

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 37

Revista de Derecho Penal

© Lex Nova 2012

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

Depósito Legal: VA. 840-2000

ISSN 1576-9763

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

Impresión

GRAFOLEX, S.L.U.
Fernández Ladreda, 16-17
47008 Valladolid

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.

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-RECJ



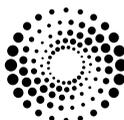
latindex



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

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

M.^a ÁNGELES GALLEGO MAÑUECO

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

ALFONSO CANDAU PÉREZ

Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

UN MATRIMONIO DE CONVENIENCIA: BLANQUEO DE CAPITAL Y DELITO FISCAL

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda 9

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS EN EL PROCESO PENAL

Elena Martínez García 43

INTERVENCIÓN PENAL MÍNIMA Y ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: EL MOBBING COMO MODALIDAD DE DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano 77

PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS CRIMINALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

Francisco Jiménez-Villarejo Fernández 103

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 151

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 159

Sentencia 39/2012, de 29 de marzo: Refundición de condenas. «Doctrina Parot» 159

Sentencia 40/2012, de 29 de marzo: Refundición de condenas. «Doctrina Parot» 167

Sentencia 41/2012, de 29 de marzo: Refundición de condenas. «Doctrina Parot» 174

Sentencia 47/2012, de 29 de marzo: Refundición de condenas. «Doctrina Parot» 182

Sentencia 97/2012, de 7 de mayo: Derecho a la tutela judicial efectiva. Citación defectuosa 189

Sentencia 101/2012, de 8 de mayo: Caza y pesca no autorizadas. Inconstitucionalidad 193

Sentencia 107/2012, de 21 de mayo: Derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en un centro penitenciario 197

Sentencia 131/2012, de 18 de junio: Delito de torturas. Ausencia de investigación judicial eficaz	199
Sentencia 140/2012, de 2 de julio: Prórroga de prisión provisional. Expulsión del territorio nacional: motivación reforzada	203

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de 25 de abril de 2012	205
Sentencia 294/2012, de 26 de abril: Tentativa inidónea de homicidio. Pluralidad de conexiones mediales	205
Sentencia 333/2012, de 26 de abril: Estafa impropia	210
Sentencia 308/2012, de 27 de abril: Recurso de apelación en materia de vigilancia penitenciaria. Posibilidad de introducir datos nuevos	211
Sentencia 332/2012, de 30 de abril: Estafa procesal	213
Sentencia 300/2012, de 3 de mayo: Tráfico de influencias	216
Sentencia 354/2012, de 3 de mayo: Principio acusatorio. Vulneración	219
Sentencia 367/2012, de 3 de mayo: Retirada de la acusación y condena en costas del acusador particular	222
Sentencia 235/2012, de 4 de mayo: Violación. Actuación conjunta	225
Sentencia 337/2012, de 4 de mayo: Refundición de condenas. Pena en abstracto	230
Sentencia 359/2012, de 9 de mayo. Tráfico de drogas. Momento consumativo	235
Sentencia 372/2012, de 11 de mayo. Insolvencia punible. Responsabilidad civil	237
Sentencia 375/2012, de 14 de mayo: Prueba preconstituida. Falta de contradicción ..	239
Sentencia 392/2012, de 16 de mayo: Deslealtad profesional de abogado	242
Sentencia 410/2012, de 17 de mayo: Intervención de las comunicaciones. Sistema SITEL	244
Sentencia 413/2012, de 17 de mayo: Abono de prisión provisional. Tras la entrada en vigor de la LO 5/2010	246
Sentencia 386/2012, de 18 de mayo: Denegación de prueba documental	248
Sentencia 429/2012, de 21 de mayo: Responsabilidad civil: ámbito de actuación de la jurisdicción contable y de la jurisdicción penal	251
Sentencia 437/2012, de 22 de mayo: Extemporaneidad en la presentación del escrito de acusación. Cómputo de plazos	253

