consideraciones doctrinales y centrándonos en la especialidad del caso enjuiciado, ha de convenirse en que el criterio del Tribunal de Apelación, detalladamente expuesto, es razonable y proporciona una adecuada solución al conflicto. La calificación del delito no puede depender del momento en que se enjuicia, y si la sanidad del lesionado y la estabilización de las secuelas permiten apreciar que el atentado mortal no ha logrado consumarse, prolongándose indefinidamente en el tiempo dicha estabilización, durante años, sin que sea previsible como necesario o, al menos como muy probable, que la evolución de las secuelas vaya a conducir ineluctablemente al fallecimiento, el hecho de que éste se produzca años más tarde por una complicación surgida en el tratamiento, no puede determinar un nuevo enjuiciamiento o un cambio de calificación, pues de otro modo el proceso penal debería mantenerse indefinidamente abierto en cualquier caso de homicidio intentado con resultado de lesiones graves.

En consecuencia, el resultado objetivamente imputable al acusado en estos casos debe concretarse en el que se produce como consecuencia de la estabilización de las lesiones, una vez alcanzada la sanidad o alta médica, sin abarcar

resultados remotos aun cuando en ellos pueda haber tenido una influencia relevante, en confluencia con otras causas, la lesión inicialmente

sufrida. El criterio del Tribunal sentenciador, por tanto, debe ser confirmado y el recurso desestimado.

Sentencia 676/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de julio

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Edad del imputado**

Recurso de Casación: **n.º 11165/2010**

Artículos: **19 Código Penal y 375 LECrim**

Edad penal: Atendido el margen de error de los exámenes practicados para determinar la edad de los recurrentes en el momento de comisión de los hechos, se estima el recurso decretando su absolución, sin perjuicio de su remisión al Juzgado de menores para eventual enjuiciamiento si el Ministerio Fiscal lo estimare conveniente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Vigésimo.—En el motivo segundo, formalizado como el anterior por vulneración constitucional (art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se denuncia ahora la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución española), tanto en su aspecto relativo a su participación delictiva, como con respeto a su reproche relativo a la minoría de edad de este recurrente.

Respecto a un condición de menor de edad penal, dice la Audiencia que ha quedado acreditado que tiene 19 años o más según el informe de los folios 2177 y siguientes.

Concretamente, en este último folio (el 2177), consta un dictamen de servicio radiológico de la Consejería de Salud (hospital universitario de Puerto Real, Cádiz), sobre Inocencio, en donde se realiza un radiografía de la mano y muñeca izquierda, para el cálculo de la edad ósea, según el método de Greulich Pyle, y tras los análisis oportunos, se concluye que la edad ósea es de 19 años (o superior).

Este propio método es el utilizado en el caso de otro recurrente, Germán, que cuenta además con un estudio más completo, y en donde se dictamina que, para los sujetos no europeos, como es también este caso, el margen de error hay que

sitarlo en (+/-) dos años, razón por la cual se encuentran en la misma situación de duda, por lo que, en atención a esas variables, ha de estimarse el motivo, y declararse la exención de su responsabilidad penal por el Código Penal de los mayores (Código de 1995), sin perjuicio de su responsabilidad penal en el ámbito de la jurisdicción especial de menores.

Cualquier duda en esta cuestión, ha de resolverse a favor de reo, evitándose así la posible entrada en un centro penitenciario con edad menor a la legal, y possibilitando, en cambio, su enjuiciamiento a través del correspondiente Juzgado de Menores, como jurisdicción especializada.

Se absolverá a este recurrente en la segunda sentencia que dictaremos al efecto, sin que se ya procedente ya el estudio de los restantes motivos.

RECURSO DE GERMÁN

Trigésimo tercero.—Este recurrente, en su único motivo, admite los hechos en el desarrollo del motivo, y dice que ocupaba la embarcación en donde se halló una gran cantidad de hachís, pero que contaba solamente con 16 años, por lo que reclama que sea juzgado por el Tribunal competente, que no es otro que el de menores.

Señala que debe aplicarse en su favor la duda sobre su minoría de edad. Por tanto, se combate exclusivamente contra la asignación al recurrente de una edad superior a los 18 años en el momento de comisión de los hechos.

El Informe Médico-Forense que aparece reflejado en autos, a los folios 2568 y siguientes, en lo que respecta a este recurrente, y tras un intenso estudio, confirma que el examen radiológico practicado indica una edad superior a los 19 años, con un intervalo de error de (+/-) dos años, al tratarse de un sujeto no europeo. Este margen de error ha de suponer que la fia-

bilidad no sea absoluta, por lo que se ha estimado el motivo, con la exigente definida en el art. 19 del Código Penal, en tanto que en dicho precepto se señala que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

En consecuencia, procederá su absolución, y las actuaciones podrán remitirse al Juzgado de Menores para su enjuiciamiento, si procediera.

Sentencia 653/2012, Sala Segunda del TS, de 27 de julio

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Tráfico de drogas. Apreciación del tipo atenuado**

Recurso de Casación: **n.º 2232/2011**

Artículos: **22 y 368 Código Penal**

Tráfico de drogas: Apreciación del tipo atenuado. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad (admitida en las sentencias más recientes) de apreciar el nuevo subtipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, pese a la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.— El primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formaliza al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del párrafo segundo del art. 368 del Código Penal.

Esta Sala, tras iniciales vacilaciones, viene sosteniendo que el párrafo segundo del art. 368 ha de ser concebido como un subtipo atenuado y no una pura facultad discrecional. Se razonó en ese sentido de forma extensa y clara en la sentencia 851/2011, de 22 de julio que se hacía eco de algunos pronunciamientos anteriores: «la reforma introduce un subtipo atenuado en el párrafo segundo, que no obstante referirse a la reducción en grado como mera posibilidad, no significa que el Juez pueda libérramente

rebajar o no la pena, sino apreciar discrecionalmente, es decir mediante valoración razonable y razonada, la concurrencia de los factores condicionantes de la reducción; pero sí los aprecia como concurrentes, la rebaja debe entenderse como obligada».

En estos casos no cabe hablar de absoluto arbitrio. Así en el supuesto del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal, hemos entendido que la potestad atribuida al juzgador no es una simple facultad opcional de rebajar la pena dentro de un marco penológico concreto, sino una nueva entidad tipológica, con su propia penalidad, cuya aplicación demanda la concurrencia de una serie de circunstancias, aunque en última instancia y de modo razonado (art. 9.3 y 24.1.º C.E.) pueda rechazar su aplicación el tribunal. No es el ejercicio del arbitrio previsto en un tipo penal, en orden a la elección de una

pena mayor o menor, sino la aplicación opcional de un subtipo privilegiado.

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho —lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad—, y a las circunstancias personales del autor, lo que nos reconduce al área de la culpabilidad. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos, el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto, queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La «escasa entidad del hecho» debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9-6-2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica, menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la «menor culpabilidad», las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del

culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual, se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta, en efecto, podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concudiesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa «y», en lugar de la disyuntiva «o». Desde luego, la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje la apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativo, resultase simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podrá apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la «escasa en-

tividad del hecho y a las circunstancias personales del autor», realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurran ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo.

Apuntábamos en la STS 345/2011, 28 de abril, que no es fácil delimitar conforme a reglas de vocación generalizada el contenido material de lo que por escasa entidad del hecho deba entenderse. En la búsqueda de criterios orientadores, conviene recordar que la entidad del hecho es empleada en otros preceptos como criterio de atenuación. Así, por ejemplo, el art. 242.2 del CP, al regular el delito de robo con violencia, autoriza la degradación de la pena impuesta en atención «... a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho». En el delito de incendio previsto en el art. 351 del CP, la «menor entidad del peligro causado» también actúa como criterio de atenuación y los delitos contra la seguridad del tráfico conocen esa rebaja de la pena en un grado atendiendo «... a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho» (art. 385 ter). En otras ocasiones, la entidad del perjuicio es presupuesto para la definición de un tipo agravado. Así acontece, por ejemplo, con el delito de estafa (cfr. art. 250.4 CP).

Nótese que el art. 368 del CP no se refiere a la menor entidad, sino a la escasa entidad de los hechos ejecutados. Y mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo escaso, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de excepcionalidad. De hecho, su origen etimológico —de la voz latina «excarsus»— evidencia su propia limitación, su escasa relevancia, en fin, su singularidad cuantitativa y cualitativa.

Sea como fuere, sólo el examen del caso concreto, de las singularidades que definan la acción típica, disminuyendo la intensidad del injusto, y de las circunstancias personales que puedan debilitar el juicio de reprochabilidad, podría justificar la atenuación.

Con todo, y como dice la STS 103/2011, de 17 de febrero, el vigente art. 368, párrafo segundo —nada ajeno en su inspiración al criterio proclamado por esta misma Sala en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el día 25 de octubre de 2005—, otorga al órgano decisorio una facultad discrecional que le autoriza a degradar la pena. Sin embargo, como decíamos en la STS 33/2011, 26 de enero, esa facultad tiene carácter reglado, en la medida en que su corrección se asocia 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») y, por tanto, es susceptible de impugnación casacional. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. De lo que se trata, en fin, es que la motivación del proceso de individualización de la pena se ajuste a los parámetros constitucionales que esta Sala viene exigiendo para colmar el derecho constitucional a una resolución motivada de forma razonable (art. 24.1 de la CE).

Igualmente hemos precisado también que el significado jurídico de este precepto atenuado, no está, desde luego, relacionado con la actitud procesal del acusado y su posible reconocimiento del hecho que, de desplegar alguna influencia en la determinación de la pena, habría de serlo a través de otras circunstancias llamadas precisamente a atenuar el juicio de reprochabilidad, singularmente en aquellos casos en los que el acusado confiesa el hecho, repara el daño cometido por el delito o colabora con las autoridades que lo investigan (cfr. STS 33/2011, 26 de enero).

La cuestión que plantea el Ministerio Fiscal es la imposibilidad de que por la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, pueda aplicarse tal subtipo atenuado. Y a la par que tal obstáculo, analiza las circunstancias del caso concreto, para igualmente interesar su inaplicación.

Es muy interesante este reproche casacional, pues el tema que se suscita por el Ministerio Fiscal, dista mucho de ser pacífico, por ahora,

en esta Sala Casacional, aunque los pronunciamientos más recientes, se inclinan a favor de que la agravante de reincidencia no es un obstáculo insalvable en la aplicación del art. 368-2.º del Código Penal.

Veamos la doctrina jurisprudencial al respecto.

En la línea de la exclusión de la aplicación del meritado subtipo, contamos con la STS 274/2011, de 13 de abril, que declaró que no era posible la aplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, pues dado que obliga a tener en cuenta las circunstancias personales del culpable, lo impide la concurrencia de la agravante de reincidencia, habida cuenta, además, del escaso tiempo transcurrido entre la firmeza de la anterior sentencia y la ejecución de los hechos aquí enjuiciados. Es decir, se toma en consideración la proximidad entre el precedente condenatorio, y el hecho que podría motivar la aplicación del subtipo atenuado. En esta misma posición, nos encontramos con la STS 921/2011, de 16 de septiembre, en donde se razona que la reincidencia declarada, no se corresponde con las exigencias propias de un supuesto legalmente concebido con carácter excepcional, toda vez que en esta ocasión el recurrente es reincidente, de modo que no puede hablarse de una conducta «ocasional», como se ha venido teniendo en cuenta en la doctrina de esta Sala como requisito para la aplicación del subtipo atenuado.

En la posición contraria, la STS 103/2011, de 17 de febrero, afirma que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (cfr. arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que

resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del art. 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior.

En definitiva —concluye esta resolución judicial—, la concurrencia de la agravante de reincidencia supondrá un dato de carácter personal que no podrá ser orillado en la ponderación de la aplicabilidad de la regla de atenuación. Pero su constatación, por sí sola, no implicará un obstáculo para valorar si, pese a ese historial delictivo, concurren otras circunstancias que puedan justificar la reducción de la pena ligada al tipo básico.

La STS 914/2011, de 20 de julio, dijo que aunque el Ministerio Fiscal se opone a la aplicación del párrafo segundo porque el acusado había sido condenado anteriormente por la misma clase de delito, «dicho párrafo excluye su aplicación si concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370. La reincidencia no implica sin más tal exclusión; y su presencia ya ha sido evaluada como agravante».

En esta misma línea abunda la jurisprudencia más reciente. La STS 1359/2011, de 15 de diciembre, tras remitirse a la ya citada STS 103/2011, de 17 de febrero, y a otra más, la STS 600/2011, de 9 de junio, reproduciendo los mismos argumentos iniciales, vuelve a señalar que la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuante. Distinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la «escasa entidad». En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo ate-

nuado. Y finaliza: «por lo demás, la agravante de reincidencia seguirá operando, pero no en el ámbito del tipo penal básico, sino en el del atenuado, con lo cual se evitará que se active dos veces en perjuicio del reo: bloqueando la aplicación del subtipo y exacerbando la pena del párrafo primero del art. 368 del C. Penal».

Como vemos, esta última línea se inclina por que tal circunstancia agravante no sea un obstáculo insalvable para la aplicación del párrafo segundo del art. 368 del Código Penal, al menos en los supuestos en que el hecho que determina el antecedente se encuentra distanciado en el tiempo respecto al que reclama su consideración.

En el supuesto de autos, el Tribunal sentenciador razonó que tal antecedente lo había sido por delito contra la salud pública, pero en la modalidad de drogas que no causan grave daño para la salud (en concreto, hachís), y que la distancia temporal era muy grande, pues «entre la fecha de comisión de uno y otro delito median cuatro años y medio, lo que no permite concluir

que el acusado hubiera hecho del tráfico de drogas su medio de vida». Del propio modo, valoró «la joven edad del acusado —27 años—», su condición de consumidor de cocaína, pese a no reconocerle la atenuante de drogadicción, pero sí tal toxicomanía, y el hecho de tratarse de una sola venta. Estos factores son expuestos de forma razonada por la Sala sentenciadora de instancia, y aquí no pueden quedar sustituidos por otras consideraciones propias —al caso— de esta Sala Casacional, por lo que no existe propia infracción de ley, y en consecuencia, el motivo tiene que ser desestimado. Obsérvese finalmente que en el *factum* de la sentencia recurrida se declara que las tres papelinas que le fueron ocupadas, se poseían en parte para el consumo y en parte para su venta, sin mayor concreción, así como se declaró sin prueba valorada al efecto que los 25 euros que se le ocuparon en el bolsillo izquierdo lo eran procedentes de anteriores ventas, sin que exista acreditación alguna de tal extremo, como ya se ha expuesto a propósito del recurso de Severino Octavio.

Sentencia 680/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de septiembre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Deslealtad profesional de abogado. Elementos del tipo**

Recurso de Casación: **n.º 2396/2011**

Artículos: **467 Código Penal**

Deslealtad profesional de abogado. Presupuesto para la presencia de esta figura delictiva es la existencia previa de una relación de prestación de servicios jurídicos, lo que no sucede en el caso enjuiciado, donde el asesoramiento fue de tipo financiero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como se adelantaba, el núcleo de toda la impugnación ha de reformarse: no se están discutiendo cuestiones de prueba, sino la corrección de la subsunción jurídica. La argumentación —y esto también ha sido advertido agudamente por el Fiscal— tiende a combatir no tanto los hechos probados cuanto la valoración jurídica que se les da: no existió una relación profesional propia de la abogacía. Eso sería

presupuesto del delito del art. 467.2 del Código Penal.

Ese tipo, conocido como deslealtad profesional, es un delito especial, en cuanto requiere una determinada cualidad profesional del sujeto activo. Ahora bien, eso no se traduce ineludiblemente en que todas las conductas llevadas a cabo por un letrado entren en el ámbito del precepto. Es necesario que la causación de perjuicios se haya producido como consecuencia

precisamente de su actuación como «abogado» y no en tareas ajenas a esa profesión o simplemente concomitantes. A esa deducción se llega desde la consideración del bien jurídico protegido, el devenir histórico del precepto y su encuadramiento sistemático. Es indispensable no solo que el sujeto activo sea abogado, sino además que el comportamiento punible se haya producido en el marco de la relación profesional entre cliente y abogado; no cualquier relación profesional, sino aquella propia de la abogacía. Cuando un abogado realiza actividades que no son características de tal profesión se sitúa fuera del marco del art. 467.

En el Código Penal de 1973 las figuras paralelas a estos delitos (arts. 465 a 467) se consideraban modalidades especiales de «prevaricación». Algunos justificaban esa caracterización argumentando que pese a carecer de la condición de funcionarios públicos la actividad profesional de la abogacía se sitúa en un terreno de prestación de una potestad pública de primer orden como es la actividad jurisdiccional. Eso explicaría que la infracción de ese deber profesional tenga un tratamiento penal explícito, a diferencia de otras profesiones liberales. Si los delitos contenidos en ese Título protegían sobre todo la función pública, esas tipicidades se justificarían precisamente por la contribución de esas profesiones al correcto desenvolvimiento de una de las funciones públicas, la jurisdiccional, sobre la que pueden incidir y en la que desempeñan un papel de primer orden.

En una línea confluyente y bajo la vigencia del anterior Código Penal se identificaba como objeto de tutela de estos delitos el bien jurídico «correcto funcionamiento de la Administración de Justicia» como objeto de tutela de estos delitos, a semejanza de la prevaricación judicial (SSTS. 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973), frente a quienes situaban en una posición prevalente los intereses de los propios clientes.

Acogiendo relevantes propuestas doctrinales el legislador de 1995 ha llevado estas figuras al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, del que, seguramente por su aparición tardía en nuestro proceso de codificación penal, habían quedado excluidos otros,

desperdigados por diversos lugares del Código (prevaricación judicial, presentación en juicio de documentos falsos, infidelidad en la custodia de presos...) que ahora han sido reconducidos a esa sede. No se trata de una simple mejora sistemática. El cambio supone ahondar en el fundamento del castigo en línea con lo apuntado y, por tanto, sirve de guía para acotar con acierto las fronteras de lo punible. El delito afecta a la Administración de Justicia. No supone simplemente vulneración de deberes contractuales entre las partes; ni es una forma de subrayar penalmente la importancia social de unas profesiones. La afectación al funcionamiento de la actividad jurisdiccional es indirecta pero cierta por cuanto que la deslealtad profesional de abogado y procurador menoscabarán o incluso anularán el derecho a la tutela judicial efectiva. El bien jurídico protegido no es puramente individual (intereses de los particulares ya protegidos por otros sectores del ordenamiento penal que tutelan patrimonio, honor, intimidad); ni lo es la función social de la Abogacía o la confianza institucional de que debe gozar. Subrayando la vinculación con el bien jurídico «correcto funcionamiento de la Administración de Justicia» se encuentra respuesta adecuada a la desigual reacción penal frente al quebrantamiento de las relaciones contractuales entre abogado-cliente y las que ofrece el Código (o con los tipos genéricos o a través de otros sectores del ordenamiento) frente a otras relaciones profesionales (gestores administrativos, notarios, arquitectos, sanitarios, asesores financieros, o incluso asesoramiento jurídico realizado desde la Cátedra *v.gr.*). No se contempla prioritariamente el interés de la parte a una correcta asistencia técnica, lo que solo lejanamente podría afectar a la Administración de Justicia. Si fuese así no se entendería ese asimétrico tratamiento frente a otras profesiones. Ni, por supuesto, se está edificando la tipicidad sobre cualquier actividad profesional, cuando quien la realiza ostenta la condición de abogado en ejercicio.

Esto no ha de llevar necesaria e inevitablemente a marginar del tipo penal las conductas de asesoramiento preprocesal, o extraprocésal. Pero sí a buscar alguna suerte de vinculación con ese bien tutelado que también se encuentra en supuestos de perjuicios causados por un

Abogado o Procurador al cliente al margen de su estricta actuación procesal pero conectados con ella de forma indirecta (STS de 1 de abril de 1970 que admitió la tipicidad por actuaciones no procesales, lo que viene a corroborar la STS 709/1996, de 19 de octubre, aunque exigiendo en todo caso que se trate de actividades propias de abogados).

Será necesario, en consecuencia, un encargo profesional, es decir que se le «encomienden unos intereses» —en la dicción del art. 467.2— precisamente en su calidad de abogado es decir como licenciado en derecho que «ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico» (art. 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía). Han de identificarse intereses encomendados justamente en atención a su condición de profesional de la abogacía (STS 964/2008, de 23 de diciembre).

Tercero.—No es eso lo que ocurre aquí: son intereses económicos los que confía el denunciante al acusado. Estamos ante un asesoramiento financiero. Podría inicialmente barajarse como hipótesis, no concretada desde luego en la sentencia, que se reclamase un asesoramiento jurídico. Pero la actividad que finalmente desarrolla el acusado a través de su empresa y que le es encomendada por el cliente nada tiene que ver con las funciones específicas de la abogacía. La condición de abogado no añade penalmente nada a las obligaciones que pudiera

tener cualquier otra persona dedicada a efectuar préstamos. Una actividad extra-jurídica y al margen de lo que es asesoramiento jurídico no puede convertirse en delictiva por la condición de abogado del que la desenvuelve. Eso supondría traicionar el sentido del art. 467.2. Se debe disociar la actividad de un abogado en el desempeño de esa profesión de otras actuaciones también profesionales pero no definitivas de la «abogacía»; es decir, no encuadradas en el ámbito competencial propio de esa profesión. Sin llegar al extremo propuesto por algunos comentaristas de excluir del radio de acción del tipo asesorías legales en el ámbito mercantil o laboral, o de consejo jurídico, pues son propias de la función estatutaria del Abogado, sí han de expulsarse aquellas que no guardan relación con las funciones que se anudan a la condición de abogado. Eso sucede en el caso ahora contemplado. Si «son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados» (art. 9 del Estatuto General de la Abogacía), al ofrecer determinadas fórmulas de financiación el recurrente no estaba actuando como abogado, aunque tuviese esa condición. Y es en el desarrollo de esa actividad donde se causa el perjuicio que la sentencia describe.

En consecuencia ha de estimarse este primer motivo, lo que hace innecesario el examen de los restantes, y dictarse a continuación segunda sentencia.

Sentencia 678/2012, Sala Segunda del TS, de 18 de septiembre

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Detención ilegal de funcionario público o autoridad**

Recurso de Casación: **n.º 2094/2011**

Artículos: **163 y 167 Código Penal**

Detención ilegal de funcionario público o autoridad. Se ocupa la sentencia con el debatido problema de si la remisión del art. 167 CP a los artículos precedentes abarca también a la modalidad atenuada del número 4 del art. 163 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Analizamos en este motivo el opuesto en cuatro de los motivos de la impugnación en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación del art. 163.4 del Código penal, el supuesto referido a la privación de libertad para presentarla inmediatamente a la autoridad, supuesto atenuado de la responsabilidad penal respecto al que se ha planteado la duda de su aplicación a los funcionarios públicos.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio público en su informe, será estimado. La vía impugnatoria que ha elegido el recurrente en la impugnación es el error de derecho, lo que supone partir del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde ese respeto, la errónea subsunción del hecho en la norma penal que invoca como inaplicada o indebidamente aplicada. El hecho probado refiere que la detención del perjudicado se produce cuando se encontraba uniformado, en compañía de otros miembros de su actividad profesional, cuando era conocido por su compañero en su función policial, y ésta se produce como represalia a una actuación administrativa anterior. También dice el relato fáctico que lo detuvo, colocó los grilletes y lo introdujo en el coche policial para trasladarlo al cuartel de la guardia civil, lo que no llegó a realizar por la presencia del Sargento del instituto que puso en libertad al detenido ilegalmente.

Como declaramos en la STS 197/2009 de 3 de marzo, la cuestión acerca de si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, «... cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...», como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a «El particular...» que contiene el apartado 4 del 163, ya se pronunció, en términos realmente dubitativos, la STS de 10 de Enero de 2001, que decía:

«A pesar de la generalidad de la expresión del artículo 167 del Código Penal englobando

la comisión de todos los hechos descritos en los artículos anteriores, no parece posible que entre ellos pueda incluirse la figura del número 4 del artículo 163, que parece sólo podrá cometer un particular, aunque, tal vez, cabe la comisión por autoridad o funcionario cuando sus funciones incluyan la detención de personas para presentarlas inmediatamente a otra autoridad».

A su vez, la STS de 29 de Marzo de 2006, junto con un análisis de otras Resoluciones partidarias de la compatibilidad entre ambos preceptos, concluye en la solución negativa para el caso analizado, en los siguientes términos:

«El motivo plantea la compatibilidad entre el art. 167 y el art. 163-4.º No se desconoce la existencia de resoluciones de esta Sala que se han mostrado partidarias de la posible aplicación del tipo de detención privilegiado cuando el sujeto activo se trata de un agente policial, aunque fuera de servicio, en tal sentido se contabilizan las sentencias —SSTS 1120/2000 de 23 de junio, 72/2003 de 28 de enero, 1516/2005 de 21 de enero de 2005 y 415/2005 de 23 de marzo—». Merece la pena un examen de estas dos últimas sentencias.

La sentencia 1516/2005 de 21 de enero de 2005, se refiere a la detención acordada por un agente policial en el marco de una investigación relativa a una imprudencia con resultado de daños derivado de un hecho de la circulación, en la que acordó, en la propia Comisaría, la detención del presunto responsable. Abierta causa contra el agente policial por este hecho, la Audiencia calificó de «supina» la ignorancia del agente policial que acordó la detención ante el hecho a investigar que en modo alguno la justificaba, absolviéndole del delito del art. 167 en relación con el 163.4 del Código Penal. Esta Sala de casación estimando el recurso interpuesto por la Acusación Particular razonó que «es evidente que se debió aplicar el art. 167 y 163.4» condenándole en consecuencia a una pena mínima, dado el «carácter supino de la ignorancia de la antijuridicidad» que patentizó el agente policial al acordar la detención en aquel escenario.

La sentencia 415/2005 de 23 de marzo, también acordó aplicar el artículo 167, en relación con el art. 163.3 del Código Penal. Se trataba de una detención acordada por funcionario policial que, con la finalidad de tender una trampa en el marco de una operación de drogas, procede a la detención de una persona, la que fue llevada a cabo materialmente por otros funcionarios policiales avisados por el primero. Esta Sala casacional rechazó la sugestiva tesis de que la detención realmente no se había materializado por la decisión del funcionario imputado sino por la de la dotación interviniente, antes bien estimó que la dotación policial interviniente que actuó a instancias del imputado actuó como mero instrumento de la decisión adoptada en exclusiva por dicho imputado. La aplicación del párrafo 3.º del art. 163 se debió a la duración sobre la que se extendió dicha detención.

Pues bien, la conclusión que se deriva de las dos sentencias analizadas más *in extenso* es clara en el sentido de que por un lado cuando con plena consciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4.º del art. 163, y por otro lado, en orden a la autoría es evidente que ésta se concentra en el que decide la detención y que ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo las instrucciones de aquél la lleva a cabo presentando al detenido en la Comisaría.

Con más claridad podemos citar la sentencia 1585/2003 de 30 de diciembre de 2003, que excluye la aplicación del artículo 163-4 en los supuestos de ejercicio abusivo y desviado, y por tanto doloso de las funciones de policía en ejercicio de tal, estimando que el sujeto activo del artículo 163-4 sólo puede ser un particular. También se pueden citar las sentencias 606/2001 de 10 de abril y 435/2001 de 12 de marzo de 2001, en la primera se excluye la aplicación del párrafo 4.º del artículo 163 cuando el sujeto activo sea un miembro de la policía, y en la segunda, se mantiene la aplicación del párrafo 4.º por respeto a la interdicción de la *reformatio in peius* pero como *obiter dicta* se declara la incompatibilidad entre el artículo 167 y el 163.4.

Mientras que, de forma mucho más concluyente, había afirmado tan sólo seis días antes la STS de 23 de Marzo de 2006: «... la mencionada detención fue ilegítima y constituyó el mencionado delito de los arts. 163.4 y 167».

Razones por las que se consideró conveniente el planteamiento y discusión de la referida cuestión en el seno del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, que, celebrado el día 27 de Enero de 2009, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: «La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último».

Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

- a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a «El particular...», lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a «El particular que encerrare o detuviere a otro...»
- b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.
- c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.
- d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de

duda interpretativa, que esta duda se despeje «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aún cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

- e) Máxime cuando el «plus» en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

- f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

En consecuencia procede estimar el motivo e imponer una pena de multa de cuatro meses y medio, con una cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, pena mínima en atención a los criterios anteriormente expuestos, fijándose la cuantía de la cuota diaria en atención a los ingresos derivados de su condición de funcionario público. Además se le impone la pena de inhabilitación absoluta de ocho años.

Sentencia 695/2012, Sala Segunda del TS, de 19 de septiembre

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Declaración autoincriminatoria en expediente administrativo**

Recurso de Casación: **n.º 2284/2011**

Artículos: **24 CE y 741 LECrim**

Presunción de inocencia: Afirmada la imposibilidad de incorporar la declaración autoincriminatoria prestada en el expediente disciplinario administrativo que luego se niega en el proceso penal, la Sala no aprecia en cambio vulneración de la presunción de inocencia al existir prueba de cargo, practicada en el plenario, de suficiente signo incriminatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El sexto motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostiene la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 de la CE. A juicio de la defensa, los indicios de la autoría de Alexis son insuficientes desde la perspectiva constitucio-

nal. La argumentación de los Jueces de instancia —se razona— se inspira en indicios pobres, escasos y nada significativos. A ello habría de añadirse la necesidad de declarar, en palabras del recurrente, la nulidad de la aportación a la causa del expediente sancionatorio incoado por el Ayuntamiento de Logroño, en cuyo marco el acusado había reconocido la autoría de los hechos, aceptado un cambio de destino e

incluso asumido el compromiso de abonar el importe de los impuestos no satisfechos. Esa declaración autoincriminatoria no fue sino el resultado de la presión ejercida contra él por sus superiores.

El motivo no puede ser aceptado.

Tiene razón el recurrente cuando censura el criterio de la Audiencia respecto del significado probatorio del reconocimiento de los hechos (...).

Esa declaración, no por la supuesta presión a la que habría sido sometido el expedientado, sino por la propia naturaleza del procedimiento administrativo, nunca debió haberse incorporado a la valoración probatoria. La declaración autoincriminatoria ofrecida por el infractor en un expediente llamado a depurar responsabilidades administrativas no puede ser la fuente de prueba sobre la que construir la autoría del encausado en un proceso penal. La apreciación probatoria a que se refiere el art. 741 de la LECrim sólo puede tomar como fundamento —con las excepciones proclamadas por la jurisprudencia constitucional, (...) las pruebas generadas en el plenario. Ese testimonio prestado en el ámbito administrativo, ausente de toda garantía jurisdiccional, ha de circunscribir sus efectos al ámbito que es propio, esto es, al de la eventual sanción en el plano disciplinario (cfr. STC 142/2009, 15 de junio). Más allá de las consecuencias derivables del hecho de que en el expediente se hayan obviado las garantías exigibles por la jurisprudencia constitucional para legitimar la actividad sancionadora del Estado, lo cierto es que, en el supuesto que nos ocupa, aun si se hubieran colmado, la confesión de los hechos nunca debería haberse erigido en un elemento probatorio de signo incriminatorio. Sin embargo, el papel que en la valoración probatoria de la Audiencia Provincial ha desempeñado esa declaración autoincriminatoria obliga a importantes matices que excluyen la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, en los FF.JJ. 2.º y 3.º de la resolución recurrida el juicio de autoría se proclama

con absoluta independencia de la declaración prestada en el expediente administrativo.

(...)