	Página
Sentencia 440/2012, de 25 de mayo: Estafa y alzamiento de bienes. Relaciones concursales	255
Sentencia 436/2012, de 28 de mayo: Cierre del local como consecuencia accesoria ..	262
Sentencia 257/2012, de 30 de mayo: Defraudación. Estafa impropia	264
Sentencia 448/2012, de 30 de mayo: Apropiación indebida. Contrato de cuentas en participación	269
Sentencia 486/2012, de 4 de junio: Falsedad documental. Delito continuado y «unidad natural de acción»	271
Sentencia 482/2012, de 5 de junio: Conformidad en proceso ante el Tribunal del Jurado .	274
Sentencia 503/2012, de 5 de junio: Documentación del juicio oral. Delitos contra la salud pública	278
Sentencia 496/2012, de 8 de junio: Sentencia. Motivación arbitraria e irrazonada	280
Sentencia 529/2012, de 21 de junio: Delito urbanístico. Demolición	282
Sentencia 538/2012, de 25 de junio: Retroactividad de la ley más favorable	285

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 29/2012, AP Bilbao, de 20 de abril: Apropiación indebida y falsedad documental de representantes de entidad sin ánimo de lucro	289
Sentencia 201/2012, AP Burgos, de 2 de mayo: Delito de daños causados por menor. Responsabilidad de progenitores	290
Sentencia 206/2012, AP Tarragona, de 3 de mayo: Delito contra la flora y la fauna. Absolución	291
Sentencia 245/2012, AP Madrid, de 4 de mayo: Descubrimiento y revelación de secretos. «Ciberacosador»	292
Sentencia 135/2012, AP Madrid, de 7 de mayo: Delitos de asesinato, estafa, incendio y falta de hurto	294
Sentencia 418/2012, AP Madrid, de 7 de mayo: Maltrato familiar. Dispensa de no declarar	296
Sentencia 334/2012, AP Valencia, de 7 de mayo: Delito de tortura. Validez de prueba de grabación de conversaciones	297
Sentencia 124/2012, AP Albacete, de 9 de mayo: Tráfico de drogas. Escasa entidad del hecho. Drogodependencia	298
Sentencia 57/2012, AP Jaén, de 10 de mayo: Abandono de menores e incumplimiento de deberes de asistencia	300
Sentencia 28/2012, AP Cuenca, de 5 de junio: Falta de amenazas. Juicio de antijuricidad	301

	Página
Sentencia 232/2012, AP Madrid, de 25 de junio: Principio acusatorio. Falta de lesiones	301
Sentencia 236/2012, AP Pontevedra, de 29 de junio: Delito de abandono de familia .	302
Sentencia 686/2012, AP Barcelona, de 30 de junio: Falta de lesiones por imprudencia .	303
Sentencia 10/2012, AP Guadalajara, de 9 de julio: Delito de incendio por imprudencia grave. Agravantes	304
Sentencia 131/2012, AP Lugo, de 9 de julio: Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente	305
Sentencia 310/2012, AP Madrid, de 9 de julio: Delitos de acoso y abuso sexual. Relación consentida	306
Sentencia 68/2012, AP Palma de Mallorca, de 16 de julio: Malversación, prevaricación, falsedad, fraude a la Administración y negociaciones prohibidas a funcionarios	307
Sentencia AP San Sebastián de 23 de julio de 2012: Malversación, prevaricación, blanqueo y alzamiento de bienes	309
Sentencia 46/2012, AP de Las Palmas, de 25 de julio: Asesinato y robo con violencia	309

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA 1/2012 SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	313
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	319
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	323
DERECHO PROCESAL PENAL	325

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

UN MATRIMONIO DE CONVENIENCIA: BLANQUEO DE CAPITALS Y DELITO FISCAL

ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal

Se analiza la evolución del delito de blanqueo de capitales en la legislación y en la praxis, con referencias a las modificaciones introducidas en la reforma del Código Penal de 2010 y a la tesis que sostiene que el delito fiscal actúa como delito antecedente del blanqueo. Partiendo de la «doctrina Capone», se expone críticamente la idea de que las rentas delictivas han de tributar; se analizan las relaciones entre el delito de blanqueo y el delito fiscal y las novedades contenidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Palabras clave: Blanqueo de capitales, delito fiscal, reforma del Código Penal de 2010, tributación de las rentas delictivas, Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