Con el respaldo de ese razonamiento, inobjetable desde la perspectiva de la lógica y las máximas de experiencia, la Audiencia Provincial obtiene la plena convicción acerca de la autoría del recurrente (...) con independencia y sin mención alguna al significado probatorio de la declaración autoincriminatoria del acusado en el expediente administrativo. La responsabilidad de aquél sólo se sustenta en material probatorio verdaderamente valorable (art. 741 LECrim). Se trata de prueba lícita, prueba bastante, prueba de signo inequívocamente incriminatorio y prueba valorada conforme a las exigencias propias de un sistema racional de valoración probatoria (cfr. SSTC 117/2007, de 21 de mayo, F. 3; 111/2008, de 22 de septiembre, F. 3, y 109/2009, de 11 de mayo). De ahí que a efectos del control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia, esta Sala pueda asumir, en sus justos términos y sin el equívoco añadido del testimonio de Alexis en el expediente administrativo, el proceso de valoración llevado a cabo por la Audiencia. Esa mención era manifiestamente innecesaria. La conclusión sobre la autoría («...pleno convencimiento de la autoría») había sido ya proclamada, siendo por tanto prescindible ese innecesario reforzamiento a posteriori de una inferencia probatoria que era autosuficiente y cuya intrínseca coherencia no exigía complemento alguno («... conclusión que se ve reforzada por la propia declaración realizada en el expediente administrativo»). En consecuencia, sin necesidad de apuntalar las pruebas ofrecidas por la acusación con el reconocimiento de los hechos en el expediente administrativo y prescindiendo incluso del dato objetivo, no cuestionado, de que las cantidades eludidas a la hacienda municipal fueron abonadas por el propio acusado una vez se vio incurso en la exigencia de responsabilidades disciplinarias, la proclamación de la autoría de Alexis se ajusta a las garantías constitucionales derivadas del art. 24.2 de la CE.

Sentencia 689/2012, Sala Segunda del TS, de 20 de septiembre

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Delitos conexos y competencia del tribunal del jurado**

Recurso de Casación: **n.º 10085/2012**

Artículos: **24 CE, 1, 5 y 36 LOTJ, 14 y 666 LECrim**

Delitos conexos: Se detiene la Sala sobre los criterios a seguir para determinar la competencia del tribunal profesional frente al del jurado en determinados casos de conexidad delictiva, plasmados en el Acuerdo plenario de 23-02-2010 y correctamente observados en el caso; al tiempo advierte de los diversos cauces procesales existentes para denunciar la falta de competencia en función del tipo de proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La recurrente ha sido condenada como autora, por inducción, de un delito de asesinato a pena de diecisiete años, seis meses y un día de prisión; como autora por inducción de un delito de homicidio en grado de tentativa, a la pena de tres años, nueve meses y un día de prisión; y como autora de un delito de amenazas, a la pena de un año, tres meses y un día de prisión. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial interpone recurso de casación. En el primer motivo, con apoyo en el artículo 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues entiende que la causa debió ser enjuiciada por el tribunal del jurado.

1. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del jurado ha planteado algunos problemas interpretativos, que han dado lugar al Pleno no jurisdiccional celebrado por resta Sala el 23 de febrero de 2010, en el que se acordó, en el apartado sexto del texto aprobado, que, en consecuencia del contenido de los apartados anteriores, la competencia para el enjuiciamiento de los hechos corresponderá al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial, «cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo 1.2 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo

5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa».

2. En el caso, la recurrente no explicita en el recurso las razones que entiende que abonaban la competencia del tribunal del jurado. No obstante, de la acusación y la sentencia se desprende que los hechos imputados y por los que ha recaído condena, se encuentran relacionados entre sí de forma que, en un análisis racional de la cuestión, no resultaba aconsejable el enjuiciamiento separado de los mismos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que ni las amenazas no condicionales ni el homicidio intentado se encuentran comprendidos en la relación de delitos competencia del tribunal del jurado del artículo 1.2 de la LOTJ. E igualmente resulta que entre los hechos imputados no es de apreciar ninguna de las relaciones previstas en el artículo 5.2.c) de aquella ley (que alguno de los delitos se hubiera cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad), ni puede considerarse que los cometidos se encuentren en relación de concurso ideal o que se trate de un supuesto de unidad de acción. En consecuencia, no existen razones de peso para sostener que la competencia no correspondía a la Audiencia Provincial que finalmente enjuició los hechos.

De otro lado, las cuestiones relacionadas con la competencia deben tramitarse en la ins-

tancia hasta el agotamiento de los medios de impugnación, de forma que, en lo posible, el asunto quede resuelto antes del comienzo del juicio oral. En ese sentido, ha de reconocerse que la regulación de los recursos en la materia presenta algunas deficiencias. Pues si la causa se tramita pos las normas de la LOTJ, contra la decisión de este tribunal respecto de las cuestiones planteadas conforme al artículo 36 de la ley, cabe recurso de apelación que será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia, sin que contra esa decisión quepa recurso de casación. Sin embargo, si la causa se ha tramitado como procedimiento ordinario, la cuestión puede plantearse al amparo del artículo 666 como artículo de previo pronunciamiento, contra cuya resolución cabe recurso de casación, en el que el Tribunal Supremo resolvería definitivamente la cuestión con anterioridad al comienzo del juicio oral. Tal regulación permite plantear si, aun resuelta la cuestión por el Tribunal Superior de Justicia, todavía sería posible acudir al Tribunal Supremo tras el planteamiento del artículo de previo pronunciamiento, entendiendo que la tramitación de la fase intermedia ante el tribunal del jurado

no impediría una nueva tramitación de la misma ante la Audiencia Provincial, para no hurtar a este órgano la decisión que la ley le atribuye respecto a la apertura del juicio oral.

En el caso, y con independencia de una primera resolución de la Audiencia, a la que ha de atribuirse un carácter provisional como se desprende de la resolución del Tribunal Superior inadmitiendo el recurso de apelación, las partes habían presentado sus escritos de acusación y defensa en el trámite seguido conforme a la LOTJ. El Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 36, planteó la inadecuación del procedimiento, lo que fue aceptado, interponiendo recurso la defensa ante el Tribunal Superior de Justicia, que fue finalmente desestimado. La cuestión no fue nuevamente planteada ante la Audiencia Provincial por la vía de los artículos 666 y siguientes de la LECrim, sin que, por lo tanto, se acudiera al recurso de casación. De esta forma, ha de entenderse que la parte que ahora reclama se aquietó con la situación existente, lo que impide ahora su cuestionamiento.

Por lo tanto, por razones tanto de fondo como procesales, el motivo se desestima.

Sentencia 706/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de septiembre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Conducción temeraria y omisión del deber de socorro**

Procedimiento abreviado: **n.º 2178/2011**

Artículos: **24 CE, 73, 77, 195, 380, 381 y 382 Código Penal**

Principio acusatorio: Homogeneidad entre los delitos de conducción temeraria y la denominada «conducción suicida». Delito de omisión del deber de socorro de quien provoca el accidente. Sentido de la expresión «sin riesgo propio ni de tercero».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.— El recurrente eleva otra queja englobada en el mismo motivo. La condena recaída finalmente no es congruente con las acusaciones sostenidas. La divergencia afectaría al derecho a ser informado de la acusación. Las pretensiones acusatorias se referían a delitos

de lesiones dolosos y a un delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (antiguo art. 384). Sin embargo se le ha condenado por un delito de conducción temeraria del antiguo art. 381. Las lesiones que se imputaban a título de dolo se atribuyen ahora a título de imprudencia. Y existe una reiterada jurisprudencia, de la que la propia sentencia

de instancia se hace eco, que niega homogeneidad entre la versión dolosa y la culposa de un mismo delito. La conversión sorpresiva en la sentencia de una acusación por delito doloso en una condena por delito imprudente, menoscabaría de forma no admisible al derecho a ser informado de la acusación consagrado por el art. 24 de la Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. Asimismo ha precisado que por «cosa» no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos. El debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; y 120/2005, de 10 de mayo, FJ 5).

Principio acusatorio y derecho a la defensa están estrechamente entrelazados. Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3); de manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia «(SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Ese derecho prohíbe que en la sentencia se introduzcan sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. También juega ese derecho cuando los puntos de vista jurídicos signifiquen una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones, como sucede en este caso, si esa calificación más benigna se aparta de la línea acusatoria desplegada previamente; es decir si, ni siquiera implícitamente, estaba recogida en los escritos de acusación. Sucede esto cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación. Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos elementos de la acusación, y que introducen perspectivas nuevas, se frustraría el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica. En los casos en que el Tribunal considere que la subsunción correcta de los hechos de que se acusa es menos gravosa que la del Fiscal pero heterogénea, ningún obstáculo existe para hacer uso de la tesis prevista en el procedimiento abreviado en términos más flexibles que en el art. 733 de la LECrim, para salvaguardar ese derecho de defensa y abrir la puerta a una condena más leve. En esta faceta, el planteamiento de la tesis queda totalmente desvinculado de su conceptualización como matización al principio acusatorio, apareciendo como una posibilidad que se confiere al Tribunal para hacer plenamente efectivos y compatibles los principios de justicia y de contradicción, fortaleciendo el derecho al necesario conocimiento previo de la acusación. Si no se hace uso de esas tesis atenuatorias por delito no homogéneo quebrará la debida congruencia entre acusación y sentencia y, lo que es más importante, habrá padecido en medida no tolerable el derecho a ser informado de la acusación. Eso es lo que denuncia aquí el recurrente.

En opinión del recurrente, la condena por el delito de conducción temeraria en concurso con lesiones imprudentes supuso un cambio del título de imputación conculcatorio del derecho a ser informado de la acusación. La parte pasiva no habría podido defenderse frente a esa nueva imputación que aparece por primera vez en la

sentencia y que no estaba contenida en la pretensión sostenida por las acusaciones: estaríamos ante una *mutatio del titulus condemnationis* prohibida por el derecho de defensa.

No es difícil encontrar sentencias que niegan la homogeneidad entre un delito doloso y otro culposo, pese a que el bien jurídico protegido pueda ser el mismo. Pero en materia de principio acusatorio y de homogeneidad, o no, de delitos no puede partirse de soluciones apriorísticas. Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no tuvo ocasión de rebatir el acusado.

La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del *titulus condemnationis* implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando *in casu* se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas.

En el caso concreto que examinamos ahora no hay alteración relevante que haya sido arrebataada a las posibilidades defensivas. La alegación de indefensión es meramente retórica.

Se llega a esa conclusión a partir de varias evidencias que trata de explicar la sentencia en el cuarto de sus fundamentos de derecho:

a) Se ha condenado por un delito del art. 381 en la redacción vigente en el momento de los hechos: conducción temeraria produciendo un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

b) Ese delito puede considerarse homogéneo con el delito de conducción con consciente

desprecio a la vida de los demás del art. 384, también en la redacción que presentaba ese precepto en el momento de los hechos. Su literalidad lo pone de manifiesto a las claras: ese tipo recoge íntegramente la conducta del art. 381 añadiendo un único nuevo elemento adicional: el consciente desprecio por la vida. Decía en la fórmula vigente en el momento de los hechos el antiguo art. 384 (actual 381): «Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el art. 381». O sea, el delito objeto de acusación incluía todos los elementos del delito objeto de condena que la Audiencia ha considerado acreditado; más otro (el consciente desprecio por la vida) que la Sala no ha reputado probado.

c) No debe despistar la presencia de resultados lesivos, que son completamente prescindibles a efectos de subsunción jurídica dada la especial regla concursal del entonces vigente art. 383: «Cuando de los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara además del riesgo prevenido un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que haya originado». Al cobijo de ese precepto (aunque el Tribunal ha errado al acudir al vigente art. 382 y no al más beneficioso art. 383) se han podido imponer exclusivamente las penas del art. 381. No puede aducirse seriamente que no ha sido posible articular una defensa correcta frente a las consecuencias indemnizatorias de las lesiones, porque se las catalogase como dolosas. Es evidente que acusado y terceros responsables civiles han podido impugnar las cuantías reclamadas y de hecho las han discutido. Si no hubiese existido ningún resultado lesivo, los hechos encajarían en el mismo tipo y merecerían la misma pena. Nada concreto relevante desde el punto de vista penal han añadido esas lesiones en este caso según la tesis que recoge la sentencia de instancia. Descartada su consideración como dolosas, no se alcanza a comprender qué estrategia defensiva de la que se haya privado

a la defensa podría haber sido útil. Esa sería la «prueba del nueve» de la indefensión. Imaginemos que una de las acusaciones hubiese basado su pretensión exclusivamente en el art. 152 en relación con el art. 381 (que es lo que asume la sentencia): ¿en qué podría haber cambiado la defensa del recurrente cuya tesis fue no solo la de que los hechos fueron inintencionados, sino que además fueron provocados por la maniobra de un tercero no identificado que excluía su imprudencia?

d) A mayor abundamiento, en muchos supuestos de discusión sobre la concurrencia de dolo eventual, no puede descartarse la homogeneidad con un delito de imprudencia grave, en su versión de culpa consciente. Las difusas fronteras entre esas dos formas de culpabilidad permiten afirmar esa homogeneidad y considerar correcta una sentencia en la que, excluyéndose la pretensión de la acusación de condena por delito doloso, en la modalidad de dolo eventual, se condene por imprudencia grave (*vid.* STS 1187/2011, de 2 de noviembre).

e) Por fin, no sobra aludir a que varias de las acusaciones mencionaban en sus escritos de manera expresa el art. 381 del Código Penal aunque fuese para significar que quedaba embudo por el delito del art. 384 por el que dirigían finalmente su acusación (escritos de acusación de Juan Manuel, Ambrosio o Marina). En consecuencia incluso se puede hablar de acusación explícita lo que disipa cualquier atisbo de indefensión.

No hay en la sentencia nada que haya podido resultar sorpresivo para la defensa. El discurso del recurrente en casación se limita al marco teórico: delito doloso y culposo son heterogéneos. Pero no descende al caso concreto para mostrar qué argumentos hubiese hecho valer o qué pruebas hubiese propuesto de aparecer también en alguna de las calificaciones la imputación a título de imprudencia de los resultados lesivos. Estamos ante otra evidencia de la ausencia de indefensión. En esas circunstancias no puede hablarse ni de violación del principio acusatorio (los hechos no se han mutado; la pena impuesta es inferior a la solicitada por el Fiscal; todos los hechos relevantes para la condena aparecían en la calificación de la acusación); ni de

vulneración del derecho a ser informado de la acusación o del derecho de defensa (el definitivo título de condena —conducción temeraria— estaba abarcado implícitamente por la calificación de algunas acusaciones y aparecería de manera explícita en otras).

Lo decisivo tratándose del derecho a ser informado de la acusación, no ha de ser el ajuste mimético de la sentencia con la acusación, sino consideraciones más de fondo que lleven a indagar si ha habido menoscabo de las posibilidades de defensa por no haberse explicitado la acusación.

Parece adecuado finalmente hacerse eco de alguna jurisprudencia constitucional que delimita esta cuestión en la línea que ha quedado desarrollada. La sentencia 278/2000, de 27 de noviembre del Tribunal Constitucional es un buen exponente de esa doctrina. Dice su fundamento de derecho 18.º: «Según hemos reiterado (últimamente en la STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 4), el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 de la Constitución Española y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988, FJ 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria, compuesta tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso —ni objeto por lo tanto de acusación—, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4 y 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4)».

«Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posi-

ble vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (STC 225/1997, ya citada, FJ 4 y ATC 36/1996, de 12 de febrero). Por ello en algunas ocasiones nos hemos pronunciado sobre la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva (STC 20/1982, de 10 de marzo, FJ 1) o sobre la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, que no produce una alteración esencial en los términos del debate (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 8)».

La pauta orientadora será indagar si en el caso concreto la variación del *titulus condemnationis* causa indefensión, implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa (sentencia TC 189/2003, de 27 de octubre).

Concluyentes son también estas otras consideraciones del Tribunal Constitucional: «... son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (Auto TC 244/1995, de 22 de septiembre, FJ 3.º), en el entendimiento de que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la normas, sino también obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen y que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa, cuando esa genericidad sea tal que no posibilite un debate

pleno y frontal acerca de su concurrencia (SS TC 225/1997, de 15 de diciembre FJ 3; 4/2000, de 14 de enero, FJ 3)» (STC 35/2004, de 8 de marzo).

(...)

Séptimo.— En relación al delito de omisión del deber de socorro también hace el recurrente un recorrido sobre sus avatares históricos, que puede ser asumido, para desembocar en el núcleo de su argumentación: no existiría situación objetiva de desamparo dada la concurrencia de múltiples personas en el lugar del accidente. Se abandonó —sigue exponiendo— hace muchos años la concepción de esa infracción como un delito de fuga. Solo habrá responsabilidad penal cuando el causante del accidente se aleja sin haberse cerciorado de que las víctimas ya están siendo atendidas y lo están siendo en condiciones en las que el concurso del causante del accidente no aportaría nada relevante.

Se añade que en el supuesto contemplado concurría riesgo para el recurrente derivado de la intuible indignación despertada entre los presentes y las posibilidades de un «linchamiento».

El planteamiento del recurrente no carece de interés. Se trata de un tema que antes accedía con mayor frecuencia a la casación. Dio lugar a pronunciamientos diversos y a una cierta evolución (la sentencia de instancia afirma que no ha sido rectilínea la doctrina jurisprudencial). En los últimos años es más insólito que esta infracción acceda a la casación, no solo por su penalidad (nótese que es un delito comprendido en el listado de competencias del jurado), sino seguramente por la habitual conexidad con delitos de imprudencia que según la interpretación habitual de las normas de conexidad especiales de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, los aleja de ese procedimiento especial.

De entre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre este delito, compensa entresacar fragmentos relevantes de dos de ellos para enmarcar la discusión.

La STS 860/2002, de 16 de mayo confirma la condena por el delito del art. 195.3 rechazando el argumento blandido para reclamar la absolución: la víctima estaba en compañía de una persona que resultó ileso y podía ayudar al lesio-

nado. Además se habían presentado en el lugar al poco tiempo dos ambulancias: «La persona que sufrió el accidente, inmediatamente después del suceso evidentemente todavía no estaba amparada entonces, y se puede afirmar que, como resultado de la gravedad del accidente, de cuya existencia ha quedado probado que el actual recurrente se apercibió, los ocupantes del automóvil siniestrado se encontraban en situación patente y manifiesta de peligro grave. Ante tales hechos la exigencia social de solidaridad está reforzada con sanción penal en caso de omitirse la prestación de ayuda que se impone a cualquier persona que, independientemente de sus conocimientos profesionales pueda aportar auxilio a quien se encuentre en grave peligro, a no ser que esa asistencia determine un riesgo para quien pueda prestarlo o para terceras personas. El texto del artículo 195 del Código Penal sanciona la omisión de auxilio para cualquier persona y no solamente para quien, por sus conocimientos técnicos, pudiera ser de mayor utilidad para quien esté en peligro. No hay constancia de que el acusado que recurre corriera desproporcionado riesgo por ayudar, y era en el momento inicial de la situación de peligro cuando el auxilio debió prestarse, y esa obligación no se excluye porque, breve tiempo después, acudan a asistir a los afectados por la situación peligrosa los sistemas prevenidos a tal fin a no ser en el poco frecuente caso de que coincidiera su presencia con el momento y lugar del accidente. Y tampoco puede aceptarse que persona alguna pueda eximirse de cumplir la obligación de ayuda, porque alguna de las implicadas en el peligro, en este caso un grave accidente de tráfico, resultara físicamente ileso pues, aparte de que en tal situación el mero hecho de ser ocupante del vehículo siniestrado, aún quedando ileso, determina un profundo choque psíquico, que dificulta o impide inicialmente la posibilidad de ayudar a los heridos, además ese resultado con respecto a la pasajera que no sufrió lesión, no pudo ser inicialmente constatado por el que omitió la ayuda, y, en cambio, es de general conocimiento que un violento choque contra un obstáculo encontrado en su trayectoria por un automóvil que circula a velocidad elevada, con frecuencia, produce heridas y muerte de sus ocupantes, y, por tanto, la obligación de los ciudadanos que lo observen de prestar auxilio».

En la STS 1304/2004, de 11 de noviembre, evocada en la sentencia de instancia, se lee: «Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia que concreta en la falta de acreditación de la situación de desamparo y de la negativa al auxilio sin riesgo propio. El recurrente manifiesta en el motivo de impugnación la existencia de prueba sobre la realidad del accidente, la intervención del acusado en su producción, sin discutir la culpabilidad del acusado, manifestando su disensión en orden al desamparo de la víctima, pues eran varios los vehículos que circulaban, por lo que la víctima estaba atendida, y que el recurrente pudiera socorrer sin riesgo propio, argumentando que un conductor, al percatarse del accidente, le persiguió durante varios kilómetros con la intención de reprocharle su conducta. Afirma, por último, que la producción del accidente fue en una autovía y que el recurrente no pudo parar, por la presencia de varios camiones y por estar imposibilitado de dar la vuelta a su sentido de la marcha hasta que encontró un cambio de sentido, como lo hizo, no deteniéndose al llegar al punto del accidente al ver que en el mismo lugar ya se encontraba la guardia civil ocupándose del siniestro.

(...) Como precisara la sentencia de esta Sala 42/2000, de 19 de enero, el delito de omisión del deber de socorro requiere para su existencia: 1.º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2.º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3.º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en

la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

La persona que sufre el accidente, en este caso el ciclista atropellado por el recurrente, inmediatamente después del suceso evidentemente no estaba amparada. Se puede afirmar que, como resultado de la gravedad del accidente la víctima se encontraba en situación patente y manifiesta de peligro grave, precisamente cuando el conductor realiza la acción típica de omisión del deber exigible. Como dijimos en la STS de 16 de mayo de 2002, ante un accidente, como el que causó el acusado la exigencia social de solidaridad está reforzada con sanción penal en caso de omitirse la prestación de ayuda que se impone a cualquier persona que, independientemente de sus conocimientos profesionales pueda aportar auxilio a quien se encuentre en grave peligro, a no ser que esa asistencia determine un riesgo para quien pueda prestarlo o para terceras personas. El texto del artículo 195 del Código Penal sanciona la omisión de auxilio para cualquier persona y no solamente para quien, por sus conocimientos técnicos, pudiera ser de mayor utilidad para quien esté en peligro.

En el caso de autos, el recurrente manifiesta que no pudo detener la marcha de su vehículo porque otro conductor le perseguía. Esta circunstancia, además de normal en una situación como la acaecida, evidencia que el acusado ya había iniciado la huída del lugar del accidente lo que obligó a un tercero a perseguirlo. Por otra parte, aun cuando el tercero intentara recriminar una conducta antijurídica, esa situación no supone que el acusado que recurre corriera un desproporcionado riesgo por realizar la conducta debida, socorrer a la víctima del accidente por él ocasionado.

Del relato de hechos probados se deduce que concurrieron los elementos requeridos para la figura de delito de omisión del deber de socorro. Hubo un accidente ocasionado por la persona que luego omitió el auxilio debido. La redacción típica del delito de omisión del deber de socorro expresa este requisito de forma su-

ficiente y amplia, abarcando todos los supuestos en que la conducta del luego denegador del auxilio ocasionó la situación en que se colocó a la víctima, incluso aunque se tratara de un suceso fortuito o de culpa del propio perjudicado o de otra persona diferente, pero, con más razón aún, cuando, como aquí ocurrió hubo una acción imprudente al respecto por parte del que se marchó del lugar sin prestar auxilio alguno. La víctima de dicho accidente se encontraba en peligro grave, como lo ponen de manifiesto las lesiones que ocasionaron su posterior fallecimiento. Necesitaba, desde luego, un urgente traslado a un centro sanitario para que se le prestaran los debidos cuidados médicos. Tal peligro grave era manifiesto pues así lo revelaba la intensidad del golpe recibido por el ciclista. Por último, la víctima se encontraba desamparada, pues ella no tenía posibilidad de valerse por sí por las lesiones que padecía, y nadie la estaba asistiendo cuando el acusado la vio caída y se marchó del lugar (véase Sentencia de 10 de mayo de 1985). El que existieran allí otras personas, que al menos en los momentos iniciales en que el ahora recurrente se marchó del lugar con su vehículo no prestaban asistencia alguna, no excusa el insolidario proceder del condenado. Todos tenían obligación de acudir en auxilio de quien así lo necesitaba por encontrarse herida en el suelo después del atropello, todos los allí presentes que se percataron de tal situación, sin que la mera presencia de unos pudiera excusar a los otros de su deber de socorrer; pero más que ningún otro estaba obligado a auxiliar quien había sido causa del accidente (y en grado superior aun por haberlo sido como consecuencia de su comportamiento imprudente, incluso temerario).

La injerencia del condenado en el suceso productor de las lesiones en virtud de una conducta gravemente negligente, produce un deber de asistencia a quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, superior en intensidad al que tienen las otras personas que, ajenas al suceso, pudieran allí estar presentes conociendo tal situación de la víctima.

El delito se consuma desde el momento en que se marchó del lugar el causante del accidente cuando nadie estaba prestando ningún

auxilio a la víctima. El que tal auxilio pudiera producirse después no puede incidir en la realidad de un delito que ya antes había quedado perfeccionado.

Respecto a la presencia de un conductor que le persiguiera tras los hechos lo que pone de manifiesto es que el acusado había huido tras el atropello».

En la STS 1422/2002, de 23 de julio puede encontrarse otra caracterización general de los elementos de este delito.

Octavo.—Para dar respuesta al recurrente hay que indagar someramente sobre el bien jurídico protegido por este delito. Conviene en todo caso abordar antes el segundo de los alegatos. ¿Puede hablarse de «riesgo propio» derivado de la posible reacción de los presentes? No puede deducirse tal riesgo objetivamente de los hechos probados de la sentencia. En ellos se afirma de manera tajante que el recurrente «no detuvo el vehículo en ningún momento» y que «huyó del lugar conduciendo», «terminando por detener su vehículo en las inmediaciones de la Comisaría de la Policía Nacional... al no poder continuar la marcha pues se lo impedía un vehículo que le obstaculizaba la misma». Se habla también ciertamente de la persecución que emprenden varios motoristas, y de la forma en que se abalanzaron con violencia hacia el acusado cuando se detuvo. En el contexto descrito en la sentencia esa persecución aparece motivada precisamente por la huida. No hay nada en los hechos probados que permita suponer que, de haber parado inmediatamente, como era exigible, para prestar su colaboración en la atención de las víctimas, se hubiese producido una reacción semejante. Lo que la provoca es justamente el hecho de emprender la fuga. El elemento negativo del tipo —«sin riesgo propio»— está cubierto en la descripción del *factum*. Pero en todo caso, aun no pudiendo darse acogida a este primer argumento en la manera en que viene planteado, tampoco ha de ser totalmente despreciado. En el marco en que se produce el accidente desde la perspectiva subjetiva del responsable penal, tomando en consideración su propio estado y las consecuencias de su negligencia, podía albergar fundadamente en ese momento la percepción de una alta probabi-

lidad de que entre el numeroso público concurrente alguno o algunos pudiesen reaccionar reprochándole no solo con palabras, sino también violentamente, su acción. Eso no justifica que se alejase del lugar. Pero en unión de la realidad de que se detuviese en una comisaría de policía próxima proporciona una perspectiva que en alguna forma puede condicionar la solución a dar a la otra línea de argumentación.

Noveno.—Se refiere ésta a la situación de desamparo y peligro manifiesto y grave. ¿Puede predicarse esa condición de casi dos decenas de heridos —algunos con pérdida de la conciencia— en un lugar urbano transitado habitualmente y en aquél momento lleno de personas?

Frente a un sector doctrinal minoritario que sitúa el bien jurídico protegido en la misma integridad física o vida de las personas «desamparadas», la jurisprudencia (SSTS de 13 de marzo de 1987 o 22 de noviembre de 1989) y la dogmática mayoritaria hablan de la infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico. Frente a los ordenamientos anglosajones, en el derecho penal continental es habitual esa tipificación. Se castiga la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima más allá de que esa omisión no haya tenido ninguna incidencia en el resultado lesivo. La vida y la integridad física solo son tuteladas de manera indirecta: es cierto que en un horizonte de años el establecimiento de ese deber comportará una mayor protección de la vida e integridad física. Pero aunque in casu el auxilio hubiese resultado inútil, por ser inevitable el fallecimiento, antes o después, o no por aportar nada respecto a la disminución del daño personal causado, la conducta sería sancionable. El tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atienda a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física. Ese deber es más intenso respecto de quien ha provocado esa situación de peligro. De ahí que cuando se trata de la aplicación del párrafo tercero del art. 195 se viene sosteniendo, como se afirma en una de

las sentencias anteriormente transcritas, que la presencia de terceros no elimina el deber de auxilio personalísimo de quien causó el accidente. Sólo se excluiría su punición si ya se ha cerciorado de que las víctimas están siendo asistidas de forma efectiva y su presencia no puede aportar nada diferente (STS de 24 de octubre de 1990 o 56/2008, de 28 de enero: «*En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir*»).

Estas consideraciones podrían llevar a concluir que el tipo penal es aplicable desde el momento en que el causante de la situación de peligro, se marcha del lugar, sin detenerse a prestar su colaboración en la atención de las víctimas, y sin preocuparse de si efectivamente estaban ya siendo auxiliadas. Esa actitud vulneraría el deber específico e indelegable de solidaridad que constituiría más que el núcleo de la tipicidad aplicada, el título de imputación. Lo protegido sería el derecho a ser asistido.

No obstante tal conclusión en este caso ha de ser atemperada. Pudiendo ratificarse en sus líneas maestras la jurisprudencia que se ha citado en relación a que la presencia de terceros no es causa de exoneración, no puede descontextualizarse extremando sus consecuencias hasta llegar a soluciones en exceso formalistas que,

alejándose del principio de lesividad, tiendan a resucitar un delito de «fuga» al margen de si en el supuesto concreto la omisión incidió negativamente en la expectativa de las víctimas en ser atendidas o agravar su situación de peligro o desamparo o en un juicio ex ante el autor no podía descartar totalmente esa negativa incidencia. Se hace ineludible sopesar si *in casu* era exigible otra conducta y qué aportación efectiva ofrecía su presencia. Hay que seguir proclamando, desde luego, que la concurrencia de terceros no excluye en un primer momento el deber de auxilio. Pero cuando se está en un sitio tan concurrido como el escenario del accidente; cuando el responsable del hecho extrae de esa consideración la certeza de que no va a faltar el rápido aviso a los servicios sanitarios y el auxilio inmediato a las víctimas en tanto llega esa asistencia profesionalizada; y, además puede intuir razonablemente que su aportación no sólo iba a resultar irrelevante, sino que además podía verse anulada por una instintiva reacción contra él de algunos de los presentes, no es desatinado negar la reprochabilidad penal de la conducta consistente en continuar su marcha, máxime cuando de fondo late la posibilidad de que en efecto la detención en la próxima comisaría de policía no fuera algo meramente inevitable, sino una decisión autónoma tras ese primer instante en que no se puede reclamar mayor reflexión. En este caso, pues, la conducta no llega a cubrir todas las exigencias del tipo del art. 195.3; no ya porque la omisión de auxilio por el autor fuese inocua para la vida o salud de las víctimas (lo que no es decisivo), sino por su más que probables percepciones subjetivas fundadas.

El motivo quinto debe ser estimado parcialmente en lo que se refiere a la condena por el delito de omisión del deber de socorro.

Sentencia 699/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de septiembre

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Menores. Recurso de casación para unificación de doctrina**

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: **n.º 20141/2012**

Artículos: **7, 10 y 42 LORPM**

Derecho penal de menores: Régimen legal de imposición de las medidas. El artículo 10.2 de la LORRPM contiene un régimen específico, que no se ve afectado por los criterios generales establecidos en el art. 7.2 de la misma LORRPM en orden a la eventual división de la medida en dos periodos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso interpuesto por el Ministerio fiscal es de unificación de doctrina y se formaliza contra la sentencia de 5 de octubre de 2011, dictada por la Audiencia provincial de Valencia en apelación de la dictada por el Juzgado de menores n.º 4 de Valencia, en el Expediente de reforma 1587/09. La causa fue seguida por delito continuado de agresión sexual, una falta de lesiones, otra de hurto y un delito contra la Administración de justicia.