ABSTRACT

A marriage of convenience: money laundering and tax fraud

The article analyzes the evolution of money laundering fraud according to both current legislation and praxis, with references to the changes included in the amendment of the Penal Code of 2010 and to the thesis that maintains that tax fraud works as a previous record of money laundering. Taking the «Capone doctrine» as a starting point, it is critically expound the idea that fraud incomes have to pay taxes; it is analyzed the connections between money laundering and tax fraud and the new features included in the Law 10/2010, of April 28th, of money laundering prevention and of terrorism financing

Key words: Money laundering, tax fraud, amendments of the Penal Code of 2010, taxation of fraud incomes, Law 10/2010, of April 28th, about prevention of the money laundering and of terrorism financing.

SUMARIO

- I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.
 - II. LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.
 - III. LAS RELACIONES ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS Y EL DELITO FISCAL.
 - A) **Tributación de rentas delictivas.**
 - B) **Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales.**
-

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

No cabe duda de que la preocupación por impedir y sancionar las conductas de blanqueo de capitales surge ligada a la lucha contra el tráfico de drogas, fundamentalmente el gran tráfico protagonizado por organizaciones criminales. Se tiene el convencimiento de que la forma más eficaz de atajar las actividades del crimen organizado —cuya dedicación favorita y más lucrativa es el tráfico de drogas— consiste en impedir la obtención de beneficio económico; beneficio que no solo es el motor de tal actividad, sino que además permite entrar en otras, también criminales. Por otro lado, hay que recordar que en Estados Unidos se constató en los años 70 que el dinero procedente de la venta de droga al menudeo se ingresaba directamente en cuentas corrientes, mezclándose con otros fondos, algunos de procedencia lícita, lo que dificultaba su aprehensión y, en última instancia, llegar al delito principal.

Resulta claramente de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena en 1988, que ante la ineficacia en la persecución del tráfico de drogas se quiera buscar otra vía para atacar a las organizaciones criminales; se dice así que las Partes actúan «Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad». La idea de la que parte esta Convención (y después otros textos internacionales de Naciones Unidas o de otras organizaciones regionales) se plasma en la afirmación de que «los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él... socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados». No debe olvidarse que el sistema de fiscalización internacional de drogas había nacido con la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y con el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, pero sus previsiones se mostraron insuficientes para controlar el tráfico internacional de drogas, por lo que Naciones Unidas, superando el marco de la fiscalización internacional, quiere avanzar más y complementar su actuación con las previsiones de la Convención de 1988, que, con alto grado de normativismo —si se compara con el de otras Convenciones de Naciones Unidas— se encamina a los siguientes objetivos: 1.º la tipificación como delito en todos los países firmantes de los comportamientos relacionados con el cultivo, producción y tráfico de drogas (lo que ya se contemplaba en las anteriores Convenciones) y los que se refieren a producción y transporte de precursores y a blanqueo de las ganancias obtenidas con los anteriores (conductas estas relativas a precursores y a blanqueo que aparecen como novedad); 2.º el establecimiento de circunstancias agravantes de los delitos señalados (pertenencia a organización, uso de violencia, ser cargo público, utilización de menores, etc.); 3.º vincular a los Estados para que admitan la inferencia como prueba en lo que se refiere a la intencionalidad o conocimiento exigibles en la comisión de los distintos delitos; 4.º determinar la legislación y la actuación de los Estados en materias tales como plazo de prescripción, establecimiento de su competencia jurisdiccional, comiso, cooperación internacional, extradición, asistencia judicial, cooperación policial, regulación de la entrega vigilada, evitación y erradicación de cultivos.

En relación a algunas materias la Convención no establece una obligación ineludible para los Estados, sino que indica la conveniencia de una determinada regulación o actuación, en la medida en que sea posible conforme a los principios básicos de sus ordenamien-

tos internos; así ocurre en lo relativo a la posibilidad de inversión de la carga de la prueba sobre el origen de los bienes a decomisar, al castigo del autoconsumo de drogas, al castigo de la posesión y la utilización de bienes de procedencia delictiva como blanqueo de capitales, etc. Como se analizará después, España ha introducido con la reforma del Código Penal de 2010 los comportamientos de posesión y utilización en el delito de blanqueo, aunque no estaba obligada a ello, lo que desde algunos sectores se rechaza, pero desde otros se ha impulsado y aplaudido.

El 10 de junio de 1998 se celebró en Nueva York la Asamblea General Extraordinaria de Naciones Unidas sobre Drogas para evaluar los logros obtenidos en los 10 años transcurridos desde la aprobación de la Convención de 1988. El Secretario General Kofi Annan se refirió al tráfico de drogas como una industria multibillonaria y recordó que según, el Fondo Monetario Internacional, entre el 2 y el 5% del PIB mundial proviene del lavado de dinero, destacando que la lucha contra el mismo es un arma para conseguir «un mundo liberado de narcóticos». Ni que decirse tiene que hoy, 14 años después de pronunciarse este discurso, hay más drogas ilegales circulando de las que nunca hubo⁽¹⁾, y que ni antes ni después de 1988 o de 1998 se han conseguido éxitos relevantes en la lucha contra el blanqueo en el marco internacional, más allá de algunas operaciones especialmente espectaculares, como fue la «Hielo Verde», desplegada a la vez en seis países contra la red de blanqueo del cartel de Cali⁽²⁾. De lo anterior puede deducirse fácilmente que el refuerzo o blindaje que pretendió la Convención de 1988 respecto de las anteriores normas sobre estupefacientes y psicotrópicos no se ha conseguido. La tipificación del blanqueo y del tráfico de precursores no ha servido para reducir ni el consumo de drogas ni la obtención de ganancias criminales y su utilización para comprar voluntades.

Aparte de la anterior finalidad fallida por quimérica («un mundo libre de drogas»), la necesidad de atacar el blanqueo de capitales se relaciona también con la prevención de la financiación del terrorismo; así, hoy se considera que para estrangular a Al Qaeda debe cortarse su financiación ilegal y el movimiento que del dinero se hace a través del sistema *hawala*⁽³⁾. Por otro lado, no es casualidad que nuestra actual Ley de prevención del blanqueo regule también la prevención de la financiación del terrorismo.

(1) El espectacular fracaso de la política internacional contra la droga explica que el propio Kofi Annan haya modificado sus planteamientos: si en 1998 brindaba con los asistentes a la Asamblea General de Naciones Unidas sobre drogas con el deseo de «convertirnos en una familia de naciones libre de drogas en el siglo XXI», comprometiéndose todos los asistentes a «conseguir verdaderos resultados en la eliminación de los cultivos de drogas para el año 2008», más tarde, vencido por la realidad, Annan se suma a muy relevantes voces que exigen un cambio de rumbo en la estrategia antidroga; lo hacen en el seno de la Comisión Global de Políticas de Drogas y a través de un Informe dado a conocer en junio de 2011. En este Informe se indica la vía de la regulación del consumo y del mercado de las drogas —o sea, se indica como posible solución la legalización de las drogas—. Son firmantes del Informe, entre otros, Mario Vargas Llosa, los ex Presidentes de Brasil Fernando Cardoso, de México Ernesto Zedillo y de Colombia César Gaviria, Javier Solana, George Papandreou y George Shultz. Al fracaso de la prohibición y a la necesidad de ir a un sistema de legalización controlada de drogas me he referido ampliamente en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La Solución. La legalización de las drogas*, Debate, Madrid, 2012.

(2) Sobre el relativo valor que operaciones como «Hielo Verde» tienen en el combate al narcotráfico ver editorial de *El País*, de 19 de noviembre de 1993.