El núcleo sobre el que insta la unificación consiste en determinar si las medidas del art. 10.2 de la LORPM están, o no, exceptuadas de la división en dos periodos en el sentido previsto en el art. 7.2 de la mencionada ley. La Audiencia provincia declara que el art. 10.2 no puede ser entendido sin el complemento del art. 7.2, ambos de la LORPM. En su consecuencia, ratifica el fallo del Juzgado de menores que impuso «una medida de internamiento de seis años dividido en dos periodos, una permanencia de cuatro años y medio de internamiento y un año y medio de libertad vigilada, segundo de tres años de libertad vigilada con asistencia educativa consistente en educación sexual y de género y mejora de su competencia social».

El Ministerio público disiente de la interpretación de la mencionada Audiencia al art. 10.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores, destacando que la doctrina contenida en el Auto recurrido es contradictoria con otra doctrina que considera consolidada y que ha sido aplicada en las sentencias de contraste que proporciona en el recurso de casación que plantea.

(...)

Segundo.—Antes de abordar la cuestión objeto de unificación hemos de ratificar anteriores

pronunciamientos de esta Sala sobre el alcance de este recurso de casación para unificación de doctrina.

Dijimos en la STS 115/2003 de 3 de febrero, con reiteración de la anterior 1836/2002, de 7 de noviembre, y ahora ratificamos que «El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente regulado por el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina —y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley— en el ámbito del derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no sólo se manifiesta en su carácter tasado —sólo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM— sino en su carencia de efecto suspensivo... Ahora bien, lo que acabamos de decir no significa que el recurso para unificación de doctrina pueda ser equiparado, como se sostiene en la Sentencia recurrida, al recurso en interés de ley arbitrado en el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los meros efectos de conseguir la deseable unidad jurisprudencial pero sin asignarle, caso de ser estimado, efectos revocatorios de clase alguna. Hay que reconocer que el art. 42.7 LRPM, al decir que la sentencia de casación producirá «los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», no resuelve los problemas que suscita su interpretación toda vez que en la citada Ley no se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, pero sí permite descubrir una línea de orientación si referimos aquellos efectos al recurso de casación por infracción de ley en el que, si se estima y casa la sentencia recurrida, la Sala

debe dictar a continuación, separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho (...). Es por ello por lo que una sentencia estimatoria del recurso para unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de una Sala de Menores tendrá necesariamente efectos revocatorios materiales si, con ocasión del examen de las contradicciones que son objeto del recurso, se llega a la conclusión de que debe prevalecer, en favor del menor en cuyo nombre se ha interpuesto la alzada, la doctrina mantenida en la sentencia o sentencias de contraste que se declara más conforme a derecho. Sólo en el caso, de que la doctrina asumida favorezca al menor pues ello parece ser ineludible exigencia de la firmeza de la sentencia recurrida, circunstancia ésta que aproxima la naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina a la del llamado recurso de revisión. En el nuevo recurso el interés de la ley no está, pues, dissociado del interés del menor por cuya razón, los modelos que han de ser tenidos en cuenta, para la interpretación de los puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser, de una parte, el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, de otra, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. LECrim.

Tercero.—Abordamos la cuestión planteada en unificación que no es otra que la de determinar si el art. 10.2 de la LORPM dispone un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el art. 7.2 de la misma ley.

Desde una interpretación gramatical de la norma, parece obvio que el precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia. Se trata de un delito muy grave, el delito de agresión sexual, así considerado en el art. 10.2 de la LORPM en la relación de delitos que expresa y al que corresponde unas concretas prevenciones sobre las medidas que corresponde imponer. El tenor li-

teral del precepto dice que en los supuestos que se relacionan, entre ellos el delito del art. 179, 180 Cp, «el Juez deberá imponer las medidas siguientes: ...». Se trata de una «regla especial de aplicación y duración de las medidas» que por su especialidad se sustrae a la regla general prevista en los arts. 7 y 9 de la L. Orgánica de responsabilidad penal de menores (LO 5/2000 en la redacción dada por LO 8/2006, de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos periodos, uno de internamiento propiamente dicho y otro de libertad vigilada «en la modalidad elegida por el juez», en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del art.10.2 al que «deberán imponerse las medidas siguientes», uno de internamiento, con la variación permanente que se establece en función de la edad del infractor, y otra que complementará «en su caso» de libertad vigilada. Esa complementación está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese el sentido que debe darse a la expresión «en su caso», señalando la ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones.

Desde una interpretación lógica no es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada «en la modalidad exigida por el Juez» y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento. Por último, la especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad

de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la ley establece y que hemos expuesto.

En consecuencia, procede estimar la queja casacional formulada por el Ministerio fiscal para unificación de doctrina interpretativa del art. 10.2 de la LORPM, en los términos que resultan de la anterior fundamentación.

Sentencia 710/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de septiembre

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Pericial caligráfica**

Recurso de Casación: **n.º 2474/2011**

Artículos: **24 CE y 852 LECrim**

Se estima el recurso del Fiscal y se declara la nulidad de la sentencia absolutoria de un delito de falsedad en documento mercantil y estafa, al considerar que la formación de un cuerpo de escritura por parte de la imputada no supuso la vulneración de ningún derecho. Se devuelve la causa al Tribunal de procedencia para que, tras la valoración de la prueba rechazada, dicte la sentencia que corresponda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia de 14 de Octubre de 2011 de la Sección XXII de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a Victoria de los delitos de estafa, falsedad en documento mercantil y denuncia falsa de que fue acusado por el Ministerio Fiscal.

Contra esta sentencia ha formalizado recurso de casación el Ministerio Fiscal por estimar que la argumentación del Tribunal de instancia para absolver a Victoria del delito de falsedad en documento mercantil relativa a la existencia en el cuerpo de escritura que efectuó la absuelta de graves e incuestionables defectos que condujeron a la nulidad de dicha prueba carece de consistencia; estima el Ministerio Fiscal que dicha prueba fue perfectamente legal, que no vulneró ningún derecho de la imputada y que en consecuencia debió haberse valorado dicha prueba y no ser excluida del inventario probatorio lo que supuso la absolución de Victoria.

(...)

Tercero.—La sentencia de instancia, en relación a la confección del cuerpo de escritura por parte de la entonces imputada y actualmente

absuelta, Victoria, que fue acordado por el Sr. Juez de Instrucción de la causa, y sobre el que operó la pericial caligráfica que fue efectuada por la policía científica estimó que dicho cuerpo de escritura era nulo por haberse vulnerado los derechos de la imputada. Concretó la argumentación de su decisión con tales datos:

1. El cuerpo de escritura efectuado que consta a los folios 138 y 139 no consta ante quien se efectuó.
2. No consta que previamente fuera informada la imputada de las consecuencias de la realización de tal diligencia.
3. El documento donde se efectuó el cuerpo de escritura no está firmado por el Secretario ni consta diligencia alguna de las personas que estuvieron presentes en tal diligencia.
4. La propia resolución judicial que acordó tal diligencia se encuentra en el folio 140 de la causa, siendo así que el cuerpo de escritura obra unido con anterioridad, a los folios 138 y 139.

Concluye la sentencia que en esta situación, la única conclusión es la de declarar la nulidad insubsanable de tal diligencia del delito de fal-

sedad «... y en todo caso, al no probarse la autoría de dicha hipotética falsedad documental, desaparece el medio engañoso presuntamente utilizado para perpetrar la estafa objeto de acusación, y, en consecuencia no puede establecerse la realidad de la citada estafa...».

Como precedente que apoyaría esta decisión, se cita en la sentencia sometida al presente control casacional la STS 204/2011 de 23 de Marzo, alegando que se está en un supuesto idéntico. En dicha sentencia se acordó la nulidad de un cuerpo de escritura que fue ordenado por la autoridad judicial a efectuar por todas las personas —quince— que trabajaban en la oficina bancaria donde se guardaba el talonario del que falsificaron algunos talones.

Tras la realización de los diversos cuerpos de escritura por las quince personas, como se apreciaron sospechas en el cuerpo de escritura efectuado por una de esas personas, se le volvió a pedir a dicha persona que efectuara un nuevo cuerpo de escritura que lo hizo, y solo después, de su confección fue imputada. Es decir, cuando se efectuó el cuerpo de escritura, la persona en cuestión no estaba imputada.

En esta situación, la STS 204/2011 de esta Sala tomada como criterio de autoridad en la sentencia sometida al presente control casacional razonó que «... al ser requerida Adriana por el Juez Instructor para confeccionar un nuevo cuerpo de escritura, no estaba imputada y por ello no se le había informado de sus derechos como tal a ser asistida de letrado...» —f.jdco. tercero de dicha sentencia—.

Con lo dicho hasta ahora ya queda acreditada la esencial diferencia entre el caso analizado en la STS 204/2011 en la que Adriana no estaba imputada, y el supuesto de la sentencia sometida al presente control casacional, en la que Victoria sí estaba imputada cuando se acordó que confeccionase el cuerpo de escritura.

Cuarto.—En efecto, un análisis de las actuaciones, pone de manifiesto (...):

a) Que Victoria cuando confeccionó el cuerpo de escritura ya lo hizo en su condición

de imputada y previa instrucción de sus derechos.

b) Que el hecho de que el proveído en el que se acordó la calificación de tal cuerpo se encuentra al folio 140, posterior a los folios 138 y 139 donde se encuentra dicho cuerpo. Se trata de un claro e irrelevante error de «cosido» de folios, ya que el proveído debió unirse antes, pero el hacerlo después no permite afirmar que la decisión judicial fuera posterior a su confección.

c) Todas las diligencias se hicieron en una unidad de acto, es decir tanto de instrucción de derechos, como la declaración y el cuerpo de escritura acordado el 25 de Mayo, se hizo el mismo día 25 de Mayo, por lo tanto aunque en el cuerpo de escritura no se haya hecho constar ni la fecha ni las personas ante las que se efectuó, con toda razonabilidad, más allá de toda duda razonable hay que afirmar que cuando Victoria efectuó el cuerpo de escritura, este ya había sido acordado *ex ante*, la diligencia se hizo el mismo día 25, y por tanto como imputada, ya estaba instruida de sus derechos, y a presencia de su letrado que ya le autorizó en su declaración, y ello es así porque como se ha dicho, todo se hizo en unidad de acto. Es claro que se debió ser más cuidadoso y detallado en la confección del cuerpo de escritura y debió hacerse constar la presencia del Secretario y demás asistentes, pero la omisión en este caso por los razonamientos expuestos no supuso ninguna nulidad.

En consecuencia, tal cuerpo de escritura fue válido y no vulneró ningún derecho fundamental de Victoria y en consecuencia puede y debe valorarse la pericial caligráfica.

La prueba fue válida y en consecuencia procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal y así declarar la nulidad de la sentencia y su devolución al Tribunal de origen para que sin necesidad de nueva Vista, valore tal prueba pericial caligráfica y a la vista de sus valoraciones resuelva lo que procede en relación a la existencia del delito de falsificación de documento mercantil y del delito de estafa.

Sentencia 730/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de septiembre

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

Resumen: **Tráfico de drogas. Unidad y pluralidad de delitos**

Recurso de Casación: **n.º 2111/2011**

Artículos: **73, 74 y 368 Código Penal**

Tráfico de drogas. Unidad y pluralidad de delitos. De los problemas planteados en la sentencia, destacamos la determinación de cuándo cabe hablar de delito continuado en un delito de tracto sucesivo como el de tráfico de drogas. Recogemos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El recurso del Ministerio Fiscal se compone de un único motivo en el que manifiesta su discrepancia con la absolución del acusado Máximo del delito contra la salud pública del que era acusado.

El Tribunal de instancia da como probados los hechos por los que era acusado y que conviene transcribir nuevamente para centrar el debate: «... con la finalidad de gestionar la rápida venta de estas pastillas (MDMA-éxtasis) que esperaba recibir el procesado Baltasar, se puso en contacto con el procesado Máximo... el cual a pesar de que se encontraba ingresado por aquellas fecha en el Centro Penitenciario de Tenerife II, al haber resultado detenido en el mes de julio de ese mismo año por distribuir pastillas de éxtasis por cuenta de Baltasar..., seguía colaborando activamente con aquel procesado en el tráfico ilegal de drogas, cuya principal misión consistía desde su ingreso en prisión, donde contaba con la posibilidad de usar de modo clandestino de teléfonos móviles... en poner en contacto al citado procesado Baltasar con el círculo de conocidos compradores de psicotrópicos de este ilícito negocio, asegurando de este modo que podría dar rápida salida al alijo de pastillas cuya importación desde Bélgica estaba negociando con Eugenio (en rebeldía)».

Las razones que han llevado a la sala de instancia a absolver se contienen en el fundamento de derecho noveno de la sentencia. Existiría cosa juzgada material en tanto que habría identidad

de hechos y sujetos en relación con los enjuiciados en la sentencia de 16 de diciembre de 2008 dictada por la Sección Quinta de la misma Audiencia en la que se le impuso una pena de prisión de diez años —no consta si ha sido objeto de revisión como consecuencia de la reforma de 2010—, por venir dedicándose «al menos desde los primeros meses del año 2007» «a distribuir grandes cantidades de pastillas de éxtasis que suministraba en partidas importantes, así como otras cantidades de cocaína y hachís que vendía a consumidores de estas sustancias». La sentencia referida continuaba relatando la detención del condenado el día 12 de julio de 2007, fecha desde la que habría estado privado de libertad por aquella causa, y que como consecuencia de un registro practicado en su vivienda se le habían incautado 1.757 pastillas de MDMA, así como cocaína y hachís.

La Sala de instancia considera que esa condena cubre también el auxilio prestado desde el centro penitenciario a Baltasar facilitando contactos mediante llamadas telefónicas para dar salida a la droga. Serían los mismos hechos en sentido jurídico-penal y por tanto constitutivos de una única infracción penal ya enjuiciada. El principio *non bis in idem* de rango constitucional, aunque sea de manera implícita —art. 25 CE—, como ya tuvo ocasión de proclamar el Tribunal Constitucional en alguno de sus más tempranos pronunciamientos, impediría imponer una nueva penalidad por los mismos hechos.

Se invoca la STS 413/2008 que rechaza la aplicación del delito continuado a los tipos del art. 368.

Por su parte el Fiscal, para desmontar esas consideraciones, recuerda la STS 187/2009 de 3 de marzo, parcialmente transcrita en la sentencia ahora atacada. La detención supone una ruptura jurídica de la actividad delictiva que permite hablar de hechos nuevos distintos pues «cualquier otra interpretación conduciría a permitir que el acusado, detenido e imputado por un delito de tráfico de drogas, ya sea constituido en prisión por estos hechos, ya sea puesto en libertad provisional durante la tramitación del procedimiento y a la espera de juicio, podrá seguir realizando actos de favorecimiento o ejecución de tráfico ilegal de drogas con total impunidad».

El problema que se suscita, en efecto, fue tratado por la referida STS 187/2009, aunque en aquel caso se argumentaba para deshacer la doble condena que había recogido la sentencia sometida entonces a la censura casacional. No es tanto una cuestión de si cabe el delito continuado en los delitos contra la salud pública, como de determinar cuándo se cierra una actividad delictiva, de forma que las actuaciones típicas posteriores pasarán a integrar una infracción diferente.

El problema surge no solo en los delitos de tracto continuado, como son los delitos contra la Salud Pública (o los de tenencia ilícita de armas o explosivos) sino también en otros como los permanentes (detención ilegal), los de hábito (maltrato habitual del art. 173.2), o los delitos en varios actos (impago de pensiones del art. 227). La solución no necesariamente ha de ser idéntica en todos los casos, por más que el problema presente grandes analogías.

El art. 368 se refiere a «actos», en plural. Y estamos ante una infracción de mera actividad, permanente y de peligro abstracto (SSTS 1613/2000, de 23 de octubre o 748/2002, de 23 de abril, entre muchas otras). Como se ha apuntado desde la doctrina, el art. 368 es un tipo mixto alternativo que da lugar a un solo delito aunque se hayan realizado varias de las acciones típicas descritas (por ejemplo, cultivo más venta). Esto es claro. También es evidente que la

repetición en un corto espacio de tiempo de una misma conducta es también un caso de unidad típica y por tanto de delito único: unidad natural de acción para utilizar la terminología que ha hecho fortuna en la jurisprudencia, aunque para otro tipo de infracciones (falsedad, violación). No existen varios delitos por el hecho de que se hayan producido varios actos de venta. En general se niega la posibilidad de continuidad delictiva. Incluso cuando la actividad se ha desarrollado durante un largo lapso de tiempo; o, más aún, aunque haya habido interrupciones temporales (actividad de comercialización interrumpida y reanudada meses más tarde).

La variedad de sustancias tampoco tiene un efecto multiplicador del número de infracciones por cuanto el bien jurídico protegido es idéntico.

Pese a ello, y situándonos en un extremo en el que no cabe discusión, cuando ha recaído una sentencia, toda la actividad posterior es susceptible de nuevo enjuiciamiento. Será otro delito. Ahora bien, ¿en qué momento se produce la fractura, la solución de continuidad? ¿Todas las actividades realizadas entre el inicio de un proceso y la sentencia en la instancia han de quedar cobijadas por el paraguas de la cosa juzgada? ¿Qué hito es el relevante?

El factor cronológico es intrascendente a los efectos que aquí se tratan. Múltiples actos de venta de hachís distanciados en varios meses o años pueden constituir un único delito del art. 368; y dos ventas puntuales de dos pequeños trozos de la misma sustancia procedentes de la misma pieza, dividida en dos, efectuadas en días inmediatamente sucesivos o muy cercanos pueden constituir dos delitos distintos: el autor es detenido tras la primera venta y al salir en libertad tras aceptar una condena amparada en la conformidad premial del art. 801 de la Ley Procesal, procede a vender el trozo que le quedaba y que mantenía guardado en su vivienda. No puede discutirse que la conducta será reprochable de manera autónoma. Aunque viniese poseyendo el hachís objeto de la segunda venta desde antes de la detención.

Un paralelismo con el delito de tenencia ilícita de armas, que en este punto presenta analogías por tener naturaleza semejante (delitos de tracto continuado según caracterización que,

en todo caso, no es pacífica) puede ayudar a esclarecer, aunque también otras figuras penales de morfología similar permiten ejemplificar. La posesión de dos armas de fuego constituye un único delito de tenencia de armas como ha tenido ocasión de puntualizar la jurisprudencia. Ahora bien la adquisición de una nueva arma, cuando se le ocupó la primera policialmente, constituiría una nueva infracción. Incluso aunque el primer hecho estuviese todavía sin enjuiciar. Se puede llegar más allá. Si el arma no llegó a ser incautada y se produce la condena (por quedar demostrada la posesión y el funcionamiento: piénsese en quien efectuó disparos con ella en un atraco), continuar con la posesión de esa misma arma, constituirá un nuevo delito. Hablar de cosa juzgada sería un sarcasmo: la sentencia condenatoria vendría a constituirse en una curiosa y paradójica licencia de armas.

La solución no puede venir de la mano de un análisis naturalístico. Desde esa perspectiva podremos tener muchas acciones y un solo delito (actos reiterados de venta de sustancia estupefaciente); o una sola acción y varios delitos (persistencia en la posesión del arma o de la droga no incautadas, tras el enjuiciamiento). Son criterios de racionalidad jurídica los llamados a establecer qué dato es decisivo para cerrar un actividad plural o continuada (en el sentido no jurídico penal sino como sinónimo de desplegada en el tiempo) considerándola un único delito; y abrir paso a otro delito diferente y reprochable de manera autónoma. La cuestión es enjundiosa y enlaza con cuestiones dogmáticas a veces tortuosas como la del objeto del proceso penal y su incidencia en el ámbito de la cosa juzgada y que se entrelazan con temas de derecho penal sustantivo entroncando incluso con las finalidades de la pena (retribución frente a corrección). Las repercusiones prácticas no son desdeñables como demuestra el supuesto que se analiza ahora. De cualquier forma no se trata de profundizar en esos temas, sino de apuntar un criterio que sirva de guía en concreto para estos casos de delitos de tracto continuado.

El dato clave estriba en el momento en que el sujeto activo es objeto de detención o de una imputación o citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos. En ese

instante se produce la ruptura desde el punto de vista jurídico; la solución de continuidad. Ya no habrá un punto y seguido; sino un punto y aparte. Quien vende droga todos los días y es sorprendido, detenido e ingresado en prisión sólo habrá cometido un único delito contra la salud pública. Sin embargo si quien ha sido sorprendido vendiendo una dosis de cocaína, es detenido y al ser puesto en libertad vuelve a vender otra papelina, habrá cometido dos delitos contra la salud pública. Otra tesis llevaría a la paradoja de que quien ya conoce que contra él se sigue causa penal vea en ella una licencia para seguir la actividad delictiva, al menos hasta que recaiga sentencia.

Precisando más, para que se pueda hablar de un nuevo delito diferente es necesario que se produzca una ruptura jurídica en la actividad. No es suficiente con que exista el temor de haber sido descubierto o la sospecha de que se está sometido a investigación. Es precisa la seguridad de que existe una investigación penal estatal expresamente dirigida contra el sujeto activo para que en ese mismo momento se pueda hablar de solución de continuidad y por tanto de recomenzar una actividad delictiva diferente, y merecedora de un reproche penal distinto y autónomo, no susceptible de ser embebida en los hechos anteriores por los que ya se sigue causa penal. Esa es la tesis que inspira la STS 503/2008 de 17 de Julio en lo que se refiere a una nueva condena por tenencia de explosivos (fundamento jurídico 89) y esa es la tesis que abiertamente acoge la STS 187/2009, de 3 de marzo: «la doctrina científica más caracterizada, nos dice que la unidad o pluralidad de acciones no viene impedida por la naturaleza de la infracción como de “peligro abstracto o comunitario”, por no depender el delito del grado o intensidad del peligro, esto es, no influye el desvalor del resultado de los comportamientos, que es difícilmente conmensurable (resultado cortado), sino de las ocasiones diferentes en que se ha puesto de manifiesto una voluntad rebelde a la norma.

De este modo aunque en el plano teórico se pusiera en peligro varias veces el bien jurídico a través de varias acciones no estaríamos necesariamente ante una pluralidad de delitos con el efecto de multiplicar los reproches penales.

El Fiscal recogiendo una doctrina apenas esbozada por esta Sala, en algún delito (pertenencia a banda armada) sugiere, con riguroso fundamento, un criterio delimitador de la unidad o pluralidad de infracciones en los delitos que por su naturaleza poseen determinadas características: serían los delitos de tracto sucesivo o continuado integrados por varios actos (impago de pensiones), los de ejecución permanente (detención ilegal, tenencia ilícita de armas, etc.) y los de hábito como el maltrato familiar habitual.

Pues bien, esta Sala estima, acogiendo la tesis del Fiscal, que es procedente señalar como dato clave el momento en que el sujeto activo es objeto de detención, o de una citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos, en los que deben tener cabida todos los cometidos, y no enjuiciados o prescritos en sus concretas manifestaciones conductuales, referidas al mismo bien jurídico. Ello supondría una ruptura jurídica en la actividad delictiva».

Esa tesis conduce no al delito continuado (que es un único delito), sino a la dualidad de delitos. La reanudación de actividades incardinables en el art. 368, por quien ya se sabe sometido con seguridad a un proceso por las actuaciones efectuadas hasta ese momento, abren paso a un nuevo delito del art. 368. Si, por el contrario, se descubriesen con posterioridad actos de venta de droga efectuados antes de esa detención y que no han podido ser investigados, sí que topáramos, en principio, ante el muro de la cosa juzgada. Si ahora alguien revelase que el recurrido le vendió mil pastillas de MDMA en 2006, no podría abrirse un nuevo proceso por más que desde un prisma naturalista sea un acción distinta y perfectamente diferenciable de la que fue enjuiciada en la sentencia de diciembre de 2008. Desde el punto de vista jurídico esa actividad está juzgada.

En este caso concreto tenemos que el acusado que estaba en prisión desde el mes de julio imputado por venir dedicándose a distribuir pastillas de MDMA, de las que se ocuparon en su vivienda 1.757 dosis, en octubre y desde el centro penitenciario colabora con otro de los acusados a la comercialización de pastillas facilitando a través del teléfono que usaba contactos entre el distribuidor y algunos compradores. Esa labor

de mediación entra dentro de la descripción típica del art. 368.

No obstante ello el laconismo del relato impide ir más allá y no proporciona los datos indispensables para hablar de coautoría o cooperación necesaria. No se precisa ni número de contactos, ni nivel de concierto, ni si el procesado actuaba con la idea de favorecer primordialmente al distribuidor, ni si existía un consorcio estable entre ambos de forma que la actividad de comercialización era conjunta... No puede suplirse esa pobreza del relato ni con los datos que podrían extraerse de la fundamentación jurídica ni con el examen de la causa. Eso lleva a considerar que no hay elementos suficientes para elevar al rango de coautor al acusado, y catalogar su actuación de esporádica mediación entre compradores y distribuidor en el nivel de la complicidad. Es presumible la ausencia de todo dominio del hecho dada su situación carcelaria. Como es sabido de manera muy excepcional y pese a la amplitud de los verbos típicos que maneja el art. 368, la jurisprudencia ha admitido casos de complicidad en supuestos equiparables (*vid.* por todas SSTs 1234/2005, de 21 de octubre, 198/2006, de 27 de febrero, 16/2009, de 27 de enero, 1041/2009, de 22 de octubre o 933/2009, de 1 de octubre).

Por lo expuesto procede ESTIMAR el único motivo del recurso del Ministerio Fiscal y casar la sentencia en ese particular dictándose a continuación segunda sentencia.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EN RELACIÓN AL RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL FORMULA EL EXCMO. SR. D. JUAN RAMÓN BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Con el debido respecto a la opinión de la mayoría considero que no debió estimarse el recurso interpuesto y mantenerse el pronunciamiento absolutorio, en cuanto al procesado Máximo.

Se argumenta en el motivo que en los hechos probados se establece la diferencia temporal en la comisión de los hechos por los que el procesado resultó anteriormente detenido, enjuiciado y condenado y los que luego fueron motivo de acusación en el presente procedimiento, come-

tidos durante el periodo de prisión provisional por aquella primera causa, en que reanudó el tráfico ilegal de estupefacientes desde el Centro Penitenciario.

La cuestión reside en determinar, teniendo en cuenta la naturaleza de delitos permanentes de los delitos contra la salud pública, si el enjuiciamiento de los primeros hechos afecta a los segundos, en la medida en que se declara probado que el procesado absuelto Máximo ha seguido realizando actos materiales de favorecimiento del tráfico ilegal de droga, una vez detenido por los primeros hechos.

Sigue diciendo el motivo que en principio, la estructura del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, no permite su consideración como delito continuado, ni tampoco una pluralidad de delitos cuando concurren entre sí las diferentes formas descritas en el art. 368 CP. Por ello resulta imprescindible esclarecer cuando termina la comisión de un delito y comienza la ejecución de otro de la misma naturaleza, y tal criterio no puede ser sino el temporal: desde el momento en que comienzan las actuaciones judiciales —puesta a disposición del detenido e imputación judicial mediante auto de prisión por los hechos que le imputó el Ministerio Fiscal de manera que todos los actos típicos que cometa el mismo sujeto con posterioridad serán susceptibles de integrar un nuevo delito contra la salud pública, diferente y autónomo del anterior—.

En el caso presente la sentencia recurrida recoge como el acusado hallándose preso preventivo desde el 14-7-2007 por otra causa en la que resultó luego condenado por tráfico de pastillas de MDMA, al poco tiempo —13 y 23-10-2007— contacta desde la prisión, utilizando móviles, con otros traficantes para dar rápida salida a otro alijo de pastillas que va a tener disponible el coprocesado Baltasar, a cuyo fin sin se comunica también con un círculo de compradores de psicotrópicos en escalones inferiores.

Parece, por tanto razonable que al ser imputado el hoy recurrente e ingresado en prisión por unos hechos constitutivos de presunto delito de tráfico de pastillas de éxtasis, se produjo una ruptura jurídica en su actividad delictiva, que reanudó al poco tiempo con un dolo renovado que merece el oportuno reproche penal, citan-

do en su apoyo la doctrina recogida en la STS 187/2009 de 3-3.

a) El conflicto jurídico planteado obliga a dilucidar dos cuestiones: en los casos de delito de tracto sucesivo o continuado (tráfico de drogas) debe deslindarse cuando se termina un delito y empieza otro, y en segundo lugar, si es posible en un delito con tales características cometido en su modalidad de continuidad delictiva.

En general la jurisprudencia ha venido entendiendo la práctica imposibilidad de que a estos delitos se les pueda aplicar el concepto de la continuidad y ello debido esencialmente a su propia naturaleza al tratarse de delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuma por la ejecución de cualquiera de las conductas especificadas en el precepto (SSTS 184/2002 de 12-2, 763/2003 de 30-5, 66/2004 de 20-1, 446/2008 de 9-7).

La pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto no configura una pluralidad de delitos sino que se integra en una conducta única, favorecedora en mayor o menor medida, del consumo ilegal adquiriendo relevancia solamente como factor de individualización punitiva (SSTS 748/2002 de 23-4, 66/2004 de 2-4).

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal. Así ocurre con el delito del art. 368 CP cuando nos habla de «actos de cultivo, elaboración o tráfico» en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. (SSTS 357/2004 de 19-3, 919/2004 de 12-7, 1359/2004 de 15-11, 118/2005 de 9-2); señalando esta sentencia que *la utilización en plural del término «actos» nos obliga considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. Y los términos «cultivo, elaboración o tráfico» nos*

sugieren unos comportamientos de dedicación más o menos duradera en el tiempo relativos a actividades de carácter agrícola, industrial o mercantil. En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado, insistiendo la STS 595/2005 de 9-5, en que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones, en cuanto sirven para conformar la descripción típica de «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico...», salvo que el Tribunal sentenciador explique razonadamente la presencia de un una suficiente separación temporal, un plan preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica ocasión que justifiquen la apreciación de la continuidad delictiva.

Por ello, la exigencia legal de que se puedan ejecutar «actos» obliga a considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal y además los actos de cultivo, elaboración o tráfico requieren un comportamiento con dedicación más o menos duradera en el tiempo, por lo que esa pluralidad de conductas impide configurarlas como delito cuestionado.

Esto es lo que un sector doctrinal denomina «tipos que incluyen conceptos globales», es decir, hechos plurales incluídos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal (SSTS 519/2002 de 22-3, 986/2004 de 13-9, 413/2008 de 20-6).