(3) Este sistema es tradicional en Asia para transmitir el dinero sin moverlo, se basa en la confianza de los que entregan y reciben y a él acuden personas no relacionadas con el crimen, pero también los terroristas (ver MARTÍN DE POZUELO, E., «Sin dinero no habría Al Qaeda», *La Vanguardia*, 26 de septiembre de 2011).

A pesar de que en su origen el castigo del blanqueo se concibe como un instrumento más para luchar contra el tráfico ilícito de drogas, en poco tiempo se ha alcanzado el convencimiento de que su utilidad puede desplegarse en otros ámbitos de la delincuencia organizada o no organizada, llegándose a dotar al blanqueo de una gran autonomía —demasiada, en realidad— respecto del delito originario. De este entendimiento es tributaria la legislación española, lo que se constata en las sucesivas reformas que ha sufrido el delito. En esta evolución se ha llegado al absurdo con la modificación de 2010, que operando una injustificada expansión de la definición del delito, llevará a castigar como blanqueo de capitales comportamientos que nada tienen que ver con su bien jurídico⁽⁴⁾.

Puede ser procedente recordar aquí el cambio de rumbo que sufrió la legislación penal española en materia de blanqueo a partir de 1992. Fue la LO 1/1988, de 24 de marzo, la que introdujo entre los delitos de receptación un nuevo supuesto —art. 546 bis.f) del CP ya derogado— para castigar las conductas de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas, y lo hizo respetando las construcciones jurídicas ya existentes en España, lo que fue alabado por la doctrina. Por el contrario, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, por la que se introducen en el CP ya derogado los arts. 344 bis.h) y 344 bis.i), supuso la «colonización jurídica»⁽⁵⁾ de los textos internacionales, cuyas definiciones fueron copiadas sin adaptación alguna, con abandono por el legislador de nuestros propios conceptos jurídicos, lo que se tildó de «preocupante falta de iniciativa»⁽⁶⁾. En esta reforma de 1992 se tipificaron como comportamientos de blanqueo la posesión y utilización de los bienes provenientes de un delito, pero estas figuras tuvieron corta vida al desaparecer en el Código Penal de 1995, acaso ante las críticas doctrinales que merecieron. La redacción originaria de 1995 amplió el ámbito de los delitos subyacentes a cualquier delito grave, superándose la tradicional referencia al tráfico de drogas. La Ley Orgánica 15/2003 sustituyó esta vinculación a delito grave para admitir como infracción antecedente cualquier delito. Estas distintas ampliaciones de la tipicidad del blanqueo se ven superadas de forma escandalosa por la reforma de 2010 que analizaremos más adelante.

En el ámbito internacional, las previsiones de la Convención de 1988 relativas al blanqueo de capitales se reflejan más tarde en la Convención de Nueva York de 2000, contra la Delincuencia Organizada Transnacional. La diferencia entre estos dos textos reside en que en esta segunda Convención el blanqueo se independiza del tráfico de drogas, para referirse a un considerable número de delitos: todos los delitos graves —o sea los castigados con penas de cuatro años o más—, la participación en grupo organizado delictivo, la corrupción de funcionarios y la obstrucción a la Justicia.

Si el origen de la lucha contra el blanqueo está ligado al tráfico organizado de drogas y, en un segundo momento, a la criminalidad organizada en general —terrorismo incluido—, hay que afirmar que hoy su razón de ser no es solo esa; ahora el Código Penal castiga como

(4) Sobre las dificultades para identificar el bien jurídico en el delito de blanqueo, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 476-483.

(5) Así lo entendió DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal*, núm. 32 (5-11 de septiembre de 1994), p. 602.

(6) FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 351.

blanqueo conductas que nada tienen que ver con la preocupación por los efectos nocivos de la criminalidad organizada.

Los efectos que tiene la delincuencia organizada se han presentado como legitimadores de una ofensiva internacional contra el crimen organizado que, desde distintos ámbitos supranacionales (Naciones Unidas, Unión Europea y otros), se ha impuesto a los Estados. Esos efectos son la infiltración en el mundo de la economía lícita, compitiendo con ella y utilizando los mecanismos del sistema financiero; la capacidad corruptora de voluntades públicas y privadas; la autofinanciación de la industria criminal; la interferencia en procesos políticos. Estas consecuencias que se ligan al crimen organizado, y a la utilización que hace del dinero sucio, están avaladas por muchos ejemplos, de los que cito algunos. Así, la actuación de las Yakuza en la economía japonesa de los años noventa⁽⁷⁾; que Pablo Escobar, el jefe del cártel de Cali, llegase a ofrecer al Gobierno de Colombia el pago de toda su deuda externa a cambio de un compromiso de no extradición a Estados Unidos; la financiación de guerrillas o de campañas electorales, como reconociese en su momento Ernesto Samper⁽⁸⁾; la vinculación de los talibanes al tráfico de opio en Afganistán que les permite cambiar un kilo de heroína por 30 fusiles kaláshnikov⁽⁹⁾; y, en general, la compra y corrupción de la clase política, o de las policías o del estamento judicial, o de todos ellos a la vez, lo que en algunos casos supera los meros actos de corrupción para alcanzar a la cohabitación o a la infiltración; así la Mafia siciliana inició una importante evolución cuando entendió que mejor que luchar contra el poder público era comprarlo u ocuparlo, de ahí los años de la cohabitación entre la Democracia Cristiana y la Mafia y el control de las apelaciones penales con sus propios hombres colocados en la judicatura, que garantizaban las absoluciones en segunda instancia.

Realidades como las apuntadas y otras similares explicarían por qué una actividad criminal —la del crimen organizado y, muy especialmente, el blanqueo de capitales operado sobre sus ganancias— ha acabado convirtiéndose en un problema político y financiero, superando lo que es la preocupación lógica por cualquier comportamiento delictivo. Estas realidades nada tienen que ver con algunas de las ahora alcanzadas por la tipicidad de blanqueo de capitales de nuestro Código Penal.

El delito de blanqueo de capitales tiene una corta vida en nuestra legislación, pero muestra —como se ha indicado y se verá— un crecimiento espectacular en la ley y en la praxis; por otro lado, la Fiscalía y la Agencia Tributaria tienen gran interés en celebrar un «matrimonio de conveniencia» entre blanqueo y delito fiscal, solo comparable con el que

(7) La economía japonesa de los ochenta parecía modélica. En la década siguiente se entró en crisis por la existencia de 800.000 millones de dólares en créditos incobrables. Parte de esos créditos habían sido concedidos a las Yakuza que operaban en el sector inmobiliario durante su boom; con la caída de los precios se dejan de pagar los créditos y las sociedades de crédito inmobiliario van a la quiebra, a la que tuvo que hacer frente el Estado. Siguió la crisis de la Bolsa y la detención de la cúpula del segundo Banco del país y de la primera empresa de valores por sus relaciones y tratos de favor con un poderoso mafioso.

(8) Ernesto Samper fue acusado (y finalmente, exculpado) de financiar su campaña a la Presidencia de Colombia con el dinero del cártel de Cali, a lo que contestó: «Durante largos años hemos aprendido, por miedo o por ambición, a tolerar el tráfico de drogas. El país debe asumir la eliminación del tráfico de drogas, no sólo en la política, sino también en actividades económicas, sociales y culturales. Todo el país debe dejar el tráfico de drogas, no sólo algunas personas. La crisis es profunda...».

(9) «Sin dinero...», *op. cit.*

manifestó la Fiscalía al patrocinar y conducir la modificación del tipo de blanqueo que, finalmente, se introdujo en el Código Penal con la reforma de 2010. Se trata de un caso más de expansión del Derecho Penal; concretamente de desbordamiento del delito de blanqueo⁽¹⁰⁾. La expansión se alienta en textos de origen supranacional, pero ha sido superada por nuestra legislación interna más allá de lo estrictamente impuesto por la norma internacional o por la de origen comunitario.