Ahora bien esta doctrina general ha sido matizada en otras resoluciones de esta Sala, como recuerda la STS 970/2011 de 15-9. Así en la sentencia 972/2006 de 28-9, se declara que si bien es cierto que la expresión «actos de cultivo, elaboración o tráfico», utilizada en el artículo 368 del Código Penal pone de manifiesto que una pluralidad de actos de venta de droga quedan abarcados, por decisión del legislador, en un solo delito, lo mismo que cuando únicamente hubiera existido uno solo de esos actos,

considerándose un concepto global que abarca lo mismo un solo hecho u objeto que varios, también es doctrina de esta Sala, como se expresa en la Sentencia 919/2004, de 12 julio, que la cuestión que se plantea es la relativa a la unidad o pluralidad de infracciones en los supuestos de multiplicidad de acciones. Los problemas generados por la pluralidad de acciones en relación con el concurso de infracciones deben resolverse desde la óptica de la determinación de la unidad de acción; al respecto es posible distinguir entre lo que se denomina la unidad natural de acción y la unidad típica (o jurídica) de acción. La utilización en el art. 368 del Código Penal del término «actos» en plural no debe conducir a un equívoco en relación con la unidad de acción exigida por el tipo penal, pues, no se trata de un supuesto de unidad jurídica de acción, dado que tal entendimiento implica que el legislador aglutina diversos actos y los conforma como un objeto único de valoración, considerando esencial la realización de esa diversidad de acciones para que las conductas se subsuman en el tipo penal. Esta inteligencia llevaría al absurdo de considerar que la realización de un sólo acto puede no ser típico. Por el contrario, el tipo penal del art. 368 debe ser considerado como un tipo que se cumple con la ejecución de un sólo acto (por ejemplo, basta un sólo acto de tráfico) para que la conducta sea subsumible en él. La utilización del plural, como dijimos, no es indicativa de una unidad jurídica prevista por el legislador sino que es un recurso (o una necesidad) lingüística derivada (o impuesta) por la diversidad de verbos típicos que el legislador establece en la redacción de la oración. Aclarada esta cuestión, es necesario realizar la operación interpretativa necesaria para determinar cuándo nos encontramos ante una unidad de acción, pues, esta puede estar formada por diversos actos conforme a lo que se denomina la unidad natural de acción. En efecto, en aquellos casos en los que puede observarse entre los distintos actos, la existencia de una conexión espacio-temporal y una sustancial coincidencia en la actuación en el que el hecho se configura como una unidad, han de ser considerados bajo la idea de la unidad de acción. Esto significa que el tipo penal del art. 368 puede llevarse a cabo mediante un sólo acto que configura una acción o, mediante

una diversidad de actos, siempre que en tales casos puede considerarse que concurre una sola acción en sentido natural. Para que pueda aceptarse que tal diversidad debe ser considerada una unidad en el sentido de unidad de acción, es preciso, como decimos, que los diversos actos se ejecuten en un ámbito espacial corto y en un contexto temporal breve. Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acciones puede —en ciertos casos— conformar una unidad jurídica dando lugar al denominado delito continuado. La Jurisprudencia de esta Sala ha elaborado la doctrina del delito continuado conforme a un criterio objetivo-subjetivo al considerar que la unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos (unos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo) que son los que darán ese sentido o nexo de unión por continuidad. En otras palabras, una mera sucesión de delitos no dan lugar por esa sola circunstancia cronológica, a un delito continuado. Esta Sala, a la vista del art. 74 del Código Penal, exige como requisitos para que pueda considerarse continuidad delictiva, los siguientes: a) la existencia de un plan preconcebido (elemento subjetivo) o el aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo); b) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; c) que ofendan al mismo o a distintos sujetos pasivos; d) que infrinjan el mismo precepto penal o varios pero de igual o semejante naturaleza; y e) que dichas acciones se lleven a cabo en un cierto contexto espacio-temporal delimitable. Dicho de otro modo: pluralidad de acciones, homogeneidad en el bien jurídico, homogeneidad en la técnica comisiva, unidad de sujeto activo (aunque puedan cambiar algunos partícipes), y cierta relación de espacio y tiempo entre las diversas acciones. Así pues, prescindiendo ahora de los demás requisitos, el delito continuado exige una pluralidad de acciones realizadas en un cierto contexto espacio-temporal delimitado. Todo lo indicado conduce a las siguientes conclusiones: por una parte, que es posible que una persona realice diversos actos que puedan considerarse como una única acción (en sentido natural) que conformen un único delito; por otra parte, que es posible que una persona realice diversas acciones que den lugar a varias subsunciones en el mismo tipo penal;

y, por último, que también es posible que una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto penal sean consideradas una unidad jurídica de acción por continuación, siempre que exista un nexo de continuación (STS. 919/2004 de 12.7). Por tanto no debe considerarse, sin más que el art. 368 del Código Penal al referirse a «actos» en plural significa que dentro de esos actos cabe abarcar todos los actos que el sujeto activo realice por complejos que sean y todos ellos deben ser valorados como un comportamiento único, es decir, en realidad el legislador haya establecido una unidad jurídica de acción, de la que deducir que una conducta plural y compleja realizada por el sujeto activa, deba ser considerada como un solo delito. Sin embargo, como dijimos, el tipo penal del art. 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural.

Por ello en caso de pluralidad de acciones y concurriendo el resto de los requisitos indicados sería posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública, exigiéndose la concreta individualización de una nueva acción incardinable en el tipo penal aplicado, autónoma e independiente surgiendo de esta forma un renovado riesgo para la salud pública (STS 184/2002 de 12-2), y cuando aparezca diferenciada la técnica comisiva de la primera acción respecto de las otras no es posible apreciar un delito continuado, y si el concurso real de delitos como fue el caso de la sentencia 919/2004 de 12-7, en el que nada se parece la realización de transportes terrestres de cocaína desde Galicia a Madrid, con dos transportes intercontinentales de cocaína que requieren más medios y además más específicos, para transbordar ladrona en alta mar e introducirla en las costas españolas.

b) En el caso presente la sentencia recurrida... fundamento jurídico 9, precisa, precisa como Máximo fue condenado por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, por sentencia de 16 de diciembre de 2008, por un delito contra la salud pública a la pena de diez años de prisión, que se ha aportado a la causa.

Dicha causa (sumario 15/08, procedente del Juzgado n.º 1 de Arona) se acordó su prisión preventiva el día 14 de julio de 2007. Y se dicta auto procesamiento el 4 de febrero de 2008.

En dicha sentencia se señala en los hechos probados: que «el acusado Máximo, mayor de edad y sin antecedentes penales, al menos desde los primeros meses del año 2007, venía dedicándose a distribuir grandes cantidades de pastillas de éxtasis que suministraba en partidas importantes, así como otras cantidades de cocaína y hachís que vendía a consumidores de estas sustancias.

Almacenaba las drogas en una vivienda en Bajamar, calle ... n.º ... Desde este lugar se dirigió el 12 julio 2007 con el objetivo de llevar ventas de pastillas, cuando sobre las 17,29 horas de la tarde recibió una llamada de un individuo, no identificado, que le advirtió de que la casa se encontraba vigilada por la policía. El procesado salió al exterior en compañía de una mujer y unos minutos después fue detenido en las inmediaciones de la vivienda, encontrándose en su poder 70 euros en efectivo y un teléfono móvil marca Nokia que utilizaba para sus contactos con los proveedores y clientes de las pastillas de éxtasis».

También se señala en los hechos probados que una comisión judicial procedió a practicar un registro en la vivienda descrita, donde se le ocuparon 1.757 pastillas de MDMA, cocaína y hachís.

En el sumario sometido ahora enjuiciamiento, en el escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal se dice en su relato de hechos que «A su vez, con la finalidad de gestionar la rápida venta de estas pastillas que esperaba recibir el procesado Baltasar, se puso en contacto con el procesado Máximo, ... El cual, a pesar de que se encontraba ingresado por aquellas fechas en el Centro Penitenciario Tenerife II, al haber resultado detenido en el mes de julio de ese mismo año por distribuir pastillas de éxtasis por cuanta de Baltasar, seguía colaborando activamente con aquel procesado en el tráfico ilegal de drogas, cuya principal misión en el marco del citado grupo criminal consistía desde su ingreso en prisión, donde contaba con la posibilidad de usar de modo clandestino teléfonos móviles a pesar de que su uso se encontraba prohibido por la normativa penitenciaria, en poner en contacto

al citado procesado Baltasar con el círculo de conocidos compradores de psicotrópicos en los escalones inferiores de este ilícito negocio...».

Consecuentemente del propio relato del Ministerio Fiscal se desprende que la detención e ingreso en prisión en julio 2007, no supuso una ruptura jurídica en su actividad delictiva plasmada en las conversaciones telefónicas mantenidas en prisión con el coprocesado Baltasar en octubre de ese mismo año.

Siendo así, la detención e ingreso en prisión en julio 2007 por las diligencias previas 145/2007 del Juzgado de Instrucción 1 de Arona, no supuso una ruptura jurídica en su actividad delictiva, que continuó con las conversaciones telefónicas que mantuvo en prisión con el coprocesado Baltasar en octubre de ese mismo año en el marco de las diligencias previas 137/2007 del Juzgado de Instrucción 1 de Granadilla, cuando en las primeras diligencias aún no había recaído auto de procesamiento, 4-2-2008, ni sentencia definitiva 16-12-2008.

Por tanto tratándose de hechos con una homogeneidad en la técnica comisiva: la distribución de pastillas por parte del recurrente por encargo de Baltasar, debió solicitarse la acumulación de ambas causas al juzgado que se considerara competente —ambas fueron iniciadas en el mismo mes de febrero 2007— y procederse a un conjunto enjuiciamiento bien como un único delito, con identidad de sujeto activo y bien jurídico protegido, sin que existiera ruptura jurídica, o bien, en todo caso, como un delito continuado, pero no como dos infracciones autónomas e independientes.

Por tanto el recurso del Ministerio Fiscal devendría improsperable.

c) Como hemos dicho en STS 505/2006 de 10-5, la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquella que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado (STS 1375/2004 de 30-11).

Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE

y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14-10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29-4-93, 22-6-94, 17-10-94, 20-6-97, 8-4-98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio «non bis in idem», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la LECrim), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS 24-4-2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación del principio «non bis in idem», y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española y 14.7

del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13-4-77, según el cual «nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país».

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrá de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos —STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998—.

Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 221/1997, de 4 diciembre, aborda el problema con una premisa de partida clara e incontestable: «Si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al artículo 25.1 de la Constitución, sin que la observancia

de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscribido, y ello con independencia de que el origen del tan indeseado efecto sea de carácter sustantivo o se asiente en consideraciones de naturaleza procesal».

d) A la misma solución desestimatoria se llegaría en el caso de considerar que existió una continuidad delictiva entre los hechos ya sentenciados el 16-12-2008 acaecidos hasta julio 2007, y los que son objeto de la presente causa, octubre del mismo año.

Es cierto que esta Sala para la estimación del delito continuado viene insistiendo en la necesidad de un requisito procesal a adicionar a los requisitos sustantivos extraídos del art. 74 CP, cual es la unidad de proceso (STS 24-1-2002), y niega la posibilidad de delito continuado, al ser imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos, y que, como consecuencia de ello, no admite en estos casos la excepción de cosa juzgada en la medida en que no hay identidad fáctica (SSTS 751/1999, de 11 mayo, o 934/1999, de 8 junio), y la misma sentencia 500/2004 de 20-4, citada en el recurso que precisa que el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos analizados en la primera sentencia, impide que en aquellos hechos ya enjuiciados se integren o se injerten otros de idéntica factura pero que son enjuiciados con posterioridad y que por ello, no obstante la posible continuidad inicial que podría haberse contemplado, esta ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento, concluyendo que la razón de no existir tal excepción de cosa juzgada es doble, una de tipo procesal y otra de tipo sustantivo. De tipo procesal porque el previo enjuiciamiento efectuado por la primera audiencia impide la continuidad delictiva respecto de los hechos enjuiciados con posterioridad, aunque en sede teórica todos, unos y otros podrían haber sido objeto de un enjuiciamiento único. De tipo sustantivo, porque los hechos posteriores no son idénticos a los anteriores.

Ahora bien, como recuerdan las SSTS 896/2011 de 6-7 y 1395/2005 de 23-11, el problema se plantea a la hora de fijar las consecuencias penológicas de la intervención en un hecho delictivo calificado de continuado, cuando por hechos similares ya ha sido condenado también por delito continuado, de manera que, de haberse tramitado conjuntamente se hubiera dictado una única sentencia por tal delito, comprensiva de todos los hechos unificados en la continuidad. En estos casos la pena que le corresponde por su intervención en los hechos ahora enjuiciados no puede exceder de la señalada por el Código.

En este sentido, podemos citar la STS 751/99 de 11 de mayo de 1999, que en una situación semejante a la analizada —gestor que se apropia del dinero entregado por su principal para el pago de obligaciones fiscales, hecho por el que fue condenado, y posteriormente fue juzgado por aprovechamiento del dinero entregado por el mismo principal para el pago de cuotas de la Seguridad Social—, declaró la improcedencia de la aplicación del instituto de la cosa juzgada, y juzgó los hechos cometidos con posterioridad al previo enjuiciamiento de otro hecho semejante, excluyendo el enjuiciamiento global de todos como delito continuado dado el previo enjuiciamiento de uno de ellos, lo que impedía la aplicación de la continuidad, bien que la demasía en cuanto a la doble pena impuesta en ambos enjuiciamientos los resolvió con base a la petición de un indulto, rechazando la tesis de la sentencia de instancia que dictó un fallo en el que el pronunciamiento penal lo integró a modo de adición en el fallo de la primeramente dictada.

La misma doctrina viene a sostenerse en la STS de 24 de enero de 2002, núm. 2522/01, en la que se concluye afirmando «que la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos...», expresándose que en estos casos no cabe la excepción de cosa juzgada en la medida que no hay identidad fáctica, y que es clara la razón de justicia material que inspira la construcción de la sentencia analizada: se trata de no hacer recaer sobre el imputado las consecuencias adversas de un doble enjuiciamiento y una

doble pena por hechos que podrían haberse beneficiado de un único enjuiciamiento y una única pena, pero el camino trazado es claramente inadecuado y erróneo.

Esta solución es similar a la que se ha adoptado jurisprudencialmente en los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas y penales respecto a un mismo hecho, en los que la sentencia penal ha de tener en cuenta la sanción administrativa impuesto para que el rigor sancionatorio, penal y administrativo, no supere la medida de la culpabilidad contemplada en la norma.

La cuestión deducida, una vez zanjada la no aplicación de la excepción de cosa juzgada, es determinar cuál sea el límite penológico para no comprometer la proporcionalidad de las penas. Pueden haber dos soluciones, y las dos han sido adoptadas por Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Una primera, es la de establecer que en la segunda sentencia se descuente la pena impuesta en la primera, solución que se adopta en la STS de 20-4-2004 «de suerte que fijada la pena que le correspondería por su intervención en los hechos ahora enjuiciados, se le descuente la pena que se le impuso en aquella sentencia porque bien pudo haberse enjuiciado todo en un único procedimiento». Añade la

anterior resolución, que estima que debe ser el propio sistema judicial quien analice y valore las razones de justicia, sin traspasar el problema al poder ejecutivo, vía indulto, en el que pueden operar razones de oportunidad que pueden no coincidir con las de justicia material existentes. Otra solución fue la adoptada en la STS 18-10-2004, en la que se declara que en estos supuestos el límite sancionador no debe verse superado por la previsión normativa prevista en el Código penal, esto es, las penas impuestas en las sentencias condenatorias no deben superar el marco penal correspondiente al hecho delictivo.

En el caso presente el recurrente fue condenado en la primera sentencia como autor de un delito contra la salud pública, sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, arts. 368 y 369.1.6, a la pena de 10 años prisión —pena que excede a la prevista en la actualidad, tras la reforma LO 5/2010, 6 años y 1 día a 9 años prisión— y que por tanto, englobaría la solicitada en la presente causa por el Ministerio Fiscal, 5 años prisión, por el mismo delito contra la salud pública, pero, sin apreciar el subtipo agravado con una penalidad entre 3 y 6 años prisión.

Consecuentemente el motivo debió ser desestimado.

Sentencia 723/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de octubre

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Alzamiento de bienes. Atipicidad del favorecimiento de acreedores**

Recurso de Casación: **n.º 273/2012**

Artículos: **257 Código Penal**

Alzamiento de bienes: Además de recordar los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan esta figura delictiva, se analiza en la sentencia el problema del favorecimiento de acreedores, que resulta atípico, a diferencia de lo que sucede una vez declarada la situación concursal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. El motivo primero lo dedica la parte a impugnar la subsunción de los hechos

declarados probados en el delito de alzamiento de bienes del art. 257 del C. Penal, citando al respecto el art. 849.1.º de la LECrim como cauce procesal idóneo para fundamentar el recurso.

El argumento nuclear en que apoya la infracción de ley lo centra el acusado en señalar que no cabe aplicar el tipo penal del alzamiento de bienes cuando se paga una deuda a un acreedor con preferencia a otros. Y advierte al respecto que esta es la situación que se da en este caso, toda vez que el dinero que pidieron prestado los trabajadores de Gracorvi a la Caja Rural de Navarra fue destinado en gran parte a pagar las nóminas atrasadas de los trabajadores de Anundek. Por lo cual, considera que la dación en pago de la maquinaria a los trabajadores acreedores debe calificarse de típica.

La tesis exculpatória del impugnante nos obliga a dirimir dos cuestiones para decidir sobre su viabilidad. La primera consiste en determinar si la premisa jurídica de que parte se ajusta a los criterios jurisprudenciales y doctrinales prevalentes; es decir, si el hecho de pagar a un acreedor con prioridad a otros y disminuir el patrimonio del deudor con el anticipo de un pago excluye la tipicidad del delito de alzamiento de bienes. Y la segunda cuestión a resolver es si en este caso concreto se ha dado el supuesto fáctico del pago preferente que permita excluir el comportamiento defraudatorio que tipifica el precepto penal.

2. Sobre el pago de la deuda a un acreedor con preferencia o prioridad a otros y su relevancia para la tipificación de la conducta de alzamiento de bienes, tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no concurre ese delito cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la sustracción de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-11; 1471/2004, de 15-12; 1553/2004, de 30-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; 19/2006, de 19-1; y 984/2009, de 8-10, entre otras).

Y en lo que respecta a la aplicación de esa doctrina a los dos primeros apartados del art. 257 del C. Penal, se argumenta en la sentencia de esta Sala 984/2009, de 8 de octubre, que «al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado».

De otra parte, se argumenta también en la referida sentencia que «el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, solo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, *a contrario sensu*, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas».

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad —remarca la misma sentencia— nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2.º cuando se refiere a un procedimiento «iniciado o de previsible iniciación». El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos de previsible reclamación en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho penal

a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente «insolventado» con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Y en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato simulado. La doctrina discrepa a la hora de encuadrar dogmáticamente el fundamento de la absolucón, estimando algunos autores que se está ante un supuesto de atipicidad y otros ante un caso de conflicto de deberes que genera la exclusión de la antijuridicidad (art. 20.5.º o 20.7.º del C. Penal). Todo ello sin perjuicio de su inclusión en un ilícito civil en el caso de que no se hayan respetado las reglas de la prelación de créditos. Y sin olvidar tampoco que la incoación previa de un proceso concursal sí abriría la posibilidad de subsumir el favorecimiento de un acreedor en una conducta penalmente típica a tenor de lo dispuesto en el art. 259 del C. Penal.

(...)

Cuarto.— 1. Al sopesar todos los argumentos probatorios precedentes y ponerlos en relación con la jurisprudencia de la Sala sobre el tipo penal de alzamiento de bienes, anteriormente reseñada, solo cabe concluir acogiendo la tesis exculpatoria del recurrente.

Primero, porque en lo que concierne al elemento objetivo del tipo penal se ha constatado, según se refiere tanto en el «factum» de la sentencia recurrida como en la fundamentación jurídica, que el acusado recurrente al entregar en pago la maquinaria saldaba realmente una deuda que sí tenía la entidad Anundek con los trabajadores socios de Gracorvi que han resultado absueltos.

Ello significa que lo que se ha hecho en realidad es favorecer a unos acreedores con respecto a otros, favorecimiento que, según asentados criterios jurisprudenciales y doctrinales ya expuestos en el fundamento anterior, excluyen la aplicación del tipo penal del alzamiento de bie-

nes del art. 257 del texto punitivo. Y ello porque al pagar una deuda vencida y exigible no se está incrementando el saldo deudor de la entidad Anundek, sino que se está, a lo sumo, pagando a unos acreedores con prioridad a otros, y lo cierto es que el tipo penal del art. 257 no tutela la figura de la «par conditio creditorum», sino que castiga la evasión u ocultación, fáctica o jurídica, del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores.

Una vez excluido que concurra en el presente caso el elemento objetivo del tipo penal del art. 257, ya no habría necesidad de entrar a examinar el elemento subjetivo al resultar atípica la conducta. Sin embargo, no está de más hacer algún pronunciamiento al respecto, porque entendemos que es aquí donde se originan en gran medida algunas de las incoherencias y contradicciones de la sentencia condenatoria recurrida.

2. En efecto, en lo que atañe al elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión «en perjuicio de sus acreedores» que contiene el texto del art. 257 del C. Penal ha de interpretarse como la exigencia de un dolo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS 2068/2001, de 8-11; 440/2002, de 13-3; 1716/2003, de 17-12; 7/2005, de 17-1; 1522/2005, de 20-12; 1117/2007, de 28-11; 538/2008, de 1-9; 372/2009, de 8-4; y 557/2009, de 8-4), dolo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS 667/2002, de 15-4; 974/2002, de 27-5; 590/2006, de 29-5; y 557/2009, de 8-4). Si bien en otras sentencias se argumenta, ciertamente, que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo genérico, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2; 944/2004, de 23-7; 1564/2005, de 4-1; y 234/2005, de 24-2).

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de dolo que se requiera para la aplicación del tipo penal, lo cierto es que aquí concurren da-

tos objetivos que permiten asumir la versión del acusado de que con su conducta pretendía abonar una deuda que tenía con los trabajadores de Gracorvi. No debe olvidarse, además, que la exclusión del elemento objetivo del tipo penal impide, tal como ya se anticipó, apreciar el delito y construir una inferencia evidenciadora del elemento subjetivo del tipo, independientemente de cuál fuera el móvil o fin último con que actuara el acusado.

Tal como se señala en la sentencia de esta Sala 984/2009, de 8 de octubre, la doctrina mayoritaria viene considerando que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto típico, elemento que, a tenor de lo que se ha argumentado en los fundamentos precedentes, no es apreciable en el supuesto que se enjuicia al no darse una conducta típica. Pues, aunque el acusado pudiera perjudicar a algunos acreedores al posponerlos a otros a la hora de abonar las deudas y actuara con conocimiento de ello, esta no es la clase de perjuicio que tutela el tipo penal aplicable en el presente caso, ya que el delito pretende castigar las conductas consistentes en «insolventarse» en perjuicio de los acreedores, y no la mera redistribución o alteración del orden de pago de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad.

En la sentencia recurrida se dice al tratar el elemento subjetivo que sí concurre el dolo propio del delito de alzamiento de bienes «puesto que Eleuterio conocía la existencia de las deudas y que con todos estos actos jurídicos obstaculizaba o dificultaba a los acreedores el cobro de sus deudas» (folio 12, anverso).

El argumento nuclear que utiliza la sentencia sobre el elemento subjetivo no carece de alguna dosis de razón en su contenido literal desde una perspectiva puramente empírica o naturalística, porque seguramente es cierto que el acusado cuando entregó en pago de una deuda la maquinaria a los trabajadores sabía que con

esa entrega estaba obstaculizando o dificultando el pago de otras deudas. Ahora bien, ello sucede siempre que se paga a un acreedor con preferencia a otro sin que se haya iniciado un procedimiento concursal, puesto que la anticipación del pago de una deuda real cuando existen otras perjudica necesariamente a los acreedores postergados. Sin embargo, esto no significa que concurra el elemento subjetivo del tipo penal del alzamiento de bienes, ya que de entenderlo así siempre que se favorece a un acreedor pagándole con prioridad a otro estaríamos ante una conducta punible.

Por consiguiente, y sin entrar en la espinosa cuestión de si el dolo del delito de alzamiento de bienes es, con arreglo al léxico jurisprudencial, un dolo genérico o un dolo específico, lo cierto y real es que, en cualquier caso, se está ante un dolo de consecuencias necesarias con respecto a una conducta objetiva que no es punible; pues cuando se está pagando a un acreedor con prioridad a otro no se está incurriendo en un comportamiento típico con arreglo al art. 257 del C. Penal aunque se sepa y se asuma que se está perjudicando al acreedor postergado.

Es factible que cuando el acusado pagó a los trabajadores acreedores con preferencia a los querellantes y a otros que se citan en la sentencia quisiera favorecer a los primeros y no le importara postergar a los otros. Sin embargo, todos esos aspectos relativos al ámbito del deseo, del móvil o de las preferencias internas del acusado, carecen de relevancia cuando, como sucede en este caso, su conducta externa no es punible por no haber incrementado con ella la situación de insolvencia previa que ya tenía la entidad Anundek. De no entenderlo así, estaríamos incurriendo en un derecho penal del ánimo o de las intenciones íntimas del acusado, ajeno a los fines y a la función de la norma penal, que se centra en castigar conductas externas que menoscaban los bienes jurídicos que tutela el sistema punitivo.

Sentencia 722/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de octubre

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Sistema SITEL**

Recurso de Casación: n.º **10445/2012**

Artículos: **18 y 24 CE, 579 y 850 LECrim**

De entre las numerosas cuestiones abordadas por la sentencia destacamos la relativa al funcionamiento del sistema SITEL en la práctica de las intervenciones telefónicas, cuya fiabilidad avalada por la doctrina jurisprudencial mayoritaria hace innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática que había sido propuesta, para conocer o acreditar las características básicas del sistema. Se extracta, asimismo, voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El segundo motivo, por quebrantamiento de forma por denegación de prueba, se articula al amparo del art 850 1.º de la LECrim. Lo analizaremos conjuntamente con el tercero, que alega la misma infracción desde la perspectiva constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva.

(...)

Décimo.—Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1995), pero también ha señalado siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin

perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso «a quo» podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril, entre otras).

El Tribunal, en consecuencia, puede, y debe, inadmitir las diligencias probatorias susceptibles de provocar dilaciones por la complejidad de su práctica, cuando notoriamente resulten innecesarias, superfluas o intrascendentes.

Undécimo.—En relación con la eficacia probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL, y sin perjuicio de reconocer y respetar posiciones discrepantes, es procedente acoger la doctrina mayoritaria de esta Sala, cuya función esencial es precisamente la de garantizar la seguridad jurídica, evitando resoluciones judiciales contradictorias que perjudican la uni-

dad del ordenamiento y la igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley penal, para lo cual es conveniente mantener internamente criterios claros y uniformes.

En este sentido, y siguiendo la STS 554/2012, de 4 de julio, de la legitimidad de la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL ha sido confirmada por múltiples sentencias de esta Sala, entre las que pueden citarse: SSTS 250/2009, de 13 de marzo; 308/2009, de 23 de marzo; 1078/2009, de 5 de noviembre; 1215/2009, de 30 de diciembre; 740/2010, de 6 de julio; 753/2010, de 19 de julio; 764/2010, de 15 de julio; 293/2011, de 14 de abril; 565/2011, de 6 de junio; 410/2012, de 17 de mayo; 573/2012, de 28 de junio; 554/2012, de 4 de julio, etc.

Siguiendo la referida STS 554/2012, de 4 de julio, podemos describir el sistema diciendo que SITEL (sistema de interceptación legal de las telecomunicaciones), diseñado para sustituir las carencias del anterior sistema de interceptación, se construye sobre la base de enlaces punto a punto con las Operadoras de telefonía, que transmiten la información correspondiente a la interceptación que dichas Operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía.

Los enlaces punto a punto establecidos, permiten únicamente la entrada de información procedente de la Operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de solo lectura, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la Autoridad judicial.

Para garantizar el contenido de la información dichos ficheros son firmados digitalmente, utilizando el formato de firma electrónica denominado PKCS#7 Detached, utilizando un certificado Camerfirma (como entidad certificadora autorizada) emitido por el Cuerpo Nacional de Policía y que se asocia a la máquina SITEL para que pueda firmar de forma desasistida los ficheros relativos al contenido e información asociada de la interceptación.

Una vez que en el sistema central se realiza el proceso de firma, se genera un nuevo fichero

que contendrá la firma electrónica, y que verificará tanto el contenido de la comunicación, como los datos asociados a la misma. Así, el sistema de firma electrónica nunca altera el contenido del archivo original que se está firmando.

Los usuarios del sistema, los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, recogiendo únicamente un volcado de esa información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndola a un CD o DVD para su entrega a la Autoridad judicial, garantizando de esta manera la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central.

En base a todo ello, y siguiendo nuevamente la referida STS 554/2012, de 4 de julio, ningún reparo cabe hacer al empleo de esta tecnología informática. Como señala la reciente sentencia STS 573/2012, ha de recordarse que, tras un intenso debate acerca del sistema SITEL, la mayoría de esta Sala ha considerado dicho modo de proceder como técnicamente fiable, por encima incluso del sistema «tradicional» de grabación de esas comunicaciones. Y en la sentencia 410/2012, de 17 de mayo, se señala que la posibilidad de manipulación o alteración del resultado de las intervenciones en el sistema SITEL es prácticamente imposible.

Cuando el Juez ordena una intervención telefónica no impone la utilización de ningún sistema, sino que autoriza los más avanzados o los que en un momento dado utilice la policía judicial, siempre que ofrezcan plenas garantías, como sucede con el sistema SITEL según la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, que es el que se ha incorporado con carácter general en nuestro ordenamiento.

En consecuencia, si 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, en todos y cada uno de los juicios que se celebran en los Tribunales espa-

ños en los que se aporten como prueba dichas intervenciones, por lo que la decisión del Tribunal sentenciador denegando la prueba propuesta por considerarla superflua con cita expresa de nuestra doctrina jurisprudencial fue correcta y razonable, y debe de ser confirmada.

Los dos referidos motivos deben rechazarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.

SR. MAGISTRADO D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO.

SR. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN, A LA SENTENCIA NÚM. 722/2012, DE 25 DE SEPTIEMBRE, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10445/2012

1. Nuestra discrepancia con el criterio mayoritario se centra en la desestimación del segundo y tercero de los motivos formalizados por Encarna. La recurrente alegó, en el primero de ellos, quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim, al entender que se habían rechazado pruebas solicitadas en tiempo y forma y que resultaban pertinentes. En el segundo, se reproducía el argumento desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE.

Las pruebas de las que se había privado al recurrente están literalmente transcritas en el FJ 9.º de nuestra sentencia. Se trataba de cinco pruebas periciales —las dos últimas formuladas con carácter subsidiario—, encaminadas todas ellas a garantizar la fidelidad de las grabaciones puestas a disposición del Juez de instrucción y en las que se recogían las conversaciones que habían sido interceptadas durante la vigencia de la medida de intervención. Así, se solicitaba copia del certificado Camerfirma, en su calidad de entidad certificadora autorizada, emitido para el Cuerpo Nacional de Policía en relación con el SITEL y los ficheros firmados digitalmente. También se pedía dictamen del Profesor de Ingeniería Informática de la Universidad Politécnica de Madrid, Dr. D. Teodoro, acerca de los mecanismos técnicos llamados a garantizar la autenticidad de los soportes de las grabaciones. Se instaba asimismo la citación como peritos informáticos de dos de los máximos responsables del funcionamiento del SITEL. Con carácter

subsidiario y para el caso en que, por cualquier circunstancia, esa inicial propuesta probatoria no pudiera ser practicada, se ofrecía la posibilidad de citación de un perito informático designado por el Colegio Oficial de Ingenieros e Ingenieros Técnicos en Informática de la Comunidad de Madrid, que asumiera la pericia en los términos interesados. Y como última opción, en defecto de las anteriores, se interesaba que el nombramiento del perito informático fuera realizado por el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones.

La Audiencia de Madrid había rechazado la práctica de esas pruebas por entender, con cita de la STS 30 de diciembre de 2009, que «... la jurisprudencia ha dejado clara la postura [...] en relación a la plena validez, eficacia y respeto por las garantías del sistema SITEL, resultando por ello superfluas las pruebas solicitadas por la defensa en tal sentido».

(...)

2. En la STS 1215/2009, 30 de diciembre, con ocasión del voto particular que entonces hicimos valer, indicábamos que, a nuestro juicio, la atribución de eficacia probatoria a esos DVDs —expresamente impugnados en su autenticidad por la defensa de uno de los recurrentes—, supone un retroceso respecto del estado actual de las garantías constitucionales (arts. 18.3 y 24.2 CE). Y esa relajación del nivel de exigencia que esta Sala y la jurisprudencia constitucional han venido imponiendo, se produce en una materia —la prueba electrónica— caracterizada precisamente por su volatilidad y las infinitas posibilidades de manipulación y tratamiento.

Cuando se nos pide un pronunciamiento acerca de la cuestionada autenticidad de unos DVDs —en este caso, ofrecidos por la Policía— nuestra respuesta no puede consistir en un acto de fe inspirado por las excelencias del software del que se valen los agentes. Tampoco podemos incorporar al objeto del debate el grado de confianza institucional que a la Sala le merezca el trabajo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De operar con arreglo a este criterio, desenfocaríamos el núcleo del problema, convirtiendo lo que debería ser un debate genuinamente jurídico en un juicio sobre la credibilidad

que nos inspira la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Y no es esto lo que está en juego.

El enunciado del problema es mucho más sencillo. Lo que se requiere de nosotros no es que avalemos la suficiencia técnica del procedimiento mediante el que se graban las conversaciones intervenidas. Tampoco que examinemos el funcionamiento del sistema con la perspectiva de su validez en el ámbito de la protección de datos personales. Nuestro razonamiento, por el contrario, no puede tener otro objetivo que dar respuesta, en el plano estrictamente jurídico, a un problema procesal, esto es, al valor probatorio atribuible, desde la perspectiva de su autenticidad, a la prueba electrónica.

Que los DVDs ofrecidos por los agentes de policía constituyen una prueba electrónica es algo que está fuera de dudas. Sin entrar en la controversia doctrinal, de especial interés en el proceso civil, acerca de si esos DVDs merecerían el tratamiento de una verdadera prueba documental (art. 317 LECiv o, por el contrario, de una prueba autónoma, de significado diferente (art. 382 LECiv), lo que resulta incuestionable es que su valoración probatoria ha de ajustarse a las reglas generales.

A nuestro juicio, si bien la fuerza probatoria de los documentos electrónicos no tiene por qué ser cuestionada *a priori*, en aquellos casos en los que se impugne su exactitud e integridad en momento procesal oportuno —y el escrito de conclusiones provisionales, desde luego, lo es—, surge en la acusación el deber de desplegar un esfuerzo probatorio que acredite, sin perjuicio de las dificultades inherentes a una prueba pericial sobre esta materia, que esa objeción de la defensa no resulta justificada.

Esta idea tan elemental es congruente con el contenido del art. 230 de la LOPJ, con arreglo al cual, los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, añadiendo que «... los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la 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».

No existen razones jurídicas que justifiquen que el resultado de los actos de investigación encomendados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se sustraiga a las reglas generales sobre la valoración de la autenticidad de un documento electrónico. En nuestra opinión, los DVDs aportados a un proceso penal por agentes de policía no pueden aspirar a un régimen privilegiado frente a la autenticidad afirmable de esos mismos soportes electrónicos cuando tienen distinto origen.

Dicho con otras palabras, el DVD aportado por los agentes no puede gozar de una autenticidad, irrazonablemente aventajada, frente al DVD en el que se contienen, por ejemplo, escrituras públicas y está custodiado por un Notario (cfr. art. 115 de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, que dio nueva redacción al art. 17 bis de la Ley del Notariado, fechada el 28 de mayo de 1862). Nos interesa destacar que la autenticidad de los DVDs no puede situarse fuera de la órbita de las exigencias que son propias de toda fuente de prueba, sustituyéndose por una aceptación incondicional que carece en nuestro sistema de cobertura jurídica.

La valoración jurisdiccional de un documento electrónico —en este caso, varios DVDs en los que se incorporan archivos digitales de sonido— exige, a nuestro juicio, dos niveles de autenticidad.

Primero, el que garantiza que, una vez grabada la conversación en el terminal custodiado por los agentes de policía, el fichero así generado no ha sido abierto con posterioridad y, en consecuencia, no ha sido expuesto a ningún tipo de modificación. El Tribunal que ha de valorar esa fuente probatoria ha de tener asegurado, en el plano tecnológico, que no se han suprimido fragmentos relevantes para conocer el alcance de los hechos o que no han sido excluidas conversaciones que el agente responsable considera intrascendentes jurídicamente y que, sin embargo, pueden no serlo. En definitiva, resulta indispensable que el sistema garantice que después de cada conversación interceptada por los agentes facultados se procede al sellado tecnológico del archivo de sonido, con el fin de salvaguardar

su integridad, excluyendo cualquier riesgo de manipulación.

Pero no basta con la garantía de que los archivos custodiados en el terminal central no han sido abiertos y, en consecuencia, expuestos a su alteración. Conviene tener presente que la fuente de prueba ofrecida por los agentes de policía a la valoración del Tribunal está integrada, no por los ordenadores centrales, sino por las copias incorporadas a uno o varios DVDs. Se impone, en consecuencia, un segundo nivel de exigencia, que ahora afecta al soporte en el que se incorpora la copia de los archivos originales. De ahí que resulte indispensable que, inmediatamente después de efectuado el proceso de grabación, se active una certificación que garantice: a) que desde el momento en que culminó el proceso de transferencia de archivos hasta su recepción por el Juzgado, ese DVD no ha sido abierto; b) que, en consecuencia, no ha existido riesgo de manipulación; y c) que quien garantiza la integridad del documento es el funcionario responsable del tratamiento y, por tanto, el único con capacidad de autenticación.

3. Nuestro desacuerdo con el criterio mayoritario tiene también su origen en la necesidad de matizar la idea de que la plena fiabilidad de un software exime a los peritos que se valen del mismo de la necesidad de explicar la metodología que avala sus conclusiones. Nadie discute, por ejemplo, que las pruebas de identificación de cualquier sospechoso mediante restos orgánicos de los que se extraen muestras de ADN gozan de plena —por no decir, absoluta— fiabilidad. El margen de error se mide en porcentajes infinitesimales. Sin embargo, aplicando la doctrina a la que se adscribe la sentencia de la que disentimos, la complejidad técnica de esas pruebas y el grado de fiabilidad de sus resultados justificarían la negativa sistemática de las Audiencias Provinciales a aceptar como prueba pericial la citación de los peritos que intervinieron en la recogida de muestras y en los análisis ulteriores. Algo similar podríamos decir, por ejemplo, de las actividades científicas mediante las que se obtienen huellas dactilares o de aquellas que permiten acreditar la composición cuantitativa y cualitativa de las sustancias tóxicas o estupefacientes. Resulta innecesario citar

los innumerables precedentes de esta Sala en los que nos hemos pronunciado acerca de la relevancia probatoria del dictamen pericial siempre que haya sido propuesto en tiempo y forma.

Creemos que la sentencia apoyada por la mayoría y la línea jurisprudencial que se cita como respaldo, están avalando un tratamiento probatorio injustificadamente diferenciado respecto de los documentos electrónicos aportados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La pericia electrónica, debidamente propuesta, no puede ser rechazada, sin más, con el argumento de que el documento cuya autenticidad se cuestiona procede de fuente fiable. La fiabilidad de un software —en este caso, custodiado por el Ministerio del Interior— no impide cuestionar el documento electrónico en el que se vuelcan horas y días de conversaciones judicialmente interceptadas y que afectan a numerosas personas, buena parte de ellas, totalmente ajenas a la investigación.

4. Es cierto que no debería bastar una impugnación genérica y extemporánea de la autenticidad de los soportes para cuestionar la validez probatoria de las escuchas aportadas por los agentes de policía. El juicio de pertinencia acerca de la propuesta de una prueba pericial —qué duda cabe— habrá de tomar en consideración, no sólo su proposición en momento procesal hábil, sino todos aquellos otros elementos que puedan contribuir a despejar cualquier duda acerca de la integridad y autenticidad del documento electrónico cuestionado. En definitiva, nada singulariza el régimen jurídico de la admisión o rechazo de la pericia informática respecto de otras formas de dictamen pericial. Su pertinencia dependerá siempre de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de los términos en que la propuesta probatoria haya sido formalizada, del objetivo que con ella se persiga y, en fin, de su necesidad para excluir dudas fundadas acerca de la integridad de los soportes.

Precisamente por ello, creemos que las excelencias técnicas del SITEL, la supuesta complejidad de la prueba propuesta o la fiabilidad de la fuente de procedencia —criterios que latén en la justificación de la Audiencia Provincial de Madrid para rechazar la pericia—, no deberían haber sido aceptadas por esta Sala como razones

constitucionalmente válidas para limitar el derecho a la prueba.

A nuestro juicio, debió haber sido admitida para su práctica en el plenario, cuando menos, una de las pruebas periciales solicitadas en el escrito de conclusiones provisionales. Por ello queremos dejar expresa constancia de nuestra

tesis favorable a la estimación de los motivos segundo y tercero de los interpuestos por Encarna, declarando que se vulneró su derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a una motivación razonable (art. 24.1 CE).

Sentencia 721/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de octubre

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Revisión de sentencia de conformidad**

Recurso de Revisión: n.º 20607/2011

Artículos: **801 y 954 LECrim**

Recurso de revisión: Se estima el recurso al comprobarse que la notificación de la resolución de retirada de permiso de conducción se efectuó en fecha posterior al dictado de la sentencia de conformidad que le condenó por delito contra la seguridad del tráfico (conducción sin licencia o permiso de circulación).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El recurso de revisión es un recurso extraordinario en cuanto, de prosperar, supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del Derecho. De ahí que este instituto jurídico sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencie, a favor del reo, la inocencia respecto al hecho que sirvió de fundamento a la Sentencia de condena y siempre que concurra alguno de los supuestos previstos en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Constituye, pues, un procedimiento extraordinario para rescindir sentencias firmes, que en la misma medida en que ataca la cosa juzgada, representa una medida excepcional admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena. En un Estado Social y Democrático de Derecho, el valor seguridad jurídica no puede prevalecer sobre el valor justicia, determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia «a posteriori» como patentemente injusta, pero

esta convicción no puede tampoco determinar el permanente cuestionamiento de las sentencias firmes, utilizando el cauce de la revisión para obtener una tercera instancia que valore de nuevo la prueba practicada en el juicio o la contraste con otra prueba que aporte con posterioridad el interesado, a no ser que ésta —como expresamente exige el número 4.º del art. 954 de la LECrim— sea «de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado».

(...)

De tal manera, que solamente es posible plantear en un recurso de revisión la práctica de nuevas pruebas cuando: a) sean de posterior aparición a la fecha de la firmeza de la Sentencia que se pretende revisar, o conocidas posteriormente por el recurrente; b) se trate de pruebas inequívocamente concluyentes a los efectos de evidenciar la inocencia del condenado; c) que tales pruebas no hayan podido proponerse con anterioridad a la celebración del juicio oral, por causas que resulten de razonable apreciación.

Tercero.—A la vista de los requisitos legales planteados, el presente caso debe ser estimado.

Para ello, primeramente recordemos el supuesto que ahora se presenta ante este Tribunal Supremo: (...)

Con fecha 23 de junio de 2011, la Jefatura Provincial de Tráfico de Las Palmas dicta resolución en la que acuerda declarar la pérdida de vigencia de la autorización administrativa para conducir de la que es titular D. Gabriel, que no podrá conducir desde el día siguiente a la fecha de recepción de tal acuerdo, pudiendo interponer contra el mismo recurso de alzada (...).

La notificación en legal forma de la resolución de 23 de junio de 2011 que declaraba la pérdida de vigencia de la autorización administrativa para conducir del Sr. Gabriel se hizo con fecha 22 de agosto de 2011, en la misma figura expresamente «... no podrá conducir desde el día siguiente a la fecha recepción del presente acuerdo...», que sería a partir del 23 de agosto de 2011, y además no era firme ya que también incluye expresamente la posibilidad de recurrir dicho acuerdo en alzada ante la Dirección General de Tráfico en el plazo de un mes, luego el

plazo de alzada sería del 23 de agosto hasta el 23 de septiembre.

Cuarto.— De lo anteriormente expuesto, podemos inferir claramente que con fecha 26 de julio de 2011, fecha en la que se dicta la Sentencia de conformidad por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de San Bartolomé de Tirajana, hoy recurrida, el condenado Sr. Gabriel era todavía titular de su permiso de conducir ya que aún no le había sido notificada la resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Las Palmas de 23 de junio de 2011 que le privaba del mismo, notificación de la misma que le fue hecha por la Policía Local el 22 de agosto (a la madre del condenado que es quien la recibe), y aún en esa fecha dicha resolución no era firme ya que tenía la posibilidad el Sr. Gabriel de recurrirla en alzada ante la Dirección General de Tráfico.

Acreditado documentalmente lo anterior en la causa, procede estimar el recurso de revisión interpuesto.

Sentencia 739/2012, Sala Segunda del TS, de 3 de octubre

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Asesinato. Ensañamiento**

Recurso de Casación: **n.º 10171/2012**

Artículos: **138 y 139 Código Penal**

Asesinato: Ensañamiento. Debate en torno a la presencia o no de esta característica del asesinato. Aceptó su presencia el tribunal del jurado, la rechazó el de apelación y la reintroduce (con un voto particular discrepante) el Tribunal Supremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.— A través de un único motivo, la Acusación Particular solicita la reintroducción de la agravante cualificativa de ensañamiento, impugnando la sentencia de apelación y solicitando el mantenimiento de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado.

La sentencia de apelación, justificó su decisión de no estimar la concurrencia de la circuns-

tancia de ensañamiento porque en el veredicto no se motivó la concurrencia del elemento intencional o finalista de que el agente quiso prolongar innecesariamente el dolor de la víctima, y al respecto se dice en la parte final del f.jdco. segundo de la sentencia de apelación que:

«... En la motivación con la que completan su veredicto, los ciudadanos jurados mencionan el concurso de dos factores objetivos a que que-

da hecha ya alusión. Destacan así, de una parte, el elevado número de puñaladas infringido (más de doce), y señalan además, el hecho de que la víctima no muriera de modo inmediato, sino que lo hiciera en el hospital tras dos horas de intervención...».

El Tribunal de apelación analiza los dos elementos que cita el jurado y se concluye que ni del número de puñaladas ni del hecho de que no se causase la muerte inmediata de la víctima se puede arribar «de forma lógica y concluyente» en el agresor a la existencia de un designio específico de causar dolor o padecimiento físico.

Esta argumentación fue sostenida de manera mayoritaria por el Tribunal de apelación, pero también es cierto que uno de los Magistrados sostuvo un voto particular en favor del apoyo de la tesis de la sentencia de primera instancia y por tanto de que concurrió la agravante calificativa de ensañamiento.

El voto discrepante, su autor, frente a la opinión de la mayoría sostuvo que elemento subjetivo de querer causar deliberadamente dolor innecesario, sí estaba implícito en las explicaciones que dio el jurado.

Retenemos el siguiente párrafo de dicho voto particular:

«... En el presente supuesto el jurado ha inferido la saña y la perversidad que atribuyen al condenado del contenido de las pruebas periciales practicadas durante el juicio, destacando al motivar este apartado de su veredicto las siguientes aseveraciones hechas respecto a las pruebas practicadas en los elementos de convicción del Veredicto emitido: “Creemos probado el sufrimiento innecesario dada la cantidad de puñaladas recibidas por la víctima que no le ocasionan la muerte instantánea, tal como declararon los forenses (Apolonia y Caridad) y porque muere en el hospital tras dos horas de intervención” (proposición III.d en relación con la I.1 del objeto del veredicto). La proposición contestada, aprobada por 8 votos a 1, señalaba que “El acusado al cometer los hechos y propinar más de 12 puñaladas a la víctima aumentó el dolor de ésta, ocasionándole un innecesario sufrimiento”. Es decir, pese a la errónea opinión mayoritaria de la Sala, sí incluía los elementos

objetivo y subjetivo del ensañamiento, a saber, aumento del dolor del ofendido causando males innecesarios, y propósito deliberado o consciente de actuar así...».

Asimismo, en el voto discrepante se hace referencia a las diversas cuchilladas sufridas por la víctima, a que las más graves fueron las últimas, aunque no puede determinarse cuales fueran primero.

En definitiva, la cuestión a resolver para dar respuesta al motivo es si se puede fundadamente afirmar que los miembros del jurado, al responder a las preguntas del veredicto, se puede deducir de ellas con claridad, que de sus respuestas puede afirmarse que estaban afirmando que tales heridas que no le causaron la muerte instantánea, que fueron repetidas e innecesarias para la muerte, fueron además causadas deliberadamente para hacer sufrir a la víctima, y en este control casacional compartimos la tesis minoritaria del voto particular de que puede inferirse el elemento subjetivo de las respuestas dadas por el jurado que fueron correctamente interpretadas por el Magistrado que redactó la sentencia de instancia.

Retenemos esta motivación del f.jdco. segundo de la sentencia del jurado que, recordemos, apreció el ensañamiento:

«... Se requieren, pues, dos elementos. Uno objetivo constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS núm. 1554/2003, de 19 de noviembre). Por lo tanto, cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima (STS 1109/2005, de 28 de septiembre)».

El Jurado ha considerado acreditado en el Apartado Cuarto IV D) del Veredicto tales ex-

tremos al decir «Creemos probado el sufrimiento innecesario dada la cantidad de puñaladas recibidas por la víctima que no le ocasionan la muerte instantánea, tal y como declararon las forenses (Apolonia, Caridad) y porque muere en el hospital tras dos horas de intervención...».

Compartimos, si bien no por unanimidad la decisión de estimar la concurrencia del ensañamiento, lo que se traduce en la estimación del recurso formalizado por la Acusación Particular como también lo informó el Ministerio Fiscal, pudiéndose añadir como argumento adicional que robustecería la tesis que se sostiene que el rechazo de las circunstancias de embriaguez y arrebató que estimó el jurado abonaría, precisamente por la concurrencia del elemento volitivo propio del ensañamiento en la medida que la inteligencia y voluntad del agresor no tenía déficit alguno.

Procede la estimación del motivo.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.

SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, RESPECTO DE LA SENTENCIA N.º 739/2012 DE FECHA 3 DE OCTUBRE DE 2012, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 10171/2012P, INTERPUESTO POR LAS REPRESENTACIONES DE LUIS MANUEL Y EUGENIA (EN CONCEPTO DE ACUSACIÓN PARTICULAR), CONTRA LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE FECHA 21 DE DICIEMBRE DE 2011

Mi discrepancia con la decisión de la mayoría se centra en la estimación del recurso de la Acusación Particular que ha reintroducido la circunstancia agravante cualificativa de ensañamiento que la sentencia de apelación, a mi juicio con mayor criterio, declaró como inexistente por no estar acreditada suficientemente la existencia del elemento subjetivo de que el autor no solo no causó un mal innecesario para el fin apetecido —elemento objetivo—, sino que además, quiso causarlo, es decir su intención no solo fue matar, sino matar mediante sufrimientos innecesarios —elemento subjetivo—. Es un lugar común en la doctrina científica y práctica judicial que para la concurrencia del

ensañamiento hacen falta imprescindiblemente ambos elementos, no siendo suficiente el mero número de golpes o cuchilladas y el dolor subsiguiente, sino que es preciso acreditar (más allá de toda duda razonable) que ese «lujo de males» sea abarcado por el dolo del autor, sea querido como exceso.

Pues bien, desde esta común e indiscutida doctrina, a mi juicio, no está acreditada la concurrencia del ensañamiento por falta de prueba del elemento interno-volitivo, es decir que la acción sea deliberada.

El ensañamiento, tal y como aparece definido en el art. 139.3.º exige un dolor innecesario —inhumano— para el fin de acabar con la vida de la víctima, lo que constituye el elemento objetivo, y que esta acción sea deliberada, lo que constituye el elemento subjetivo. En definitiva se trata de la misma construcción que aparece en la definición de la agravante genérica del mismo nombre definida —con más detalle— en el art. 22.5.º del Cpenal donde se añade la nota de «padecimientos innecesarios» que, de alguna manera, ya está incluida en la nota de inhumanidad.

De la nota del lujo innecesario de males que sufre la víctima por parte del agresor y de la deliberada acción de causar tales dolores surge la mayor culpabilidad o reproche. La unión de ambos elementos integra el ensañamiento.

Por ello, no basta que la acción sea bárbara o cruel con incremento del dolor de la víctima, sino que además ha de acreditarse que tal modo de actuación haya sido querido y buscado por el agresor. Esta nota interna nos reenvía a una maldad reflexiva que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira la acción de cualquier persona que quiere matar a otra —SSTS 600/2010 de 16 de Junio—. En el mismo sentido, la STS 589/2004 de 6 de Mayo se refiere a la situación en la que la víctima está a merced del agresor y éste «... saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento...», lo que equivale en palabras de la STS 2469/2001 de 26 de Diciembre que el ensañamiento supone que el autor en el desarrollo de la acción haya puesto de manifiesto un propósito de crueldad claramente diferenciable de la prioridad de matar a la vida, lo que supone el afloramiento de una satisfacción adicional por la innecesariedad del

sufrimiento que tampoco puede ser confundida con el «ánimo frío» que exigía la antigua jurisprudencia de la Sala —SSTS 276/2001 de 27 de Febrero; 321/2004 de 11 de Marzo y 996/2005 de 13 de Julio—.

Con lo dicho es evidente que del hecho de que el agresor reitera los golpes sobre la víctima de forma innecesaria y ésta no muera de inmediato no puede deducirse *sic et simpliciter* que lo hizo deliberadamente.

El número de golpes o puñaladas puede ser secundario en un doble sentido: ni el elevado número de cuchilladas puede conducirnos inexorablemente a la existencia del elemento subjetivo —la acción brutal no es *per se* ensañamiento, nos dirá la STS 456/2009—, ni el escaso número de ellos permite eliminar tal agravante porque un escaso número de golpes en atención a otras circunstancias podría patentizar el ánimo de matar con sufrimientos innecesarios. En tal sentido la STS 2469/2001 estima secundario la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas.

Desde estas reflexiones estimo que la decisión del Tribunal de apelación de eliminar la concurrencia del ensañamiento que se apreció en la sentencia del Tribunal del jurado la estima la correcta y ello deriva de la propia pregunta del veredicto.

En el objeto del veredicto la pregunta que se le propuso al jurado fue la siguiente:

«... El acusado al cometer los hechos y propinar más de doce puñaladas a la víctima aumentó el dolor de ésta ocasionándole un innecesario sufrimiento...».

Dicha pregunta fue respondida afirmativamente de la siguiente manera:

«... Creemos probado el sufrimiento innecesario dada la cantidad de puñaladas recibidas por la víctima que no le ocasionan la muerte instantánea, tal y como declararon las forenses... y porque muere en el hospital tras dos horas de intervención...».

Sin duda, la situación que llevó al Tribunal del jurado a estimar el ensañamiento está en el error en la pregunta del veredicto antes citada. Tal y como está efectuada, a mi juicio se está

describiendo el elemento objetivo del ensañamiento, pero se omitió la pregunta de si tal acción fue querida y buscada por el agresor, y para subsanar esta omisión, se quiso deducir tal elemento subjetivo del objetivo, cuando ambos tienen substantividad propia.

Más aún, en los hechos probados se hizo constar en relación al ensañamiento que:

«... El acusado al cometer los hechos y propinar más de doce puñaladas a la víctima aumentó el dolor de ésta ocasionándole un innecesario sufrimiento...».

Es claro que no se describe la concurrencia del elemento subjetivo y este queda deducido, *sic et simpliciter* del hecho de que la víctima recibiera más de doce puñaladas y tardase dos horas en fallecer, lo que se dice en la motivación de la resolución.

En esta situación, no puedo compartir la decisión de mis compañeros.

De esos dos datos tan citados no se puede estimar como probada que la intención del condenado fuera causar un daño innecesario y añadido a su propósito de matar. No se está ante una certeza más allá de toda duda razonable. Tanto desde el canon de la lógica como desde el canon de la suficiencia, a mi juicio, nos encontramos ante un vacío probatorio respecto a la concurrencia de ese elemento subjetivo que solo puede resolverse con la eliminación del ensañamiento.

Desde el canon de la lógica no es a mi juicio razonable deducir el ánimo deliberado de infringir unos males innecesarios del hecho del número de cuchilladas y de que tardase dos horas en morir, ya en el centro hospitalario.

Desde el canon de la suficiencia o calidad concluyente porque la inferencia es excesivamente abierta y débil, pudiendo ser perfectamente posible concluir que la reiteración de golpes solo tenía la intención de asegurar el único fin querido por el agresor: la muerte de su víctima. En tal sentido, STS 748/2009 de 29 de Junio.

Estimo por ello, que el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal del Jurado y reinstaurado en esta sentencia casacional sobre la con-

currencia del ánimo deliberado en el recurrente de causar males innecesarios, como juicio en contra del reo debe estar cumplidamente acreditado, lo que, con respeto a la decisión mayoritaria del Tribunal, está falto de la necesaria acreditación.

En conclusión, a mi juicio no concurrió la agravante cualificativa de ensañamiento, y fue

correcta la decisión de la sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El recurrente debió ser condenado en los términos fijados por la sentencia de apelación, es decir, como autor de un delito de homicidio con la agravante de parentesco a la pena de trece años y seis meses de prisión.

Sentencia 752/2012, Sala Segunda del TS, de 3 de octubre

Ponente: **Don Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Humillación a las víctimas del terrorismo**

Recurso de Casación: **n.º 509/2012**

Artículos: **578 Código Penal**

Humillación a las víctimas del terrorismo: Se procede a diferenciar de manera precisa las distintas modalidades de apología del terrorismo previstas en el art. 578 CP, distinguiendo el enaltecimiento o justificación (que exige publicidad) de la humillación o menosprecio de las víctimas (que no la exige).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el segundo motivo, canalizado como infracción en el derecho aplicado (art. 849.1.º LECrim), se discute la catalogación de estos hechos como un delito del art. 578 CP, pues para el recurrente la modalidad comisiva consistente en la humillación y/o desprecio hacia las víctimas del terrorismo aparece necesariamente vinculada a la figura del enaltecimiento y precisa, por ello, para su comisión de cierta trascendencia social o mediática. El carácter privado que tenía el mensaje remitido a la eurodiputada afectada haría, pues, que en el presente caso tal conducta resultara atípica.

1. Establece el art. 578 del Código Penal, en el que la Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente: «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de

los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

Tal redacción, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, responde a la reforma que, en materia de terrorismo, operó en el Código Penal la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en cuya Exposición de Motivos —apartado III— encontramos los siguientes fundamentos de su inclusión: «La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del

propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...).

2. No son muchos los pronunciamientos que hasta el momento ha emitido esta Sala de Casación sobre el precepto que se cuestiona, habiéndose abordado su contenido en la mayoría de las ocasiones a través de la figura del enaltecimiento del terrorismo. Sólo como «obiter dicta», por derivación del examen de aquél, se ha mencionado su conexión legislativa con la humillación de las víctimas. Sin embargo, el criterio que de forma diáfana y uniforme resulta de todos esos pronunciamientos (*ad exemplum*, STS núm. 224/2010, de 3 de marzo) confirma que el precepto viene a sancionar como delito dos conductas claramente diferenciables, ambas relacionadas con el terrorismo: por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas, figura ésta que cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior.

La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no impide desentrañar su esencia diversa, para lo cual contamos con el auxilio de la Exposición de Motivos, antes vista, cuya lectura detenida permite vislum-

brar en la decisión político-criminal el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados. Algún sector doctrinal ha criticado esta mezcla legislativa, que entrelaza una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas, cuya justificación material como delito y merecimiento de pena es considerada adecuada, cerrando el paso a toda impunidad respecto de aquellos actos ofensivos o despreciativos hacia las víctimas del terrorismo.

Para la STS núm. 656/2007, de 17 de julio, el primer inciso del párrafo que analizamos ubica la apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta en dicha resolución que el precepto corresponde a la «ratio legis» de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas «per se» pero que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. La STS núm. 149/2007, de 26 de febrero, aduce que comportan hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede tener su sustento en cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o bien en cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución, y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

De otro lado, la misma STS núm. 656/2007 considera que el segundo inciso de este párrafo reputa punible un supuesto por completo diferente, cual es la realización de actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún

menoscabo) en las víctimas de los delitos terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares.

En cualquier caso, común a todos estos actos es —como destaca la Exposición de Motivos— la «perplejidad e indignación» que generan en la sociedad, razón que les hace merecedores de reproche penal.

A través del castigo del enaltecimiento del terrorismo se pretende la interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*v.gr.* SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como también nuestro Tribunal Constitucional (STC núm. 235/2007, de 7 de Noviembre) y este mismo Tribunal de Casación (STS núm. 812/2011, de 21 de julio) califican como «discurso del odio», consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas. Tal comportamiento de ningún modo puede quedar bajo la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, basándose su discurso «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades» (STS núm. 224/2010, de 3 de marzo). Como también destacaba la STS núm. 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando de este modo contra el sistema democrático establecido.

En cambio, la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente, como antes señalábamos, a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE). En consecuencia, tampoco en este caso el ejercicio de la libertad ideológi-

ca o de la libertad de expresión, no obstante su reconocimiento como derechos fundamentales, pueden servir de cobertura a la impune realización de actos o exteriorización de expresiones que contengan un manifiesto desprecio hacia las víctimas del terrorismo, en tal grado que conlleve su humillación. No en vano, estas libertades encuentran su límite en el propio texto constitucional: así, el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene «más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley» (art. 16.1 CE); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20.4 CE). De hecho, como dijimos en la STS núm. 539/2008, de 23 de septiembre, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista.

No es ésta la única ocasión en la que el Legislador se ha encontrado ante la dificultad de ubicar una conducta cuyo marco de protección afecta a diferentes ámbitos, que exceden del estricto campo del honor. Así sucedía, por ejemplo, a propósito del desaparecido delito de desacato, que desde 1850 tradicionalmente había estado tipificado en el Código Penal (no así en el actual CP de 1995), y respecto del cual esta Sala había destacado el dolo específico del elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención de vilipendiar, agravar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el «animus iniuriandi» de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser «una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad», intención «perteneciente a la más estricta intimidad del sujeto activo», por lo que «normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del

propósito de ofender» (STS de 14 de febrero de 1991, rec. 2241/1988). Igual sucede, en el caso del actual Código Penal de 1995, con las injurias graves vertidas contra las Cortes Generales o Asambleas Legislativas autonómicas, cuando se encuentren reunidas en sesión, o bien contra alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen (art. 496 CP). También en los delitos contra el honor que afecten a la Corona, particularmente previstos en los arts. 490.3 y 491.1 CP. En todos ellos nos encontramos ante un ataque al honor merecedor de una protección singularmente reforzada, al verse atacados no sólo los concretos sujetos pasivos afectados a título particular, sino muy especialmente la figura de las Instituciones que representan.

Precisamente analizando un supuesto de injurias al Rey, resaltaba la STS núm. 1284/2005, de 31 de octubre, siguiendo para ello la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 39/2005, de 28 de febrero, que, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del «animus iniuriandi» tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC núm. 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 25 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y de 15 de enero de 2001).

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano distinto, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades de los apartados a) o d) del

art. 20.1 CE, si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC núm. 104/1986, de 13 de agosto, reiterada en las SSTC núm. 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; ó 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto —que además justifica un mayor reproche penal— lleva a ubicar esta intromisión entre los delitos de terrorismo.

Por otro lado, ha de convenirse con lo expuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, y en contra de lo afirmado por el aquí recurrente, en que, mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad («... por cualquier medio de expresión pública o difusión...»), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél («... o la realización de actos que entrañen descredito, menosprecio o humillación de las víctimas...»). Como antes referíamos, esta segunda figura ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura

no precisa de la difusión pública, porque no tendría sentido que, en cambio, resulta difícilmente deslindable del enaltecimiento. Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.