El fenómeno del ocultamiento del origen delictivo de los bienes se pone de manifiesto, con las características que hoy tiene, en la época de la Ley Seca en Estados Unidos; disfrazar los bienes del delito se convierte en una necesidad para el crimen organizado, especialmente tras la condena a Al Capone por delito fiscal en 1931. Esta condena supuso otra forma de luchar contra el delito organizado: nacía la «doctrina Capone» por la que se establecía que las rentas de origen delictivo deben tributar; en el caso concreto se partía de unos gastos efectuados con unas rentas no declaradas de las que no se pudo probar su procedencia delictiva, pero el Departamento del Tesoro consiguió acreditar su existencia y la no declaración al Fisco. El delito fiscal acompañaba así a todos los delitos que generaban bienes como algo inevitable y, a la vez, el castigo por delito fiscal se convertía en otra forma de luchar contra todos los delitos principales que no se conseguían probar.

La utilidad que tiene la «doctrina Capone» es evidente: cuando no se consiga probar el delito originario que produce ganancias ilícitas, se podrá intentar proceder por delito fiscal. Consagrada esta tesis se puede dar un paso más, en los términos que se analizarán a continuación, para construir un delito de blanqueo de la cuota tributaria defraudada. La persecución de los beneficios delictivos es una especie de «plan B» para actuar cuando el «plan A» fracasa.

A lo anterior debe unirse la idea de que delincuencia fiscal y criminalidad organizada son clientes de los mismos asesores y utilizan los mismos caminos para lograr tapar sus ingresos no declarados o los obtenidos mediante el delito. Esta idea la expresa Tulio ROSEMBUJ cuando afirma lo siguiente: «La aplicación de la doctrina Capone es un instrumento básico porque si hay algo que comparte la empresa criminal con los grandes evasores fiscales es el terror al impuesto mínimo. Para que ello no se aplique no dudan en las estrategias más complejas y sofisticadas de ocultación de rentas y riqueza, la minimización del impuesto, la producción seriada de tax shelters, el uso sistemático del arbitraje fiscal internacional. Por eso, seguramente, desde la experiencia fiscal es donde se pueden conseguir los mejores resultados contra la criminalidad organizada, incluyendo, obviamente, la confiscación de los bienes que son producto de los delitos, la extraterritorialidad de la ley y la responsabilidad de los que cooperan, colaboran, ayudan a que el blanqueo de capitales sea el vértice de apoyo de todo el entramado»⁽¹¹⁾.

(10) A la criminalización del blanqueo como caso paradigmático de la expansión del Derecho Penal se refiere SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (coordinadores), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 131-139.

(11) «Empresa criminal y finanza mafiosa», en *El Fisco*, septiembre de 2011, núm. 179 (puede consultarse en <http://www.elfisco.com/articulos/articulo.aspx?art_id=144>). Se refiere el autor en el párrafo transcrito al fenómeno conocido como «tax shelters»; se trata de una asesoría fiscal agresiva, abusiva y comercializada, conocida en España

Pero volvamos a los orígenes del blanqueo: fue otro mafioso, Lucky Luciano, el que diseñó una forma de tapan la procedencia criminal de su riqueza, mezclando el fruto del delito con ingresos lícitos, concretamente con los que recibía en el negocio de lavanderías que había montado. Las lavadoras funcionaban con monedas, lo que dificultaba enormemente controlar el monto de las ganancias legales que se acrecentaban con las criminales: así se «lavaba» el fruto del delito y de ahí parece que viene la expresión de «lavado de capitales»⁽¹²⁾. Las ganancias ilícitas del delito siempre se han escondido o disfrazado; lo que es más reciente es el entendimiento del blanqueo como un problema específico desvinculado de los delitos antecedentes.