En cualquier caso, como también subraya la STS núm. 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS núm. 585/2007, de 20 de junio, se requiere en estos supuestos de un análisis judicial particularmente riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que queda materializa-

do, la ocasión y escenario en que se desarrolla, etc. Aunque referido al enaltecimiento, procede traer a colación lo que también señalaba la STS núm. 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, en el sentido de que en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizados, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

Sentencia 745/2012, Sala Segunda del TS, de 4 de octubre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Principio acusatorio. Homogeneidad homicidio y amenazas**

Recurso de Casación: **n.º 725/2012**

Artículos: **24 CE, 267 LOPJ, 138 y 169 Código Penal, 161, 733 y 789 LECrim**

Se pronuncia la Sala sobre la imposibilidad de apreciar en el caso examinado, y atendidas las exigencias del principio acusatorio, la homogeneidad entre el delito de homicidio en grado de tentativa (por el que se absolvió) y el de amenazas (cuya aplicación pide el Fiscal en el recurso). Advierte además de la conveniencia de que en este caso se hubiera acudido al expediente de integración de sentencias del art. 167.5 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) el Ministerio Fiscal reclama por la vía del art. 849.1.º, que se case parcialmente la sentencia absolutoria recaída por el delito de homicidio en grado de tentativa y falta de lesiones de que se acusaba, y se dicte segunda sentencia en la que, respetándose esos pronunciamientos absolutorios, se condene a la recurrida por un delito de amenazas del art. 169.2 del Código Penal (...) el Fiscal consiente con toda la argumentación de la sentencia de instancia y con su pronunciamiento absolutorio por las infracciones concretas por las que se acusaba. Lo que presenta a este Tribunal es la procedencia de condenar por otro delito diferente, el de amenazas. La decisión absolutoria hacía aflorar esa

infracción que implícitamente estaba recogida en la acusación, aunque absorbida por el delito de homicidio intentado. Descartado éste, la Sala debiera haberse planteado la posible incardinación de los hechos en el art. 169 del Código Penal, y resolverla, a juicio de la Acusación Pública, en sentido afirmativo (...).

La acusación por delito de homicidio en grado de tentativa implica habitualmente (aunque no necesariamente) una acusación subsidiaria por delito de lesiones consumadas (a veces, por lesiones en grado de tentativa); la acusación por un delito de robo puede absorber una acusación por delito de hurto que el Tribunal debe plantearse en el caso de decidir absolver por el delito de robo cuando no estima acreditada la fuerza

en las cosas; la acusación por un delito intentado de violación puede contener, sin necesidad de exteriorización explícita, la solicitud de que se condene en su defecto por una agresión sexual básica (bien consumada, bien en grado de tentativa)... Los ejemplos pueden multiplicarse. Si el Tribunal se limita a descartar la acusación y omite todo pronunciamiento sobre esas otras peticiones claramente implícitas y subsidiarias, la parte estará legitimada para traerla a casación, sin que pueda derivarse obstáculo alguno de la doctrina de la cuestión nueva. Por otra parte, no estaremos tampoco propiamente y siempre ante un defecto de incongruencia omisiva (art. 851.3.º de la LECrim), singularmente cuando no se presenta con tanta claridad esa pretensión implícita que aflora ya de forma explícita en vía de recurso.

Por eso tampoco sería procedente en un supuesto como éste remitir al impugnante al expediente del art. 161.5.º de la LECrim reformada en 2009 en sintonía con el art. 267.5 de la LOPJ. Como es conocido se han ampliado las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia en cuanto guarde silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se pone en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan atinada previsión se quiere evitar primeramente que el tribunal *ad quem* haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el camino de un recurso. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto necesario para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva.

Pero satisface también otras finalidades: subraya y fortalece la naturaleza revisora del recurso de casación; es decir propiciar que la función habitual y ordinaria de este Tribunal se limite a reexaminar lo decidido por los Tribunales de instancia, confirmando o casando; y no a emitir «primeros pronunciamientos» no

revisables después. No pueden evitarse algunas concesiones en ese punto. Solo a base de sacrificios no tolerables del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se mantendría la pureza del sistema. La casación de una sentencia, abre el paso muchas veces a una segunda sentencia en que el Tribunal Supremo recupera la instancia y ha de pronunciarse sobre cuestiones que no abordó la Audiencia Provincial. La deseable agilidad aconseja esa fórmula. Pero, al mismo tiempo, invita a no minusvalorar los mecanismos que la legislación procesal contempla para reducir a términos razonables esos supuestos. Entre ellos se cuenta en la actualidad con el comentado expediente, todavía necesitado de exploración para extraer del mismo toda su virtualidad. Sin propósito de sentar conclusiones definitivas, no sobra apuntar que éste es uno de esos casos en que posiblemente el empleo de ese remedio podría haber sido operativo. La solicitud dirigida a la Audiencia Provincial interesando al cobijo de esta norma que se pronunciase sobre la posible incardinación de los hechos probados en el art. 169 del Código Penal, hubiera permitido que este Tribunal de casación no se viese ahora abocado a examinar por primera vez tanto la posibilidad de derivar esa condena dados los términos de la acusación; como, en caso de admitirla, cuál es la correcta subsunción jurídico-penal. Eso exige valorar en primera instancia la gravedad de las amenazas, para refrendar su carácter delictivo y no de mera infracción venial; y sopesar las atenuantes y su intensidad. Todo ello sin contar con una réplica informada de la parte pasiva del proceso, y, además, con la secuela de que de llegar a un pronunciamiento condenatorio, quedaría erosionado el derecho del condenado a acudir a un tribunal superior. Si, dada la omisión total y evidente —manifiesta— de pronunciamientos sobre esa cuestión (art. 161.5 de la LECrim) se hubiese dado ocasión al Tribunal de instancia de emitir su criterio con un Auto de integración, el debate en casación sería más completo y rico. En caso de que la Audiencia hubiese estimado que el principio acusatorio impedía esa condena, el recurso estaría formulado en los términos en que lo ha hecho el Fiscal. En otro caso, hubiese podido pronunciarse sobre la correcta tipificación de las expresiones vertidas por la recurrida que el Mi-

nisterio Público estima incardinables en el art. 169 del Código Penal.

El párrafo 5.º del art. 161 de la LECrim al recoger el adverbio manifiestamente está calificando las omisiones y no las pretensiones deducidas. Que la pretensión sea implícita (que no manifiesta) es compatible con que la omisión sea manifiesta. Puede predicarse eso de los ejemplos antes apuntados. El silencio de la sentencia sobre la posible calificación de los hechos como un delito de lesiones consumadas, tras absolver por el delito de homicidio en grado de tentativa por no concurrir *animus necandi* sería una omisión manifiesta, aunque nadie hubiese mencionado en el procedimiento el art. 147 (ni la acusación que no dudaba de ese ánimo, ni la defensa centrada en negar su participación en la agresión).

Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia está todavía en período de rodaje. Pese a ello ya existe una jurisprudencia (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre, 1073/2010 de 25 de noviembre o la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre), que lo ha convertido en requisito previo para un recurso por incongruencia omisiva (art. 851.3.º). Parece prematuro dar un paso más en esa iniciada senda exigiendo para la admisibilidad de un recurso como el presente que se hubiese intentado que la Audiencia completase su sentencia a través de las facultades concedidas por el párrafo 5.º del art. 161, de límites y contornos todavía no suficientemente perfilados. Pero, en todo caso, no sobran las consideraciones anteriores para avanzar en una progresiva exégesis de ese precepto. Sin llegar a constituirlo en exigencia sí es conveniente advertir que nada hubiese impedido su instrumentación en un supuesto como el presente; sin perjuicio de la fiscalización en casación a instancia del Fiscal del pronunciamiento de la Audiencia; o en su caso, de la defensa si el Tribunal a quo hubiese considerado viable y procedente la pretensión del aquél.

Una vez sorteadas esas dos posibles objeciones de admisibilidad que, como es sabido, no habían quedado sin más soslayadas por la admisión a trámite del recurso puede abordarse el núcleo de la impugnación del Fiscal. Ni estamos ante una cuestión nueva no suscitada

en la instancia; ni es exigible, aunque hubiese sido posible, la solicitud previa a la Audiencia Provincial del pronunciamiento que ahora se reclama directamente de este Tribunal.

Segundo.—El Fiscal articula su recurso por la vía del art. 849.1.º: partiendo de los hechos probados reclama una condena por el delito del art. 169 (amenazas). Su argumentación, sin embargo, no se dirige a justificar por qué los hechos son subsumibles en tal norma, ni se razona sobre los requisitos del delito de amenazas o cómo quedan cubiertos en el caso de autos. Aún siendo formalmente correcto el uso de esa vía casacional, el debate tiene que ver más con una norma constitucional que con un tipo penal. No se somete al criterio de este Tribunal de casación un problema de derecho punitivo material como sugeriría la vía utilizada, sino un tema procesal: ¿podía el tribunal plantearse si los hechos eran constitutivos de un delito de amenazas a la vista de la acusación sostenida por un delito de homicidio en grado de tentativa y falta de lesiones? Sólo si se responde afirmativamente a esa pregunta —y ese es el objetivo del discurso del recurrente— habrá que abrir las páginas del Código para realizar el juicio jurídico-penal. (...)

Tercero.—La reubicación de algunos de los hechos en el delito de amenazas graves del art. 169.2.º del Código Penal aparece por primera vez en el recurso del Fiscal. Encajaría en tal precepto tanto la conducta amenazadora que adoptó durante la agresión («mátalos, mátalos»), como la advertencia final de que iba a encarar a terceros que acabasen con la vida de sus oponentes. Las circunstancias concurrentes atraerían el calificativo de «graves» para las amenazas, descartándose la más leve tipificación como falta.

El Fiscal vuelca sus esfuerzos argumentativos más que en fundar esa subsunción en demostrar que la Sala de instancia debería haberse planteado la posibilidad de esa condena sin necesidad de que la acusación formulase una calificación alternativa. «Todo homicidio —afirma— absorbe el delito de lesiones y las amenazas que le proceden (*sic*: seguramente quiere decirse preceden se ha deslizado una errata en la transcripción mecanográfica). Por ello, si no se considera acreditado el ánimo homicida ni exis-

te delito de lesiones, al menos debe condenarse por la acción amenazadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio».

Tiene razón el Fiscal y lo demuestra con expresivas y abundantes referencias jurisprudenciales, al señalar que la condena por un delito de amenazas no es necesariamente heterogénea con una acusación por delito de homicidio en grado de tentativa. Ahora bien, eso no significa que siempre se pueda predicar de ambas infracciones la homogeneidad que abriría la puerta a la condena por la figura penal por la que no se acusó. Sin negar la premisa inicial general —posibilidad de homogeneidad—, en el caso concreto no se puede decir que hubiese homogeneidad: convertir la acusación por el delito de homicidio en grado de tentativa en una condena por amenazas supone en este supuesto introducir una perspectiva que no era previsible ni presumible y que no puede considerarse contenida en la pretensión acusatoria. Comporta una mutación constitucionalmente vedada de la perspectiva jurídica del objeto del proceso.

La referencia legal básica para analizar este problema es el art. 789.3 de la LECrim que, aunque situado en sede de procedimiento abreviado, se considera trasladable al procedimiento ordinario. Dice tal norma: «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3». Como es conocido ese trámite (art. 788.3) es el equivalente (con todas las matizaciones que se quieran hacer cuyo detalle aquí sería impropio) a la tesis acusatoria del art. 733 de la LECrim prevista para el procedimiento ordinario.

De ese precepto, interpretado a la luz del derecho constitucional a ser informado de la acusación, se puede deducir que el Tribunal podría haberse planteado la condena por un delito de amenazas:

a) Si el Fiscal hubiese realizado una calificación alternativa (en su caso, subsidiaria

como se puede admitir pese a que la ley procesal penal no contenga una previsión expresa en ese sentido a diferencia del Código Procesal Penal Militar);

- b) Si el Fiscal en sus conclusiones hubiese plasmado una referencia a esa diferente perspectiva jurídica (*v.gr.*, exteriorizando su criterio mediante una mención a los arts. 169.2 y 8 del Código Penal mención que hubiese permitido captar que consideraba que los hechos encajaban también en esa tipicidad que, sin embargo, era desplazada —bien por el principio de consunción, bien por el de subsidiariedad— por la tipicidad del art. 138).
- c) Si la Audiencia Provincial hubiese hecho uso de la tesis sugiriendo a las partes la posibilidad de esa diferente calificación más leve.
- d) Si se considera que se daban las condiciones establecidas en el art. 789.3: no se variaba el bien jurídico tutelado ni se modificaba en sus elementos esenciales el hecho enjuiciado.
- e) A esos supuestos prototípicos cabría añadir algún otro vinculado a la posición de la defensa: cuando su actuación procesal demuestre que tuvo en consideración esa calificación alternativa heterogénea menos grave; bien por proponerla como alternativa a la condena impetrada por la acusación de manera explícita; bien por aludir a ella en su informe (a este último grupo pueden reconducirse algunos de los precedentes blandidos por el Fiscal en su informe y algunos otros de esta Sala: *vid.* STS 144/2011, de 7 de marzo que *in casu* considera factible la condena por receptación cuando se acusó por robo en hipótesis que en abstracto sería emblemática de los ejemplos que se suelen aducir para mostrar lo que significa heterogeneidad).

Es evidente que no se dan ni los tres primeros supuestos ni el último. También lo es que según la actual regulación no es posible considerar que la infracción (y menos la infracción de ley del art. 849.1.º) se sitúa en la omisión del planteamiento de la tesis. (...)

La discusión se ha de focalizar en determinar si la condena por el delito del art. 169.2 era factible por no erosionar el derecho a ser

informado de la acusación. La ley, sin especial acierto, considera que sería posible si confluyen esas dos realidades aludidas: respeto esencial al hecho objeto de acusación y no introducción de un objeto de tutela diferenciado.

Doctrinal y jurisprudencialmente se habla de homogeneidad cuando se pueden predicar esas dos condiciones; y de delitos heterogéneos cuando la nueva figura penal que no fue objeto de acusación se aparta del delito invocado en términos que impiden o dificultan una efectiva defensa. Más que de identidad de bien jurídico protegido, se evoca la identificación de ambos delitos con una misma línea de ataque de intereses jurídicos. La salud —objeto jurídico de los delitos de lesiones— estaría en la misma dirección de ataque que la vida, bien tutelado por el delito de homicidio. La misma afirmación cabría hacer por vía de principio, aunque no sin un mayor esfuerzo argumentativo, de la libertad y el sentimiento de seguridad protegidos por el delito de amenazas y la vida, como contenido sustancial del delito del art. 138 del Código Penal. Atacándose la vida, también está padeciendo la libertad y la seguridad (vid STS 1986/2000, de 22 de diciembre) (...).

Cuarto.—Que no se ha producido mutación sustancial del hecho es claro (...).

Quinto.—No puede decirse lo mismo de la perspectiva jurídica. Hay congruencia fáctica pero no congruencia jurídica. Como se tratará de razonar a continuación y en discrepancia con el criterio, bien argumentado, del Fiscal, entiende esta Sala que la aparición en la sentencia de la calificación de los hechos como amenazas hubiese sido sorpresiva. No era algo esperable (...).

Esa condena afectaría al derecho a ser informado de la acusación que es la herramienta clave para examinar estas cuestiones de correlación entre acusación y sentencia. La mutación sorpresiva en la sentencia de una acusación por delito de homicidio en una condena por amenazas erosionaría al derecho a ser informado de la acusación consagrado por el art. 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa

distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (...).

Existe una íntima relación entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa. Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (...).

Ese derecho impone que en la sentencia no puedan introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho también cuando los puntos de vista jurídicos representan una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones, como sucede en este caso, si esas atenuaciones se apartan de la línea acusatoria desplegada previamente; es decir si, ni siquiera implícitamente, estaban recogidas en los escritos de acusación. Sucede esto cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación. Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos elementos de la acusación, y que introducen perspectivas nuevas, se frustraría el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica. En los casos en que el Tribunal considere que la valoración jurídica correcta de los hechos de que se acusa es más benigna que la del Fiscal pero heterogénea, ningún obstáculo existe para hacer uso de la tesis prevista en el procedimiento abreviado en términos más flexibles que en el art. 733 de la LECrim, para salvaguardar ese derecho de defensa. En esta faceta, el planteamiento de la tesis

queda totalmente desvinculado de su conceptualización como matización al principio acusatorio, apareciendo como una posibilidad que se confiere al Tribunal para hacer plenamente efectivos y compatibles los principios de justicia y de contradicción, fortaleciendo el derecho al necesario conocimiento previo de la acusación. Pero si no se hace uso de la tesis atenuatoria por delito no homogéneo quebraría la debida congruencia entre acusación y sentencia y, lo que es más importante, padecería de forma no tolerable el derecho a ser informado de la acusación. La transformación de la acusación por homicidio en condena por amenazas, no siempre pero sí en este supuesto concreto, supone una *mutatio del titulus condemnationis* prohibida por el derecho de defensa.

En materia de principio acusatorio y de homogeneidad o no de delitos, no puede partirse de soluciones apriorísticas. Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto o una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no pudo rebatir el acusado. En ocasiones aunque no haya variación fáctica, hechos que en el relato de la acusación carecían de toda significación, la adquieren desde la perspectiva de la nueva calificación jurídica. También en esos supuestos se produce una alteración no consentida por el derecho de defensa. Ante una calificación por delito de homicidio en grado de tentativa, la defensa puede minusvalorar esas expresiones que luego se usan para fundar una condena por delito de amenazas y que en el escrito de acusación se contenían sin otra significación aparente que la de dar fuerza expresiva a lo que se consideraba una actuación de consuno. Objetivamente examinado ex ante el relato de hechos de la Acusación, las exclamaciones «mátalo, mátalo» sirven para fundar la acusación como inductora. Solo forzosamente podría intuirse que se les dota de un contenido jurídico distinto, autónomo e implícito.(...)

La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo bien abonado para sentar dogmas no matizables. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente comprobando cada

asunto concreto y sin generalizaciones. Las circunstancias particulares condicionarán la solución. El criterio básico orientador será dilucidar si en el supuesto específico contemplado la variación del *titulus condemnationis* supone causación de indefensión o implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando in casu se puede afirmar con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la posibilidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas. Y por el contrario, por más que pueda hablarse en términos generales de homogeneidad entre dos infracciones, no puede afirmarse de forma absoluta que la acusación por una de ellas siempre y en todo caso abrirá la puerta a la condena por la otra.

Aunque este Tribunal haya afirmado en ocasiones la posibilidad de que entre el homicidio en grado de tentativa y las amenazas exista homogeneidad, en el caso concreto que se examina no sucede así. Se puede sospechar fundadamente que la condena habría hurtado posibilidades de defensa.

Esa necesidad de analizar caso por caso aparece en la jurisprudencia constitucional recurrentemente (...).

La pauta orientadora será indagar si la variación del *titulus condemnationis*, implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa (...).

Sexto.— Precisamente por estas consideraciones no puede exacerbarse el valor de los precedentes jurisprudenciales que el Fiscal invoca. En todos ellos hay elementos diferenciales relevantes en relación al presente que justifican aquí una respuesta diferente (...).

En el supuesto que se está analizando los hechos constitutivos de amenazas no coinciden con los que motivaban la acusación por homicidio intentado. Además en ningún momento afloró esa posible tipificación: ni en la calificación del Fiscal, ni a través de una sugerencia del Tribunal canalizada por el art. 733; ni como propuesta de la defensa.

Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 379/2012, AP Sevilla, de 5 de junio

Ponente: **Don Juan José Romeo Laguna**

Resumen: **Valor de la declaración del coimputado ante la policía. Robo**

Recurso de Apelación: **n.º 3686/2012**

Artículos: **237, 238 y 240 Código Penal y 714, 730 y 741 LECrim**

Delito de robo con fuerza en interior de vehículo: Exculpación de uno de los imputados involucrado en los hechos por el otro en declaración ante policía no ratificada en sede judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Este Tribunal ha establecido muy claramente que «las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales» (STC 217/1989) (STC 79/1994). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995 de 23 de febrero y 206/2003 de 1 de diciembre.

En el caso de la STC 51/1995 se concedió el amparo frente a la condena fundada en la declaración de un coimputado ante la policía. Y se advirtió: dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara conclu-

sa la instrucción, y no en la fase «preprocesal» que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.

Por eso el Tribunal Constitucional en el año 2010, como antes en los años 1989, 1994, 1995 y 2003, concluye: Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente.

Sentencia 467/2012, AP Barcelona, de 8 de junio

Ponente: **Don José Emilio Pirla Gómez**

Resumen: **Tratamiento médico. Collarín cervical**

Recurso de Apelación: **n.º 292/2010**

Artículos: **147, 148 y 153 Código Penal y 741 y 973 LECrim**

Condena por delito de lesiones en la instancia: Recurso del condenado. Cambio de tipo aplicado sustituyendo el de lesiones por maltrato en el ámbito familiar. Concepto de tratamiento médico en relación con la prescripción de uso de collarín cervical.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Se hace, pues, preciso seguir delimitando el concepto de tratamiento como diferencial de la primera asistencia facultativa. Y así entendemos que es tratamiento todo sistema o método que se emplea para curar enfermedades; lo es también aquel que únicamente pueden dispensar profesionales de sanidad y que, además, resulte absolutamente indispensable para lograr la curación del daño producido; y, finalmente, también lo es la intervención facultativa necesaria por razón del menoscabo producido, de modo que la curación no sería posible de no darse esta ulterior asistencia facultativa.

Existirá, pues, el tratamiento médico o quirúrgico cuando se haya producido una segunda o ulterior asistencia facultativa, posterior a la inicial o primera cura, o, cuando sin haber existido tal ulterior asistencia, se muestre ésta como objetivamente necesaria para la sanidad.

El artículo 147.1 del Código Penal utiliza la palabra «además» y el empleo de tal adverbio de cantidad significa que el tratamiento es un plus agregativo a la primera asistencia, de forma que todos los actos médicos, aun curativos, practicados en ella forma parte de la misma y no constituyen tratamiento diferenciado. Como tampoco tiene carácter de tratamiento, tal como expresa el último inciso del artículo 147.1, «la

simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión», esto es los actos médicos de vigilancia o comprobación de la primera asistencia o complementarios de la misma.

En suma, el tratamiento médico ha de ser objetivamente necesario e indispensable para obtener la curación, de conformidad con las reglas y normas médicas ordinarias.

Hechas las precisiones que anteceden la instauración de un collarín cervical será, o no, tratamiento preciso e indispensable para obtener una curación, por ejemplo, en fracturas o alteraciones óseas de las cervicales. Y no lo será si responde a criterios cautelares, no precisos para obtener la curación, como por ejemplo en esguinces sin alteraciones óseas, de modo que aquel hubiera curado sin la instauración del collarín.

Esto es, todo aquello que significa simples cautelas o medidas de presunción, sometido a observación si éste no genera intervenciones corporales propiamente dichas no será tratamiento. Otra solución conduciría a que la mayor o menor exigencia o cautela del facultativo, respecto a la observación prevención, determinaría la existencia, o no, de infracción penal, lo que no parece correcto por la inseguridad que tal criterio generaría. No debiendo olvidarse que la taxatividad y certeza forman parte del principio de legalidad, uno de los más esenciales del Derecho Penal».

Sentencia 79/2012, AP Barcelona, de 12 de junio

Ponente: **Doña María Ángeles Vivas Larruy**

Resumen: **Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas**

Procedimiento abreviado: **n.º 80/2011**

Artículos: **63, 64, 109, 116, 368 y 369 Código Penal y 22, 282, 292, 326, 334, 338, 520, 563 y 770 LECrim**

Tráfico de drogas: Cocaína. Notoria importancia de la cantidad y sustancia que causa grave daño a la salud. Legalidad de la entrada y registro en camarote y de las intervenciones telefónicas. No es preceptiva asistencia letrada para la diligencia de entrada y registro. Estudio de las analíticas presentadas como pruebas y consideración en la acusación de la más favorable al reo. Adecuada conservación de la cadena de custodia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) debe señalarse que el TS ha indicado que «... en la diligencia de entrada y registro llevada a cabo por la comisión judicial con la presencia de la secretaria del Juzgado, estuvieron presentes los inculpados, pero no es preceptiva la asistencia de letrado como reiteradamente tiene confirmado esta Sala Segunda en abundante jurisprudencia» (ROJ ATS 4769/12).

Las detenidas, en el caso que tratamos fueron atendidas por letrado una vez fueron trasladadas a comisaría. El hecho de que estuvieran detenidas a bordo, posibilitó su presencia en la entrada y registro, diligencia para la cual no es preceptiva la asistencia jurídica, conforme al artículo 520 de la LECrim, pues el derecho fundamental afectado es la intimidad y su contenido no es de carácter personal (S. 121/7/2004) (...)

Sentencia 615/2012, AP de Barcelona, de 12 de junio

Ponente: **Don Javier Arzua Arrugaeta**

Resumen: **Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas**

Procedimiento: **n.º 33/2009**

Artículos: **21, 22, 368, 369, 369 bis y 370 Código Penal y 786 LECrim**

Delito contra la salud pública: Tráfico de drogas. Sustancias que causan grave daño a la salud y notoria importancia. Pertenencia a organización y jefatura. Correcta intervención de las comunicaciones telefónicas y adecuada custodia de material grabado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Concurre asimismo el subtipo agravado recogido en el art. 369 bis primer párrafo del C.º Penal relativo al caso en que los hechos

se han realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva... el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una «mí-

nima permanencia» que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con

cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una «empresa criminal». La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones»

Sentencia 491/2012, AP Barcelona, de 13 de junio

Ponente: **Doña María Isabel Cámara Martínez**

Resumen: **Violencia de género. Amenazas en el ámbito familiar**

Recurso de Apelación: **n.º 421/2011**

Artículos: **153, 169, 170, 171, 172 y 173 Código Penal**

Denuncia por maltrato en concurso con allanamiento de morada, coacciones y amenazas en el ámbito familiar: Absolución. Manifestación de intento de suicidio no constituye conducta antijurídica. Estudio de las expresiones en el contexto de conflicto en proceso de separación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La Juez «a quo» considera que los hechos objeto de acusación se probaron por cuanto la declaración de la víctima viene corroborada por el testimonio imparcial del MMEE número (...) que en el juicio dijo que estaba recibiendo la denuncia y sonó el teléfono de la denunciante y puso el «manos libres» y le dijo «¿dónde estás? Eres una perra, y me estás amargando, tengo ganas de suicidarme, y a va ser por culpa tuya, te vas a llevar una sorpresa cuando me veas, te vas a enterar, perra» (...)

En el caso que nos ocupa no puede considerarse que las expresiones denunciadas hayan de constituir el ilícito por el que se le condena porque el contenido de tales expresiones no pueden interpretarse, sin más, como que iba a acabar con la vida de la víctima o que le iba a hacer algún mal, pues tales expresiones que por su ambigüedad, quizás más bien insultantes o

vejatorias, proferidas en el contexto de una conflictiva separación de la pareja, que inclusive ha llevado a la absolución de los demás delitos por el que también venía siendo acusado el Sr. Teodulfo, al encontrarse la Magistrada «a quo» ante dos versiones contradictorias y valorándose la turbulenta relación entre denunciante y acusado no se ha considerado que la declaración de la Sra. Teresa reúna los requisitos jurisprudenciales para otorgarle credibilidad...

De donde se sigue que las expresiones denunciadas y recogidas en la declaración de hechos probados no pueden incardinarse en el tipo penal por el que se condena la acusado, al no haber proferido un mal «injusto y determinado» como exige la jurisprudencia anteriormente enunciada, y en todo caso dichas expresiones de ser ciertas, en sí mismas pueden referirse a un propósito de radicalizar una disputa de carácter civil».

Sentencia 64/2012, AP Palma de Mallorca, de 25 de junio

Ponente: **Don Diego Jesús Gómez-Reino Delgado**

Resumen: **Delitos de malversación y prevaricación administrativa**

Procedimiento abreviado: **n.º 109/2011**

Artículos: **17, 21, 28, 29, 65, 66, 74, 404 y 432 Código Penal**

Delitos contra la Administración Pública: Malversación y prevaricación administrativa. Pago con fondos públicos de trabajos inexistentes. Autor, inductor y cómplice. Continuidad delictiva o concurso medial. Atenuantes de colaboración con la justicia y reparación del daño.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La contratación administrativa por consiguiente no solamente fue contraria a la legalidad en cuanto a la formalización de la contratación, sino que su finalidad no respondía a un interés legítimo de la administración contratante sino que con ella se perseguía favorecer injusta y arbitrariamente al contratista con la entrega de caudales públicos por servicios prestados al partido político al que éste y los responsables del órgano de contratación pertenecían.

Lo determinante de la prevaricación es que la contratación del Sr. Paulino no obedeció a un interés o necesidad de la administración, sino que respondió a la voluntad desviada del funcionario que la ordena y a la de aquellos que conociendo la ilegalidad de la orden dada la ejecutan o colaboran en su realización.

Han sido dos los delito de prevaricación (El fiscal se refiere a un único delito, pero la ejecución continuada advierte que lo correcto sería afirmar que son dos los realmente cometidos) ya que son dos las resoluciones administrativas ilegales, una verbal —ya que no existe resolución documentada aprobando el pago de la factura 1/2007— y la otra la consistente en la aprobación del presupuesto aportado por el Sr. Paulino al expediente 129/08.

La malversación se produce desde el momento en que el Sr. Paulino resulta beneficiado por el INESTUR con la entrega de 15.000 euros procedentes de fondos públicos en razón a los servicios y colaboración prestada al partido político al que pertenecen los responsables del órgano de contratación y al propio contratista.

También ha sido dos los delitos porque fueron dos las entregas de dinero realizadas (cabe realizar al escrito del Fiscal la misma salvedad que en el caso de la prevaricación). Se trató de un acto de liberalidad o de gratuidad y de un dispendio sin justificación, ya que no existía verdadero interés por parte de la Administración en contratar los servicios del Sr. Paulino, tal que así la factura 1/2007, se abonó sin que hubiera realizado trabajo alguno y la segunda la incorporada el expediente 129/08, si bien se llevo a cabo la confección de un plano desplegable, que tuvo lugar con posterioridad al pago de esta factura y a los solos efectos de justificar y de aparentar la regularidad del mismo, ya que el citado plano fue confeccionado por el propio INESTUR, habiéndose limitado el Sr. Paulino a dar su opinión respecto de la organización de su contenido, sin que en modo alguno haya resultado probado que la elaboración del citado plano haya reportado beneficio alguno para la administración contratante».

Sentencia 14/2012, AP Madrid, de 29 de junio

Ponente: **Doña María Consuelo Romera Vaquero**

Resumen: **Violencia habitual sobre la mujer. Elementos del tipo**

Procedimiento abreviado: **n.º 5/2012**

Artículos: **74, 169, 171, 172, 173, 179, 180, 550 y 556 Código Penal**

Delito de maltrato habitual a la mujer: Elementos del tipo. El bien jurídico protegido es la paz familiar. La acción se relaciona con una situación de dominio y poder sobre la pareja. La habitualidad se refiere no a un número determinado de acciones violentas sino a una permanencia de ese trato. Absolución por delitos de coacciones, amenazas y agresión sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El delito de maltrato familiar del art. 173 es un *aliud* y un *plus* distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su inicial ubicación sistemática dentro del título III del CP, relativo a las lesiones, siempre se declaró que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17— quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Sentencia 597/2012, AP Barcelona, de 2 de julio

Ponente: **Doña María Concepción Sotorra Campodarve**

Resumen: **Absorción por el delito de malos tratos del de quebrantamiento de condena**

Recurso de Apelación: **n.º 237/2012**

Artículos: **8, 22, 23, 77, 153, 169, 202 y 468 Código Penal y 416 LECrim**

Malos tratos a expareja: El subtipo agravado del artículo 153.3 del CP absorbe el quebrantamiento de la orden de protección. Clases y estudio de delitos de quebrantamiento de pena o medida cautelar. Absolución de delito de allanamiento de morada por no constar prohibición de entrada. Condena por amenazas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) En efecto, aparte del delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal, antes analizado, el artículo 153 del Código Penal prevé en su tercer párrafo una agravación específica del tipo básico para los supuestos, entre otros, de que el delito se cometa «quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 de este Código, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza». Partiendo de estas consideraciones, y declarado probado que, vigente la prohibición de acercamiento y comunicación impuesta en relación con ella el acusado empujó a la que había sido su compañera sentimental, resulta evidente que la conducta analizada encaja adecuadamente en el referido párrafo, el cual resulta de aplicación por el principio de especialidad contemplado en el artículo 8.1.º del Código Penal. En atención a lo expuesto, pro-

cede estimar el motivo planteado, en el sentido de absolver al hoy recurrente del delito independiente de quebrantamiento de medida cautelar que se le imputaba, condenándole, por el contrario como autor del delito de malos tratos en el ámbito familiar con la agravante de cometer el hecho con quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de nueve meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, y prohibición de aproximación a María Teresa, a su domicilio, lugar de trabajo u otro frecuentado por ella a una distancia inferior a mil metros por tiempo de un año y nueve meses, por entender que dicha sanción se acoge a las circunstancias concurrentes, al tratarse de una agresión leve, consistente en un empujón y un zarandeo del que no conste que derivara lesión, y conformar la misma un quebrantamiento aislado.

Sentencia 966/2012, AP Madrid, de 11 de julio

Ponente: **Doña Carmen Lamela Díaz**

Resumen: **Apropiación indebida y vista en segunda instancia**

Recurso de Apelación: **n.º 307/2012**

Artículos: **66, 109, 116, 123 y 257 Código Penal y 230 y 791 LECrim**

Condena en segunda instancia tras absolución en la primera por insolvencia punible: Acuerdo de oficio de celebración de vista en la Audiencia que permite nueva valoración de pruebas y modificación del fallo. El delito no exige notificación personal de ejecución civil sino solo consciencia de deuda y voluntad de impago con ocultación de bienes. Nulidad de contrato de transmisión de vehículo embargado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En todo caso, aun cuando no le fuera notificada la existencia del procedimiento

de ejecución, incluso aun cuando no conociera ni sospechara de su existencia, lo que sí es cierto es que el Sr. Juan Alberto era consciente

de la existencia de la deuda declarada en sentencia firme... se deducen tres consecuencias: 1.^a Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes... En definitiva, por el hecho de que el acusado desconociera la existencia del procedimiento de ejecución la conducta del acusado no resultaría sin más atípica, pues es evidente que con su conducta el acusado, conociendo de la deuda y del procedimiento entablado frente a él, procedió a la enajenación del bien frustrando de este modo los intereses de la Sra. Guillerma, sustrayendo a cualquier ejecu-

ción el único bien que figuraba a nombre de Indalo Decor SL, conducta típica contemplada en el art. 257.1.1.º y 2.º del Código Penal».

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento».

Sentencia 314/2012, AP Madrid, de 13 de julio

Ponente: **Don Luis Carlos Pelluz Robles**

Resumen: **Delito de resistencia a agentes de la autoridad**

Procedimiento abreviado: **n.º 45/2012**

Artículos: **20, 28, 163, 167, 169, 550, 551, 556 y 617 Código Penal**

Diferencias entre delito de resistencia y atentado: Condena por resistencia y absolución por falta de lesiones causadas a agentes por inexistencia de dolo para este tipo. Desestimación de legítima defensa. Absolución de policías por delitos de detención ilegal y amenazas de los que fueron acusados por detenidos: proporcionalidad de fuerza empleada para detención.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de resistencia del art. 556 del Código Penal. Este precepto tipifica el delito de resistencia sancionando a quienes se resistan o se opusieren gravemente a la autoridad o sus agentes a diferencia del atentado que consiste en el acometimiento, intimidación grave o resistencia activa grave a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

En los hechos probados se ha producido por parte de Prudencio, Secundino y Vicente una actuación grave de carácter obstructivo, llegando

al contacto físico con los Policías, que supone la resistencia, y no llega a ser atentado. Pero, que sin duda, es una actuación grave contra agente de la autoridad.

(...) Por ello el artículo 550 se refiere a la resistencia activa y grave, por lo que el artículo 556 debe entenderse referido a la resistencia pasiva, aunque también grave, compatible con comportamientos activos no graves, y la resistencia leve a cumplir el mandato de los agentes podrá constituir una modalidad de la desobediencia prevista en el artículo 634. En definitiva aunque la resistencia del art. 556 es de «carácter pasivo y donde no existe agresión o come-

timiento, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad».

Los hechos no constituyen la falta de lesiones del art. 617.1 CP de la que han sido acusados, al considerar la actuación obstructiva, incompatible con el dolo exigible en la falta de lesiones».

Sentencia 1007/2012, AP Madrid, de 18 de julio

Ponente: **Doña Carmen Lamela Díaz**

Resumen: **Tráfico de drogas y atentado. Absolución**

Procedimiento abreviado: **n.º 37/2011**

Artículos: **18 CE, 11 LOPJ, 368, 550, 551 y 617 Código Penal y 579 LECrim**

Delito contra la salud pública: Falta de fundamentación de resoluciones judiciales que autorizan las intervenciones telefónicas. Nulidad de esta prueba y de las resultantes de ella. Absolución. Atentado y falta de lesiones: Ignorancia por detenido de carácter de agente de autoridad de quien procede a la detención. Legítima defensa putativa. Absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) Se observa pues una laxitud en el ejercicio de la función jurisdiccional que se va acrecentando conforme transcurre la investigación y que era fundamental al objeto de dar cobertura y adecuada protección al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En consecuencia, debe concluirse estimando que los autos referidos carecen de la necesaria motivación que justifique el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, del que emanan las pruebas en que el Ministerio Fiscal fundamenta la culpabilidad de los acusados, que, por ello, deben declararse nulas en aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 18.3 de la Constitución. Por ello, el contenido informativo obtenido directamente por las intervenciones de comunicaciones policíalmente ejecutadas no puede ser valorado y tampoco las pruebas obtenidas como consecuencia de tales intervenciones, prohibición que alcanza a las informaciones reportadas por diligencias, a la

vigilancia llevada a cabo en torno al domicilio sito en la calle (...) n.º (...), y a la entrada y registro en el citado domicilio con subsiguiente ocupación de sustancias tóxicas, y a la declaración prestada por los acusados, especialmente por Camilo en Comisaría (la que además no fue ratificada ante el juez de instrucción, no siendo tampoco introducida en el debate del Juicio Oral, por lo que en todo caso carecería de eficacia probatoria), ya que todas estas actuaciones se llevaron a cabo como consecuencia de la información obtenida con la observación de las conversaciones siendo éste el único medio de investigación con el que inicialmente contaba la policía, tal y como fue puesto de manifiesto desde un principio por los funcionarios responsables de la investigación.

Por ello, y dado que las imputaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal a los acusados quedan así huérfanas de toda prueba válida y suficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia, procede absolverles del delito contra la salud pública por el que vienen siendo acusados...».

Sentencia 63/2012, AP Palma de Mallorca, de 23 de julio

Ponente: **Doña Gemma Robles Morato**

Resumen: **Delito contra la salud pública. Sustancia que causa grave daño a la salud**

Procedimiento abreviado: **n.º 106/2011**

Artículos: **21, 53 y 368 Código Penal**

Tráfico de drogas: Cocaína. Sustancia que causa grave daño a la salud. Validez de las intervenciones telefónicas: Las resoluciones que las autorizan están debidamente fundamentadas. Aplicación de atenuante de confesión y desestimación de las de drogodependencia y dilaciones indebidas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En cuanto a la atenuante del art. 21.2 o la analógica por el 21.7 CP, por toxifrenia interesada por la defensa de Íñigo Emilio. Para resolver esta pretensión que, pueden sentarse, conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo (STS 6 de julio de 2007, STS de 18 de abril de 2008 entre otras), cinco criterios generales: a) que el hecho de ser consumidor de drogas(o de las sustancias recogidas en el art. 20.2 CP) no da lugar, per se, a la apreciación de atenuante alguna;

b) que para aplicar la eximente contenida en el artículo 20.2.º del Código Penal es necesario que quede plenamente acreditado que al tiempo de cometer los hechos el acusado se hallase, bien en estado de intoxicación plena por el consumo de alguna de las sustancias que se mencionan en dicho precepto, bien bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancia, que le impidiera comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión;

c) que para aplicar la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1 del referido Código es preciso que se acredite suficientemente, bien que el acusado padecía una intoxicación o un síndrome de abstinencia que perturbaban profundamente, sin anularlas, su capacidad de comprensión de la ilicitud del acto o su capacidad de actuar conforme a esa comprensión, bien que aquel sufría una alteración psíquica debida

al consumo de drogas que igualmente afectaba profundamente a las mencionadas capacidades;

d) que para aplicar la atenuante muy cualificada prevista en el artículo 21.2 debe quedar acreditado que el acusado padecía una grave adicción a esas sustancias y que a causa de tal adicción cometió el delito;

e) que las afectaciones menores que en las mencionadas capacidades pudiera tener el consumo prolongado de sustancias estupefacientes daría lugar a la apreciación de una de las atenuantes analógicas a que se refiere el punto 7 del artículo 21 del Código Penal.

En el presente supuesto, la pretendida atenuación ha de ser desestimada en tanto que lo único con lo que contamos es con la insistente declaración del acusado sobre su adicción a la cocaína y que todo lo que hizo fue movido «por el vicio». Ni tan siquiera se acredita el consumo: obra a los folios 2644 y 2645 el informe del servicio de química en el que consta que la muestra de vello púbico se tomó el 03 de enero de 2011, siendo el objeto del informe «consumo crónico de drogas de abuso» y el resultado «en la muestra de vello púbico analizado no se detecta la presencia de ninguna de las sustancias investigadas», tampoco se acredita historial de toxifrenia de larga duración tantas veces manifestado por el acusado, no existe informe alguno sobre anulación o limitación de facultades intelectivas ni volitivas y tampoco que el supuesto consumo hubiera sido la causa única de la comisión del delito pues la frenéti-

ca actividad de venta a terceros derivada de las intervenciones telefónicas ya analizadas hace que la Sala haya de concluir que no es de aplicación la atenuación en tanto que no sólo no se acredita la condición de drogado dependiente sino

que los habituales actos de venta no son compatibles con actividad necesaria para sufragar su propio consumo sino con la dedicación a la venta para obtener un enriquecimiento propio e ilícito.

Sentencia 95/2012, AP Palencia, de 4 de septiembre

Ponente: **Don Carlos Miguélez del Río**

Resumen: **Lesiones en accidente de tráfico. Indemnización**

Recurso de Apelación: **n.º 86/2012**

Artículos: **117 y 621 Código Penal, 20 Ley Contrato de Seguro y 7, 9, 20, Tablas IV y V RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación**

Accidente de tráfico: Lesiones por imprudencia. Invalidez total para trabajo habitual. Cálculo de lucro cesante. Compatibilidad de indemnización por lucro cesante con factor de corrección por perjuicios económicos en lesiones permanentes, no así con la incapacidad temporal. Imposición de intereses de demora por consignación parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—También hemos de desestimar el motivo de apelación referido a la incompatibilidad de la aplicación del 10% de factor de corrección con la indemnización por lucro cesante. Así es, si examinamos las actuaciones, se observa que por la parte denunciante sólo se reclamó el 10% de factor de corrección por las lesiones permanentes o secuelas y no por los 407 días que tardó en curar de sus lesiones por incapacidad temporal. Esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la cuestión suscitada por los recurrentes, véanse por ejemplo las sentencias de 30 de diciembre de 2009 y de 6 de junio de 2011, donde ya indicábamos que no es posible la reclamación simultánea de los factores de corrección previstos en la Tabla V del baremo (indemnizaciones por incapacidad temporal) y al mismo tiempo las cantidades estimativas que por lucro cesante considere el perjudicado que ha sufrido durante el tiempo de incapacidad laboral, porque las dos reclamaciones. Es decir, puede reclamar, sin probanza alguna, el factor

de corrección cuando hayan estado incapacitado para desarrollar su ocupación o actividad habitual, o bien el lucro cesante por los perjuicios derivados del accidente y que se acrediten en el proceso, pero no acumular ambas pretensiones por cuanto ello supondría duplicar un mismo concepto cual es el perjuicio sufrido, lo que significaría un claro enriquecimiento injusto y, correlativamente, también un empobrecimiento injusto para el obligado al pago, que la norma no permite, por cuanto lo previsto legalmente es que la reparación de los perjuicios económicos se lleva a cabo con arreglo a los porcentajes previstos en los factores de corrección, o conforme a los gastos que hubieren quedado probados en el proceso, en cuyo caso no será de aplicación el límite porcentual previsto en el propio baremo. Sin embargo, no podrá aplicarse la suma acumulativa de ambas partidas pues ello supondría la indemnización duplicada del mismo concepto. Ahora bien, reclamar perjuicios económicos derivados de las ganancias dejadas de percibir en razón a la incapacidad sufrida si debe considerarse compatible con la reclamación de ese perjuicio económico por aplicación del factor

de corrección referido a la indemnización por lesiones permanentes (Tabla IV). La razón es que nos encontramos ante conceptos diferentes y, obviamente, también lo es el perjuicio reclamado aunque en ambos casos sea de naturaleza económica. Por consiguiente, ya hemos indicado en otras ocasiones que, como ocurre en este caso, cuando se acredita existencia de ganancias dejadas de obtener su indemnización es perfectamente compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos del 10% de la Tabla IV pues obedecen a razones distintas, recordemos que ese porcentaje se reconoce a cualquier persona aunque no se justifiquen ingresos, lo contrario sería ir en contra el propio sentido literal del Baremo a la hora de establecer el factor

de corrección por razón de incapacidad permanente que, en modo alguno, aparece limitado a ocupaciones o actividades de carácter laboral o profesional pues, dada la normativa en que se inserta, estamos ante un concepto de orden civil que se proyecta sobre toda la actividad humana que no debe asociarse de forma exclusiva al concepto «incapacidad laboral», siendo buena prueba de ello tanto ese dato ya apuntado de que se reconoce a cualquier persona en edad laboral aunque de modo efectivo no desempeñe trabajo alguno, como el hecho de que se contemplen en la mencionada Tabla IV otros factores de corrección que trascienden a lo estrictamente económico, lo que no sucede con los previstos en la Tabla V.

Sentencia 216/2012, AP Albacete, de 6 de septiembre

Ponente: **Don Juan Manuel Sánchez Purificación**

Resumen: **Procedimiento abreviado. Prescripción de faltas que se tramitan por cauce de este procedimiento**

Recurso de Apelación: **n.º 167/2012**

Artículos: **17 CE, 2 LOPJ, 130, 131, 132, 270 y 623 Código Penal y 1 LECrim**

Propiedad intelectual: Persona sorprendida ofreciendo a la venta soportes de vídeo y audio sin autorización de titulares. Condena en la instancia como falta en atención al valor de lo incautado. Apreciación de prescripción de la infracción por la Audiencia al tener este instituto carácter material y no procesal y no depender, por tanto, de la vía por la que se juzguen los hechos sino de la calificación de éstos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) el legislador no ha utilizado para nada el derecho procesal a la hora de señalar los plazos de prescripción. Con independencia de la naturaleza material del instituto de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad, el legislador podría haber establecido, por ejemplo, que los delitos seguidos en proceso por sumario, prescribieran a los 20 años, los seguidos por Procedimiento Abreviado prescribieran a los 5 años, y los seguidos por juicios de falta a los 6 meses. Sin embargo, el legislador no ha utilizado criterios procesales, sino sustantivos

para determinar el plazo para que opere la prescripción. Por ello, diferenciar el plazo de prescripción de las faltas utilizando criterios procesales (el procedimiento en que se enjuician) está en abierta contradicción a la legislación positiva que aplica criterios sustantivos. Por otro lado, no resulta lícito hacer unas faltas de peor condición que otras. No es lógico que dos personas que hayan cometido exactamente los mismos hechos, tengan un plazo de prescripción distinto según sea el procedimiento judicial con que inicialmente se han calificado en uno u otro caso los mismos hechos por la acusación. Aplicar plazos de prescripción distintos quebraría el

principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 de la Constitución Española.

Así mismo, el justiciable no tiene que sufrir los errores ajenos o las consecuencias de un proceso inadecuado. En un proceso penal se

juzgan los hechos que un ciudadano ha cometido, y no parece lícito que el derecho a aplicarle (los plazos de prescripción) se modifiquen por actos ajenos a la conducta del justiciable como lo es una inadecuada calificación jurídica por un aparte procesal o por el mismo órgano judicial».

Sentencia 393/2012, AP Burgos, de 6 de septiembre

Ponente: **Don Francisco Manuel Marín Ibáñez**

Resumen: **Falta de lesiones. Lesiones causadas en accidente de tráfico**

Recurso de Apelación: n.º 165/2012

Artículos: **116, 117 y 621 Código Penal, 20 Ley del Contrato de Seguro y 7 RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación**

Falta de lesiones por imprudencia causadas en accidente de tráfico: Cálculo de indemnización a perjudicada: Aplicación de factor de corrección del 10% en atención a ingresos por trabajo para incapacidad temporal y secuelas fisiológicas. Inaplicación para perjuicio estético.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No procederá la aplicación del factor de corrección del 10% a la indemnización por perjuicio estético, pues el RDL 8/04 de 29 de Octubre, en la regla 9.ª de utilización del capítulo especial del perjuicio estético, nos dice que «la puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que éste tenga sobre las actividades del lesio-

nado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio ha de valorarse a través del factor de corrección de la incapacidad permanente». Aplicar el 10% a la incapacidad permanente y el 10% al perjuicio estético supondría indemnizar doblemente un perjuicio profesional o extraprofesional ya indemnizado por la aplicación del factor corrector en las incapacidades permanentes.

Sentencia 358/2012, AP Valladolid, de 6 de septiembre

Ponente: **Don Ángel Santiago Martínez García**

Resumen: **Maltrato y coacciones. Delitos cometidos en el ámbito familiar**

Recurso de Apelación: n.º 749/2012

Artículos: **153, 172 y 620 Código Penal y 416 LECrim**

Violencia contra la mujer: Delitos de malos tratos y coacciones y falta de vejaciones. Absolución en sentencia de apelación: Falta de información a denunciante de dispensa de declarar ante policía y negación de los hechos en la vista. Insuficiencia de prueba de testigos de referencia —agentes que oyen su declaración— para condenar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La doctrina del TC —por todas la STC 146/2003, de 14 de julio— admite que el testimonio de referencia pueda ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero recuerda que se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que no puede alzarse en una vía para eludir el examen contradictorio del testigo directo. La STC 155/2002, de 22 Julio, indica que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, que son aquéllos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo, y también en los casos en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosos.

Entre los supuestos en los que cabe acudir al testimonio de referencia el TS no admite las declaraciones sumariales de testigos que después se acogen a su derecho, por estar exentos de la obligación de declarar en atención a la excusa legal de declarar contra el acusado.

Pero esta doctrina ha de ser complementada con la STS de 12 de julio de 2007, que, sin contradecir la doctrina del TC, y refiriéndose de forma específica a un caso de violencia de género en el que la víctima se había acogido al derecho contemplado en el art. 416.1 de la LE-Crim. de no declarar contra su marido, explica que las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos. En todo caso, sólo serán testigos de referencia en lo referido

a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden constituir la base de la prueba indiciaria. (...) concluyéndose de esta doctrina que los testimonios policiales o de terceros, en cuanto a las circunstancias que hayan podido observar directamente, pueden suministrar elementos indiciarios suficientes para construir de forma sólida los hechos base en los que se podría fundamentar una sentencia condenatoria».

En nuestro caso no es que se haya acogido a su derecho a no declarar, sino que la testigo y presunta víctima de los hechos cuenta en el acto del Juicio Oral un relato completamente distinto del que reflejó en su inicial denuncia, testimonio que en la sentencia es tildado de «invención y falsedad en todos sus extremos», lo que, en su caso, debería de haber justificado el que se procediera a deducir el correspondiente testimonio contra la testigo (...) En todo caso, en este supuesto, la información que pudo aportar el agente de la Guardia Civil, no como testimonio de referencia (dado que no se puede hacer prevalecer su versión de lo que le contó la testigo, sobre lo que ha contado la propia testigo directa en el Juicio Oral), sino como testimonio directo, eran aspectos muy periféricos sobre la discusión que pudo haber entre la entonces denunciante y el ahora acusado, pues fue la apreciación de leves marcas y arañazos que la víctima ahora ha negado que se los causara el denunciado, daños en la ropa y un estado de nerviosismo y de ansiedad, que es compatible con una discusión de una pareja, pero no necesariamente con haber sido víctima de las infracciones penales por las que se le ha condenado al aquí acusado, no estimándose que se trate de datos o elementos periféricos suficientes como para fundamentar una sentencia condenatoria.

Sentencia 274/2012, AP Madrid, de 10 de septiembre

Ponente: **Don Juan Pelayo García Llamas**

Resumen: **Faltas. Incumplimiento de obligaciones familiares**

Recurso de Apelación: **n.º 318/2012**

Artículos: **90, 92, 94 y 154 CC y 226 y 618 Código Penal**

Faltas por incumplimiento de régimen de visitas: Denuncias cruzadas entre padre y madre. Condena a la madre custodia de los hijos por no entregarlos. Absolución al padre que estando de viaje organiza a parientes para recogida y entrega de sus hijos y estancia con ellos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—De entrada cabe advertir que el hecho del divorcio no exime a Fernando de sus obligaciones para con sus hijos, artículo 92.1 del Código Civil, y el ahora recurrente en cuanto titular de la patria potestad estaba y está obligado a velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...) Por tanto la potestad, entendida como derecho/deber, de Fernando de tener consigo a sus hijos no es una obligación que establezca el convenio de divorcio, éste se limita a una autorregulación aprobada judicialmente y que concreta «el régimen»; de comunicación y estancia (...) Sin perjuicio de que el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad se encuentre tipificado en el artículo 226 del Código Penal y que el incumplimiento de los deberes pueda sancionarse con la privación, artículo 170 del Código Civil.

Pero además la obligación de Fernando de tener en su compañía a sus hijos los periodos

en los que le corresponde, no puede ser entendida como de inmediatez física y además ininterrumpida. Ello se reconoce parcialmente en la elaborada sentencia de instancia cuando en el párrafo tercero del fundamento segundo dice «Evidentemente no se puede pretender que un progenitor pase las 24 horas de día con sus hijos, pero sí que cuando no los ve a diario, y cuando se fija obligaciones en resoluciones judiciales, que aprueban acuerdo alcanzados por alguien, pase la mayor parte del tiempo con ellos, salvo imposibilidad o dificultad por motivos de urgencia o laborales..., lo que no ocurre en el presente caso». Fernando no se desentiende de sus hijos y sí organiza su recogida, entrega y estancia el tiempo que no los tiene consigo, y en unos términos que no consta que puedan reputarse inidóneos. El juicio moral que pueda merecer Fernando, singularmente por lo que se refiere a un periodo tan significativo con son las vacaciones de navidad, no permite sin embargo su condena como autor de una falta del artículo 618.2 del Código Penal.

Sentencia 1260/2012, AP Madrid, de 1 de octubre

Ponente: **Don Ramiro José Ventura Faci**

Resumen: **Tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y en notoria importancia**

Procedimiento abreviado: **n.º 46/2012**

Artículos: **18 y 24 CE, 20, 21, 62, 368, 369 y 374 Código Penal**

Tráfico de drogas: Cocaína. Sustancia que causa grave daño a la salud y en notoria importancia. No vulneración del derecho a la intimidad al acceder a agenda de teléfono. No vulneración de secreto de las comunicaciones por autorización judicial. Estudio de la posibilidad de comisión en grado de tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en algunos supuestos concretos la apreciación de la tentativa en los delitos contra la salud pública, estos supuestos se producen en aquellos casos en los que la intervención del acusado se produce en un momento posterior al inicio del transporte de la sustancia ilícita y cuando es ajeno a la decisión que determina el inicio del tráfico ilícito, comenzando su participación en un momento en el que la sustancia estupefaciente ya se en-

cuentra intervenida por parte de funcionarios policiales y, por consiguiente, sin peligro de su difusión. En tales supuestos excepcionales es cierto que la jurisprudencia ha admitido de forma excepcional la posibilidad de aplicación de la tentativa en el delito contra la salud pública pero sin aplicarlo en los supuestos de que, a pesar de la intervención policial de la sustancias estupefacientes, es el acusado el que decidió o participó en el comienzo de la operación de tráfico, ya que en tal caso tuvo una responsabilidad inicial en la operación de tráfico ilícito y una posesión mediata de la sustancia estupefaciente».

Sentencia 352/2012, AP Santa Cruz de Tenerife, de 2 de octubre

Ponente: **Don José Felix Mota Bello**

Resumen: **Delito contra la salud pública**

Procedimiento: **n.º 20/2010**

Artículos: **66, 127, 368, 369 y 377 Código Penal**

Delito contra la salud pública: Tráfico de drogas que causan grave daño a la salud. Apreciación de atenuante de dilaciones indebidas. La atenuante opera tanto en la pena de privación de libertad como en el importe de la multa para reducir ambos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Con relación a la pena de multa, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 377 del Código Penal: «Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener». El

valor de de la droga ha sido cifrado en la causa en unos mil euros. Partiendo de esta suma, debe observarse que la apreciación de la circunstancia atenuante, muy cualificada, conduce también a la rebaja de la pena de multa. Debe invocarse el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, en los siguientes términos «... El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del

CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales». En consecuencia, tomando como base la cuantía de mil euros, la pena de multa se individualiza en 500 euros, valor dentro del límite reducido por influjo de la circunstancia atenuante. En el caso del acusado Eusebio, la acusación pública ha fijado su

pretensión acusatoria en la cantidad de noventa euros. Aun cuando de acuerdo con los hechos descritos podía vincularse su actividad al total de la droga aprehendida, limitada la petición de pena a esta cuantía el tribunal, una vez que dicha cuantía se desenvuelve dentro del marco legal, debe imponerla dentro del límite propuesto por la acusación.

Sentencia 404/2012, AP Madrid, de 3 de octubre

Ponente: **Don Alberto Molinari López-Recuero**

Resumen: **Atentado y desobediencia y falta de lesiones por imprudencia**

Recurso de Apelación: **n.º 296/2011**

Artículos: **56, 147, 551, 552, 553, 556, 621 y 634 Código Penal y 786 y 790 LECrim**

Desobediencia grave y lesiones imprudentes: Sujeto que desobedece a agente cuando se le pide identificación huyendo con vehículo y causando lesiones con este medio. Condena en la instancia por atentado con medios peligrosos y delito de lesiones dolosas. Inexistencia de resistencia activa y de dolo en la causación del daño. Estimación del recurso y condena por delito de desobediencia grave y falta de lesiones por imprudencia. Denegación de práctica de prueba en segunda instancia por no haber sido solicitada en la primera.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el CP de 1995 impone «una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad». Ello determina una (doble) consecuencia:

En primer lugar la exclusión de la aplicación del tipo a aquellas «conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente pueden ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término».

(Y, en segundo lugar la corrección del anterior criterio jurisprudencial que incluía en el delito de atentado la totalidad de los supuestos de resistencia activa, y que había sido doctrinalmente criticado por considerarlo una interpretación extensiva del tipo, limitándose por la nueva doctrina jurisprudencial la aplicación del atentado exclusivamente a los supuestos de

resistencia activa grave, en concordancia con la nueva redacción legal del art. 550, que se refiere expresamente como atentado a la resistencia activa calificada como «también grave». En consecuencia en el delito de resistencia del art. 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad (SSTS 665/1996 de 3/10; 303/1997 de 11/04; 853/2000 de 12/05, entre otras).

Este cambio de criterio jurisprudencial está avalado por el nuevo CP pues, como acabamos de señalar, en el art. 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir queda definido el atentado por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia del art. 556, tipificado de modo residual en su actual deslinde con el delito de atentado, se caracteriza no sólo por la nota de la pasividad —criterio de la anterior interpretación jurisprudencial—, sino también y principalmente por la nota de la

no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activa.

Siendo esto así, por las propias declaraciones de los agentes policiales, no cabe inferir que la intención (dolo) de la acusada estuviera dirigida a acometer contra ellos, sino más bien a desobedecer sus mandatos consistentes en deponeer su actitud. Y como quiera que su conducta fue reiterada no podemos calificarla de leve (art. 634 CP) sino de desobediencia grave (art. 556 CP)... no cabe duda que las lesiones del señalado agente traen causa del golpe propinado por la acusada con su vehículo pues esa caída hacia atrás fue la causante de ambas contracturas que precisaron tratamiento médico. Ahora

bien, la conducta de la acusada no puede calificarse de dolosa. En efecto. El segundo de los agentes de Movilidad, el n.º (...), dejó muy claro que la acusada se metió en el carril de los taxis «al intentar esquivar al compañero». Esto así, tal procede encaja mejor en la figura de la imprudencia... en el supuesto contemplado puede afirmarse que estamos ante una imprudencia penalmente relevante y leve. Una persona delante de un vehículo es un riesgo inequívoco. A pesar de ello la acusada decidió arrancar el coche y con su brusca maniobra para esquivarla acabó causando el resultado lesivo. Razón por la cual tales hechos cabe pues calificarlos de una falta de lesiones por imprudencia del art. 621.3 CP».

Sentencia 1287/2012, AP Madrid, de 4 de octubre

Ponente: **Don José Luis Sánchez Trujillano**

Resumen: **Hurto. Valor de la cosa en infracciones contra la propiedad**

Apelación: n.º 114/2012

Artículos: 234 y 623 Código Penal, 365, 475 y 478 LECrim

Hurto: Sustracción de bienes en establecimiento comercial. Exposición de criterios a seguir sobre valoración del bien para calificación de los hechos como delito o falta. Adopción del criterio de deducción del IVA y del margen comercial. Incorrecta actuación de perito que no usa en su informe conocimientos especiales sino que se ciñe a valor de factura.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) En efecto lo que el precepto en cuestión dice es que: «La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijara atendiendo a su precio de venta al público». Es decir, no declara que el valor será el precio de venta al público, sino que para realizar la necesaria valoración judicial de ese elemento esencial del tipo habrá que atender a su precio de venta. Atender según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa «tener en cuenta o en consideración algo». Por lo tanto, lo único que el legislador ordena es que para establecer el valor de lo sustraído, en los delitos patrimoniales cuyo sujeto pasivo sea un establecimiento comercial y no simple-

mente que se produzca en un establecimiento comercial, se tome en consideración, se tenga en cuenta ese dato, pero no que ese sea el valor de la cosa objeto del delito.

Y esa obligación establecida legalmente de contar con ese dato no es superflua o innecesaria. Significa, a nuestro modo de ver, que habrá de partirse de ese precio para con posterioridad deducir de él todo lo que no pueda considerarse valor de la cosa. Ello supone, desde luego, que habrá de deducirse del precio el recargo del IVA puesto que no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto, la venta del bien o servicio, ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo.

Pero a lo que sobre todo afecta la modificación del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, será a la consideración de lo que se entiende por margen comercial. En efecto, como es sabido, la jurisprudencia se halla dividida en cuanto a si el margen comercial forma o no parte del valor de la cosa sustraída. Pues bien, a nuestro entender, lo que esa norma obliga es a realizar un análisis pormenorizado de lo que significa «margen comercial» en cada supuesto concreto. En efecto el que un mismo objeto pueda tener un precio en un establecimiento y otro menor en otro no siempre significa que simplemente el primero aplique un coeficiente mayor de beneficio. A veces esa valoración vendrá determinada por circunstancias que suponen un mayor valor de la cosa. Por ejemplo, la existencia de más personal capaz de proporcionar al cliente una atención más personalizada, la existencia de un servicio pos venta que solucione los eventuales problemas que pueda sufrir la cosa vendida, la posibilidad ofrecida al cliente de devolver la mercancía adquirida si tras un tiempo prudencial no se hallara satisfecho con el producto adquirido, etc. Todo ese conjunto de circunstancias suponen valor añadido al producto que comportan un mayor gasto para el vendedor y que pueden justificar que ese incorpore a dicho gasto el precio final de venta. No es verdad por tanto, y eso es lo que entendemos que la norma trata de evitar, que las variaciones del precio entre distintos establecimientos comerciales dependan exclusivamente del beneficio neto del vendedor, sino que en ocasiones pueden obedecer a que el objeto tiene en ese establecimiento un valor superior atendido el valor añadido ya mencionado.

Todas estas consideraciones habrán de entrar en juego para que los peritos las tengan en cuenta al realizar sus dictámenes, pero desde luego, lo que el segundo párrafo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no significa es que en ese tipo de delitos sea innecesaria prueba pericial alguna para determinar el valor de la cosa sustraída.

Siendo la cuestión controvertida, en el supuesto que se resuelve, el valor de lo sustraído, lo cierto es que no consta en la causa informe pericial del valor de las prendas intervenidas, que entendemos que era preceptivo al amparo

de lo previsto en el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y máxime cuando se trata de la calificación de los hechos como delito o falta.

Por lo tanto, ante la ausencia del informe y con fundamento en cuantos razonamientos se han expuesto con anterioridad sobre la interpretación razonable y constitucional del párrafo segundo del repetido precepto, se hace imposible considerar el precio de venta al público recogido en el ticket como exacto valor de los objetos sustraídos, y sin perjuicio de que se atienda a su valor, no se cuenta con otros datos fácticos probatorios que acrediten de forma indubitada que el valor de las prendas sustraídas tuviese efectivamente un valor superior a los 400 euros, cantidad que delimita la calificación como delito o falta del hurto denunciado...

Así las cosas, por las defensas se propuso la práctica de la prueba pericial consistente en la declaración del perito Sr. Abelardo para el acto del juicio, cosa que se llevó a cabo y que tuvo lugar a partir del minuto 19.58 de la grabación.

Pues bien, examinada dicha declaración, no son de recibo las afirmaciones que son fundamento de las conclusiones a las que llega porque, supuesta su condición de perito —es decir, siendo la persona que habría de tener determinados conocimientos científicos o artísticos que el órgano jurisdiccional habría de carecer; cfr. art. 456 LECrim— habría de haber sido razonable llegar a las conclusiones a las que llegó de haber derivado las mismas de tales conocimientos científicos o artísticos.

Sin embargo, afirmando el perito que los motivos por los que llegó a las conclusiones que expresó —y que son de aplicación al presente supuesto— fueron el atestado mismo, el ticket confeccionado y el contenido de la LO 15/2003, ha de llegarse a la consideración de que dicha prueba pericial no fue tal porque ni se apoyó en los conocimientos a los que antes hecho referencia ni para llegar a las conclusiones a las que se llegó era necesaria la práctica de dicha prueba, motivo por el cual la misma habría de considerarse manifiestamente prescindible.

En tales condiciones, desconociéndose, por los motivos que se exponen, el valor real de los

objetos sobre los que recayó la acción, no habría de haber motivo alguno para entender que los mismos excedieran de 400 €, razón por la que

no habría que haber argumento para entender el hecho como constitutivo de un delito de hurto y sí de una falta de hurto».

Sentencia 19/2012, AP Madrid, de 8 de octubre

Ponente: **Doña Ana María Pérez Marugán**

Resumen: **Detención ilegal, maltrato habitual y lesiones**

Procedimiento: **n.º 19/2011**

Artículos: **20, 23, 48, 57, 66, 68, 73, 77, 138, 148, 153, 163 y 173 Código Penal**

Delitos de detención ilegal y lesiones: Concurso real entre ambos pero aplicación de pena de concurso ideal en atención al principio acusatorio. *In dubio pro reo* para diferenciar homicidio en grado de tentativa y lesiones consumadas. Comisión por omisión en lesiones al privar a la víctima de comida y bebida. Absolución de delito de maltrato habitual ante inexistencia de habitualidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Ambos delitos concurren realmente, y no de forma ideal, desestimando la existencia de un concurso ideal-medial que propugna el Ministerio Fiscal y la acusación particular, aunque esta respecto de la tentativa de homicidio, por cuanto la integridad física de la misma no se vio menoscabada por la detención de la misma sino de las condiciones en que se efectuó por el procesado, como se ha expuesto, aunque, ya se anuncia, no tendrá transcendencia en la pena a imponer por mor del principio acusatorio.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia debiéndose destacar la STS de 6 de mayo de 2004, que confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Gerona de 10 de abril de 2003, y que recoge que «Lo que produce las lesiones físicas que padeció la perjudicada no se derivan del secuestro, de la detención ilegal prolongada, sino de las condiciones de secuestro, sin posibilidad de deambular, en oscuridad, con la comida racionada, etc. (...). En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al art. 77 del Código Penal de 1995, un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia depen-

diente de la voluntad del autor. «El art. 77 se refiere a medios necesarios es decir, ineludibles por parte del autor» —STS 1670/2002 (La Ley 1747/2003), de 18 de diciembre—. Este criterio admite excepciones, así en la STS 1632/2002 (La Ley 8009/2002), de 9 de octubre, con cita de otras de la Sala, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos».

El art. 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto legal, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la rela-

ción sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

(...) La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

(...) no obstante y dado que tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular, en sus conclusiones principales, como esta última en la alternativa planteada de homicidio, califican los hechos como concurso medial, y como quiera que dicha calificación resulta más benigna para el acusado en orden a la pena a imponer, se va a calificar como concurso medial (...).

Quinto.—La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multi reincidencia en acciones de malos tratos —lo que podría constituir un problema de «non bis in idem»— pare-

ciendo más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

Lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que existe habitualidad en el maltrato, porque la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal, por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras vías.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006, se afirma que la habitualidad no se concreta en un número determinado de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador. Y la STS núm. 613/2006 mantiene, del mismo modo, que lo relevante para la aplicación del tipo del maltrato no es la reiteración documentada de una conducta, sino la creación de un espacio de terror por parte del sujeto activo mediante la reiteración de conductas violentas tendentes a degradar al sujeto pasivo que las recibe. (En idéntico sentido, numerosas sentencias, entre otras, la STS n.º 607/2008, de 3 de octubre).

Sentencia 416/2012, AP Madrid, de 10 de octubre

Ponente: **Dona Ignacio José Fernández Soto**

Resumen: **Delito de incendio y falta de daños. Costas de acusación**

Procedimiento: **n.º 8/2012**

Artículos: **20, 21, 109, 123, 124, 266, 351 y 625 Código Penal y 714 LECrim**

Delito de incendio: El bien jurídico protegido principal es la seguridad colectiva y no solo la propiedad. Inexistencia de peligro concreto y aplicación de tipo atenuado. Faltas de daños causados en propiedad de vecinos. No aplicación de atenuante de trastorno mental ni embriaguez porque no se acredita que afectaran a su conducta. Imposición de costas de acusación particular que deben considerarse incluidas en la responsabilidad civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—II. El artículo 123 del Código Penal señala que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, por lo que resultando condenado la acusada, lo será también al pago de las costas causadas. No obstante no se incluirán las costas de la acusación particular, al estar sujetas al principio de rogación y no haberse interesado por la parte interesada. Así se pronuncia el Tribunal Supremo cuando afirma que «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 los de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 CP). Sin embargo, sí 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 incurría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita (véanse SSTs núm. 1784 de 20 de diciembre 2000 [RJ 200138], núm. 1845 de 5 de diciembre de 2000 [RJ 20000164] y 560 de 27 de marzo de 2002 [RJ 2002031], entre otras). 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». (STS 1571/2003, de 25 de noviembre).

Sentencia 252/2012, AP Albacete, de 18 de octubre

Ponente: **Don José García Bleda**

Resumen: **Lesiones graves por imprudencia**

Procedimiento abreviado: **n.º 43/2011**

Artículos: **77, 147, 149 y 152 Código Penal**

Lesiones: Pérdida de visión de un ojo. Concurso ideal de delito de lesiones básicas con resultado lesivo grave pero imprudente. Tratamiento jurídico actual desaparecida la atenuante de preterintencionalidad. Pena de privación de libertad, de prohibición de aproximación y comunicación y responsabilidad civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Podemos pues afirmar que nos hallamos ante un supuesto de lo que se definía jurisprudencialmente como preterintencionalidad heterogénea en que la conducta dolosa del agente se encaminaba a un determinado resultado, verificándose uno más grave, no entrevisto aunque significativo en el área de la

previsibilidad, y, desde luego, en ningún caso consentido ni aceptado por el sujeto. El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido. Como síntesis de la doctrina sentada por el TS en sus ya plurales sentencias pronunciadas al respecto, de la que son exponente la de 21-1-1997 (RJ 1997, 193), (RJ/ 2012/1936) n.º 1415/2011 de 23 de

Diciembre y las 890/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7827) y 1187/2011, de 2 de noviembre (JUR 2011, 427691), «el «ultra propositum» o «plus in efectum», al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto lo que quiso ejecutar y ejecutó, y como agente de otra culposa en cuanto a la que no quiso ejecutar y sin embargo produjo.

Por lo tanto, el grado de probabilidad de producción del resultado no era elevado, lo que permite hablar de un resultado posible más que probable.

Siendo así, todo permite inferir que el grave resultado producido en el ojo de la víctima ha de atribuirse a un comportamiento imprudente y no doloso. Por lo cual, la conducta del acusado habría que considerarla como dolosa en cuanto a la acción de propinar el puñetazo a la víctima pero imprudente en lo que respecta al grave resultado final producido.

Esta clase de supuestos que en su día se resolvían acudiendo a la atenuante de preterintencionalidad, desaparecida en el C. Penal de 1995, actualmente se solventan mediante el concurso ideal de delitos. De forma que se considera que una misma acción (propinar el puñetazo) tiene un componente doloso en lo que atañe a la acción agresora y a su resultado natural, frecuente o habitual, y un componente culposo o imprudente en lo que atañe al resultado más gravoso que resulta inhabitual o infrecuente atendiendo al acto agresor y el riesgo que conllevaba.

En el supuesto que nos ocupa, se estima que la acción de propinar el puñetazo era idónea para generar un resultado subsumible en el art. 147 del C. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pero no era una acción que *ex ante* conlleva el riesgo típico propio para generar las gravísimas lesiones que aparecen previstas en el art. 149 del C. Penal.

Por lo tanto, ha de considerarse que el acusado incurrió, de una parte, en una conducta dolosa prevista en el art. 147.1 del C. Penal,

en cuanto al desvalor de su acción, y, al mismo tiempo, en un comportamiento culposo en lo que atañe al resultado que finalmente se produjo (pérdida de la visión de un ojo). Pues este resultado aunque se halla vinculado causalmente a la acción agresora (vínculo naturalístico u ontológico), no puede decirse lo mismo desde la perspectiva del requisito de la imputación objetiva, por cuanto, según ya se ha razonado, el riesgo ilícito que conllevaba *ex ante* su conducta no era el que requiere el tipo del art. 149 del C. Penal sino uno inferior. Y ello porque el grado de probabilidad del resultado de pérdida de un ojo en conductas como la ejecutada por el acusado no es suficiente para poder hablar del riesgo típico prohibido por el subtipo agravado del art. 149 del C. Penal, sino por el castigado en el art. 147 del mismo texto.

Así las cosas, para aprehender todo el grado de ilicitud de la conducta ejecutada por el acusado se precisa castigarle, de una parte, como autor del delito de lesiones básicas del art. 147.1 del C. Penal, y, de otra, también debe aplicársele en cuanto al riesgo generado negligentemente y a su materialización en un resultado lesivo muy grave el tipo penal imprudente del art. 152.1.2.º (lesiones del artículo 149) del mismo texto legal.

Sobre ese último extremo, no concurren dudas de que nos hallamos ante una imprudencia grave, pues, como es sabido, la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa.

Desde esa perspectiva, también debe calificarse de grave la imprudencia, dado que el acusado conocía la posibilidad de que el riesgo se incrementara en el supuesto de que fuesen varios los golpes propinados le alcanzara en la zona de los ojos.

Así pues, procede aplicar en los términos en que se ha indicado el concurso ideal (art. 77 del C. Penal) de los delitos de lesiones básicas dolosas y delito de lesiones agravadas del art. 149 del C. Penal cometidas por imprudencia (art. 152.1.2.º del C. Penal)».

Revista de

**Derecho
Penal**

**DOCTRINA DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

CIRCULAR 1/2012 SOBRE EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de «riesgo grave» y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponer la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente.

Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible.

La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación.

[...].

IX. CONCLUSIONES

- 1.º Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecen de capacidad para prestar el consentimiento informado. En estos supuestos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.
- 2.º Pueden prestar el consentimiento informado los menores de 16 y 17 años y los emancipados. También pueden prestarlo los menores de cualquier edad que, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir. No obstante, como regla general, los menores de menos de 12 años deben ser considerados inmaduros a efectos de prestar el consentimiento informado.
- 3.º La capacidad de los menores para prestar el consentimiento informado debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones «de grave riesgo», de acuerdo con

lo dispuesto en el art. 9.3.c) Ley 41/2002, conforme a las conclusiones que se exponen a continuación.

- 4.º Cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del art. 9.3.c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.
- 5.º Cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- 6.º Cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- 7.º Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.
- 8.º En estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir de que puesto que los menores de edad, entendiéndose por tales los menores de dieciocho años, se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud.
- 9.º Cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.
- 10.º El Fiscal no sólo está legitimado para promover estos procedimientos, sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados.
- 11.º La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.
- 12.º El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos

directamente en su conocimiento, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria.

- 13.º Con carácter general, deberá intervenir en estos supuestos el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores de la Fiscalía.
- 14.º Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

CIRCULAR 2/2012, SOBRE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS POR SUSTRACCIÓN DE MENORES RECIÉN NACIDOS

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de enero de 2011 diversos afectados por presuntas sustracciones de menores, mediante comparecencia en la Fiscalía General del Estado presentaron una denuncia en la que en esencia se ponía en conocimiento del Ministerio Público que este tipo de hechos, acaecidos fundamentalmente entre 1950 y 1990, se habían producido en distintos hospitales españoles.

El *modus operandi* consistía básicamente en que se informaba a la madre y familiares que un menor recién nacido había fallecido, ofreciéndose el centro hospitalario a hacerse cargo de los restos. Ese menor era entregado a otras personas. En algunos casos, a requerimiento de los progenitores, les era exhibido un menor fallecido, sospechando la familia que se trataba de un cadáver no correspondiente a su hijo. La denuncia general incluía además las denuncias concretas donde las familias exponían sucintamente su caso.

Por oficio de 4 de febrero de 2011, se resolvió desglosar la denuncia y remitirla a las Fiscalías Provinciales y de Área territorialmente competentes para su investigación, comunicándolo a las Fiscalías Superiores para facilitar la coordinación con la Fiscalía General del Estado. El desglose de las denuncias trae causa en la inexistencia de indicios para mantener que las sustracciones fueron realizadas de forma concertada, no apreciándose por tanto conexidad.

Transcurrido más de un año desde el inicio de las investigaciones, se han planteado divergencias en las vías de investigación, en la calificación de los hechos y en los plazos de prescripción aplicables. El análisis de las resoluciones que las Audiencias Provinciales han ido dictando en los asuntos judicializados no ha hecho sino confirmar la ausencia de unidad de criterio (vid. AAP Barcelona secc. 2.ª de 1 de diciembre de 2011, AAP Vizcaya secc. 2.ª de 21 de octubre 2011, AAP Cádiz secc. 3.ª de 15 de febrero de 2012 y de 8 de mayo de 2012, AAP Madrid secc. 1.ª de 28 de septiembre de 2012, AAP Huelva secc. 2.ª de 18 de septiembre de 2012). Incluso se han producido discrepancias entre secciones de la misma Audiencia Provincial (AAP Valencia secc. 5.ª de 11 de noviembre de 2011 y AAP

Valencia secc. 2.^a de 9 de marzo de 2012). No existen por lo demás, perspectivas de que en un tiempo razonable el Tribunal Supremo pueda generar jurisprudencia al respecto, lo que de nuevo pone de manifiesto la necesidad de una profunda reforma del recurso de casación para que pueda cumplir plenamente su finalidad de unificación en la interpretación de la Ley. También surgen dudas en cuanto a las diligencias a practicar y en relación con las posibilidades de recurrir en casación autos de archivo.

El objeto de la presente Circular es el de unificar criterios, optando por la exégesis que, respetando el espíritu de la Ley, con mayor extensión permita investigar el más amplio número de casos, aun acaecidos en fechas remotas, teniendo especialmente presente la necesidad de dar la máxima protección posible a las víctimas.

[...].

7. CONCLUSIONES

- 1.^a La apertura de Diligencias por presunta sustracción de menores, sea cual fuere la vía a través de la cual la *notitia criminis* llegue al Fiscal, habrá de acomodarse a los cauces previstos para las Diligencias de investigación
- 2.^a Cabe acordar la práctica de análisis de ADN en el seno de las Diligencias de Investigación del Fiscal.
- 3.^a Los Sres. Fiscales remitirán a la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica, copia de los decretos de incoación, decretos de exhumación y decretos de archivo o en su caso denuncia o querrela que se interpongan en todos los asuntos que tramiten por sustracción de recién nacidos.
- 4.^a No son susceptibles de recurso de casación los autos de archivo sin autor conocido.
- 5.^a No procede hacer pronunciamiento alguno sobre si concurre o no la prescripción de los hechos imputados sino hasta que, agotada la investigación, se hayan fijado con un mínimo de nitidez los contornos del delito que ha podido ser cometido.
- 6.^a La conducta de sustraer a un menor recién nacido puede ser subsumida en el tipo de detención ilegal.
- 7.^a Las Diligencias de Investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción.
- 8.^a Los Sres. Fiscales, en cada caso concreto, dependiendo de las circunstancias concurrentes, postularán, con respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, la interpretación del instituto de la prescripción de forma que se favorezca al máximo posible la investigación y enjuiciamiento de los hechos.

Hasta tanto no exista una línea jurisprudencial consolidada en sentido contrario, habrá de entenderse que si los hechos pueden ser calificados conforme al delito de detención ilegal, no comenzarán a correr los plazos de prescripción sino a partir del momento en el que el sujeto pasivo haya venido en conocimiento de la alteración de su filiación.

- 9.^a En los casos en los que se acuerde la prescripción, los Sres. Fiscales cuidarán de que los denunciados sean debidamente notificados y de que a solicitud de los mismos se les proporcione copia del historial clínico que pudiera obrar en las actuaciones.

Revista de

**Derecho
Penal**

CRÓNICA LEGISLATIVA

NOVIEMBRE

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE L 315, de 14 de noviembre):
 - **Objetivos:** garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales.
 - **Derechos de información y apoyo:** derecho a entender y ser entendido; a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente; a recibir información sobre su causa; a traducción e interpretación y derecho al acceso a los servicios de apoyo a las víctimas.
 - **Participación en el proceso penal:** recoge el derecho a ser oído; a las garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora; derecho a justicia gratuita y al reembolso de los gastos y a la restitución de los bienes; derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor y los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro.
 - **Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial:** reconoce el derecho de protección a las víctimas durante las investigaciones penales así como a evitar el contacto entre víctima e infractor; recoge una especial protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.
- Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE del 21):
 - **Hecho imponible:** interposición de demandas en toda clase de procedimientos declarativos en el orden civil y contencioso-administrativo; la formulación de reconvenición; la solicitud de concurso necesario; la interposición de recursos de apelación y casación en el orden civil y contencioso-administrativo, o de recurso de suplicación o casación en el orden social.
 - **Exenciones:** *objetivas* (por razón de la materia sobre la que verse el acto procesal) y *subjetivas* (a favor de los beneficiarios del derecho a la justicia gratuita, el deudor que solicita el concurso, del Ministerio Fiscal, de las Administraciones Públicas, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y la exención de la tasa a los funcionarios públicos en los procesos contencioso-administrativos que se inicien en defensa de sus derechos estatutarios.
 - **Órdenes jurisdiccionales afectados:** todos, excepto el penal.

- **Cuantía de la tasa: cantidad fija** (en función del tipo de proceso) y **cantidad variable** (en atención a la cuantía del proceso judicial).

DICIEMBRE

- Ley 7/2012, de 27 de diciembre, por la 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 (BOE del 28):
 - Responsabilidad penal de las **personas jurídicas**:
 - Incluye a **partidos políticos** y **sindicatos**.
 - Introduce la pena de multa del doble al cuádruple en los supuestos agravados.
 - **Delitos contra la Hacienda Pública**:
 - Se introduce una regla especial en tramas de **criminalidad organizada**.
 - **De la pena**: cuando los presuntos responsables de los delitos reconozcan su comisión y satisfagan íntegramente su deuda.
 - **Nuevo tipo agravado**: pena máxima de seis años y el plazo de prescripción se eleva a diez años.
 - Se castigará como **delito** cuando la defraudación no alcance los 50.000 euros pero supere los 4.000 euros.
 - **Delitos contra la Seguridad Social**:
 - **Nuevo tipo agravado** en conductas especialmente graves: se amplía el período de prescripción a diez años y se amplía la pena máxima a seis años de prisión.
 - Nueva regulación del **fraude de ayudas y subvenciones** de las Administraciones Públicas o de la Seguridad Social.
 - Fraude en **prestaciones del sistema de la Seguridad Social**: prisión de tres meses a tres años en supuestos ordinarios; multa cuando no revistan gravedad y prisión de dos a seis años en supuestos agravados.
- Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 28):
 - Cubrir las **suplencias** con miembros integrantes de la carrera judicial.
 - **Órganos unipersonales**: orden reglado y objetivo de los miembros de la carrera judicial que serán llamados a cubrir sustituciones.
 - **Refuerzos judiciales**: posibilidad de acordar la **adscripción** (en calidad de jueces de apoyo) de los Jueces de adscripción territorial, de los Jueces en expectativa de destino o de los Jueces en prácticas.

- **Jueces adjuntos:** cambia su denominación por la de «**jueces en expectativa de destino**».
- **Escuela judicial:** Tres **fases** del curso de selección de jueces: fase **teórica** de formación multidisciplinar; período de **prácticas** tuteladas y funciones de **sustitución y refuerzo**.
- **Juez de adscripción territorial:** podrá cubrir vacantes y se modifican sus limitaciones temporales.
- **Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero:** reconoce la competencia del **Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional** para conocer de los delitos cometidos por **menores en el extranjero** cuando corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte especial, vol. II*, Iustel, Madrid, 2012.

BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte especial, vol. III*, Iustel, Madrid 2012.

FARALDO CABANA, P., *Comentarios a la legislación penal especial*, Thomson/Lex Nova, Valladolid, 2012.

ROLDÁN BARBERO, H., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada 2012.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

AA.VV., *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

AA.VV., *La corrupción a examen*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

CORNACCHIA/SÁNCHEZ-OSTIZ (coords.), *Multiculturalismo y Derecho Penal*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ GARCÍA/VEGAS AGUILAR (coords.), *La prevención y erradicación de la violencia de género*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ABOSO, G.E. *Los límites de la autoría mediata*, B de F, Montevideo, etc., 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ELIZARI URTASUN, L., *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M., *La cancelación de los antecedentes delictivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

IGLESIAS SKULJ/PUENTE ABA, *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, Granada, 2012.

LARA AGUADO, A. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en internet*, Comares, Granada, 2012.

MARIÑO, F.M. (Dir.), *Feminicidio: el fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

POZUELO PÉREZ, L. (Coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2012.

V. DERECHO PENITENCIARIO

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ/BERZAL DE LA ROSA, *Cárceles y campos de concentración en Castilla y León*, Fundación 27 de marzo, León, 2012.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

- CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y SANDE MAYO, M.J (coord.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La ley, Madrid, 2012.
- FRANCIS LEFEBVRE, *Memento práctico procesal penal 2013*, Francis Lefebvre, Madrid, 2012.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.), *El derecho procesal español del siglo xx a golpe de tango. Juan Montero Aroca Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 6.^a , Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

II. MONOGRAFÍAS

- BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Probática penal I. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, 2012
- DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y PEITEADO MARISCAL, P., *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2012.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., y ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *¿Los jurados deben tener conocimiento jurídicos?*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.); HORTA IBARRA (coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- MIRANDA VÁZQUEZ, C. (coord.), *La prueba de los delitos contra la administración de justicia*, La Ley, Madrid, 2012.

OVEJERO PUENTE, A.M. (coord.), *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2012.

RIVES SEVA, J.M., *El recurso de apelación y la segunda instancia*, La Ley, Madrid, 2012.

TORO PEÑA, J., *La persona jurídica en el proceso*, Dykinson, Madrid, 2012

III. OTROS

AA.VV., *Criterios de Actuación de la Fiscalía General del Estado y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, J., *Las 4 habilidades del abogado eficaz*, Rasche, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH, E., *Informática forense. 44 casos reales*, Martínez de Carvajal, Barcelona, 2012.

Recensión de la obra:
RAFAEL CABRERA MERCADO (coord.), CORAL
ARANGÜENA FANEGO y MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial
de las víctimas de violencia de género
Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011,
161 páginas [NIPO: 860-11-285-6. ISBN: 978-84-7670-719-7]

ARANTZA LIBANO BERISTAIN
Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona

La monografía *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género* constituye una obra colectiva coordinada por el profesor Rafael Cabrera Mercado (Profesor Titular de Derecho Procesal en Jaén), y de la que también son autoras las profesoras Coral Arangüena Fanego (Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid) y Montserrat de Hoyos Sancho (Profesora Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid). En relación con los citados responsables del mencionado trabajo, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que nos encontramos ante tres especialistas de los aspectos —sobre todo, aunque no sólo— procesales implicados en la violencia de género. Y es que los tres cuentan en su haber con numerosas publicaciones científicas, dirección y participación en diversos proyectos de investigación e impartición de múltiples conferencias que avalan su profundo conocimiento del tema.

En la obra reseñada los autores se adentran en cuestiones de gran complejidad dogmática, pues tratan de aportar soluciones en relación con algunos temas jurídico-procesales no resueltos hasta la fecha de manera satisfactoria en la esfera de la protección de las víctimas de violencia de género.

De esta forma, en el capítulo primero la profesora Montserrat DE HOYOS SANCHO aborda con brillantez el supuesto siguiente: ¿Pueden en nuestro país los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adoptar a modo de medida cautelar (policial) —atendiendo para ello a la gravedad del delito, al grado de riesgo de reiteración delictiva y al eventual peligro de fuga u ocultación de pruebas— la salida o abandono del domicilio por parte del presunto agresor que convive con la víctima, con entrega de las llaves de la vivienda y orden de no regresar a ésta durante el plazo legalmente establecido? Tal posibilidad constituiría una alternativa menos gravosa que la detención, al evitarse —o, como mínimo, reducirse— el ataque a la libertad de movimientos que esta última conlleva, y, en cambio, dicha medida cautelar de abandono del domicilio consigue, al igual que la detención, asegurar la integridad de la víctima y de su entorno, a la vez que se garantiza que el presunto autor de violencia de género se encuentre disponible o localizado cuando sea llamado a declarar.

La doctora DE HOYOS aporta ejemplos de derecho comparado (en concreto, acude a las «Leyes de Policía» de varios *Länder* alemanes y a la regulación austriaca) en donde los propios agentes de la autoridad pueden ordenar para estos casos la salida inmediata del domicilio por parte del presunto agresor. Sin embargo, la autora descarta, mediante una fina argumentación, su posible utilización en nuestro ordenamiento jurídico.

En el siguiente capítulo, el profesor Rafael CABRERA MERCADO estudia, en la esfera de la violencia de género, las previsiones contenidas, básicamente, en los artículos 261 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal referidas al derecho a no denunciar y a la dispensa a no declarar como testigo contra un pariente. El problema de fondo que Cabrera Mercado aborda en su trabajo deriva de la circunstancia de que en el ámbito de la violencia de género resultan habituales los supuestos en que el testigo del acto de violencia de género que puede acogerse a las previsiones contenidas en los preceptos de la ley procesal penal anteriormente mencionados es al mismo tiempo víctima de aquél. Dicha situación puede llevar a la delicada tesitura de tener que dictar una resolución absolutoria, dado que el testimonio de la víctima en esta esfera frecuentemente constituye la única prueba incriminatoria, por lo que si la víctima se acoge al derecho a no declarar faltarán elementos probatorios de cargo suficientes para poder dictar una sentencia de condena. El autor expone, a continuación, caso a caso y con minuciosidad, el abanico de situaciones posibles, dando cuenta, asimismo, de las líneas jurisprudenciales, en ocasiones contrapuestas, habidas al respecto. Al final de su trabajo, el profesor Cabrera incorpora un apartado sobre las posibles reformas legales a realizar en esta esfera (perspectiva de *lege ferenda*), e incluye la regulación que sobre el particular contenía el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por el Ministerio de Justicia y aprobado el 22 de julio de 2011 por el Consejo de Ministros.

La profesora Coral ARANGÜENA FANEGO estudia a lo largo del capítulo tercero la protección transnacional de la víctima —mecanismo, asimismo, de utilidad para los supuestos de violencia de género— por medio de la Orden Europea de Vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los estados miembros de la Unión Europea. En concreto, la doctora Arangüena analiza la Decisión marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Según señala en su trabajo la autora, se ha creado un instrumento basado en el principio de reconocimiento mutuo que permite la transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad de un Estado a otro, y cuyo funcionamiento se hace descansar, como regla general, en la adecuada cooperación entre autoridades judiciales (emisión y ejecución). La profesora Arangüena comenta las medidas cautelares previstas por la Decisión Marco objeto de análisis, deteniéndose, asimismo, en el procedimiento de adopción de las mismas.

En los siguientes capítulos los autores de la obra aportan varios ejemplos de derecho comparado, que ilustran acerca de las soluciones adoptadas sobre el particular en países de nuestro entorno. Por todos es conocida la dificultad que entraña manejar instituciones contempladas en otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, considero que en esta ocasión el esfuerzo realizado por los tres profesores ha resultado fructífero y arroja luz sobre los modelos policial y jurisdiccional (civil o/y penal) seguidos en otros estados europeos. Cabe

destacar que en estos países la legislación protectora con frecuencia gira exclusivamente en torno al concepto de violencia familiar o doméstica —y no, como en España, donde la tutela se vincula, asimismo, a la noción de violencia de género—.

En primer lugar, la profesora DE HOYOS SANCHO recoge los aspectos esenciales de la protección policial y, especialmente, jurisdiccional civil para las víctimas de violencia doméstica en Alemania, e incluye, además, al final de su trabajo una valoración crítica de dicha regulación.

Resulta meritorio, asimismo, el esfuerzo de síntesis realizado por la doctora De Hoyos en el capítulo dedicado a la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de violencia doméstica en Austria. En concreto, además de referirse a las medidas jurisdiccionales civiles, alude a las de carácter policial que pueden ser adoptadas en este ámbito.

Por su parte, y en relación con la regulación italiana, el profesor Rafael Cabrera se detiene en el estudio material y procesal de la orden de protección civil existente en ese país para las víctimas de violencia contra la mujer.

El sistema de tutela de las víctimas de violencia de género portugués es estudiado a continuación por la profesora Arangüena Fanego. Según señala la doctora Arangüena, Portugal presenta una regulación bastante semejante a la española, en el sentido de disponer de una legislación específica dirigida a prevenir la violencia doméstica y dispensar una asistencia completa a sus víctimas.

Como capítulo final de la obra, y de vuelta ya a la regulación jurídica existente en España, se ha dejado, con acierto, un tema que ha despertado gran interés —y un encendido debate, cabría añadir— entre los autores que lo han abordado. En concreto, la profesora Arangüena Fanego profundiza sobre la idoneidad en España de los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la violencia de género, centrándose en la mediación penal.

Al hilo de lo anterior, la doctora Arangüena comienza su estudio a partir de lo dispuesto en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial —precepto que establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer—, cuyo número 5 dice así: «En todos estos casos está vedada la mediación». Si bien la autora se muestra con carácter general conforme con la prohibición anterior, entiende, aportando sólidos argumentos, que en algunos supuestos de violencia de género el instrumento de la mediación penal puede resultar de utilidad. En concreto, se refiere a casos en donde la violencia se halla en un estadio inicial, se trata de un episodio esporádico y no existe desigualdad entre las partes. Para dichas situaciones la profesora Arangüena delimita los principios que habrían de regir la mediación penal, y a continuación alude a la regulación contenida al respecto en el malogrado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011. El trabajo de la profesora Arangüena Fanego da cuenta, asimismo, de manera detallada, de los principales hitos en la evolución de la mediación penal en el marco normativo supranacional, y finaliza su trabajo con algunas valiosas propuestas de *lege ferenda*, de cara a la posible introducción en nuestro país de la mediación exclusivamente para los ya mencionados supuestos concretos de violencia de género.

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: gloriasanchez@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.