El desbordamiento en la tipificación del blanqueo de capitales se confirma en España con la modificación del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; la reforma provoca un estiramiento de la tipicidad que entra en contradicción con principios fundamentales que deberían seguir rigiendo la materia —por ejemplo, el que se refiere a la necesidad de delito subyacente cometido por un tercero—, y acaba convirtiendo el delito en un instrumento para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas, incluyéndose no sólo las exorbitantes, sino también las más insignificantes.

El desbordamiento en la tipificación del blanqueo de capitales al que nos estamos refiriendo⁽¹³⁾ se pone de manifiesto en España con la modificación del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; la reforma provoca un estiramiento de la tipicidad que entra en contradicción con principios fundamentales que deberían seguir rigiendo la materia —por ejemplo, el que se refiere a la necesidad de delito subyacente cometido por un tercero—, y acaba convirtiendo el delito en un instrumento para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas, incluyéndose no sólo las exorbitantes, sino también las más insignificantes. Esto último aleja la figura del blanqueo del objetivo que originariamente se perseguía, a saber, hacer frente a los efectos nocivos del dinero criminal manejado por las organizaciones delictivas.

Con la referida reforma nos situamos ante un panorama totalmente nuevo que afecta a los siguientes extremos: se amplía el catálogo de conductas calificadas como blanqueo de capitales, recuperándose algunas que ya lo fueron en textos anteriores —posesión y uso de bienes de origen delictivo—; se consagra legislativamente la tesis de la punición del autoblanqueo; se relaja la vinculación al delito previo; crecen los supuestos de agravación con riesgo de vaciar de contenido el tipo básico; se asume por primera vez en el Código

como «ingeniería fiscal». Sobre este fenómeno ver GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., «Expansión y control de los *tax shelters* en Estados Unidos», en *Crónica tributaria*, 2007, núm. 122, pp. 89-119.

(12) Puede apuntarse otro origen de la expresión «lavado de dinero». Según GALÁN CASTELLANOS («Narcotráfico y blanqueo de capitales: un problema internacional», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, núm. 4, p. 215, nota 4), durante la prohibición del alcohol en Estados Unidos se transportaba el dinero obtenido por la venta ilegal en sacos que se colocaban en la quilla de los barcos fluviales; el dinero quedaba así manchado por el agua y el barro. En la orilla existían lugares clandestinos en los que se lavaba y secaba el dinero.

(13) A las modificaciones que se incluían en el Proyecto de 2009 me he referido en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Blanqueo de capitales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (directores), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 273-277. A las modificaciones de la LO 5/2010 me refiero en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 337-344.

el término «blanqueo de capitales»; finalmente, se da entrada a la responsabilidad de las personas jurídicas. Todo lo anterior recogido bajo una nueva rúbrica: ya no se trata de «conductas afines» a la receptación, sino de «blanqueo de capitales».

Las novedades legislativas en materia de blanqueo de capitales no acaban aquí; hay que referirse también a la nueva normativa contenida en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En relación a esta Ley conviene advertir desde ahora que la misma no puede comprometer, y menos sustituir, la necesaria interpretación del tipo penal conforme al principio de legalidad, por más que así se haya pretendido desde algunos sectores con una finalidad clara: considerar que la cuota tributaria no pagada a Hacienda es capaz de dar lugar a un delito fiscal y a un delito de blanqueo de capitales. Ante tanta modificación legal, vienen a la mente algunas preguntas: ¿Son necesarios estos mecanismos, fundamentalmente el represivo, para hacer frente al fenómeno del blanqueo de capitales? ¿La intensidad y extensión de la represión penal se justifica desde el entendimiento de cuál sea el bien jurídico protegido? ¿Debe el blanqueo operar en un escenario tan amplio como el que se construye tras la reforma de 2010? Desde ahora se puede adelantar una respuesta negativa.

La reforma introducida en materia de blanqueo de capitales en el Código Penal es de gran calado, aunque rechazable casi en su totalidad⁽¹⁴⁾ y carente de una explicación sobre su por qué; nada se dice en el Preámbulo sobre la modificación del blanqueo, lo que llama la atención poderosamente a la vista de que la reforma es profunda. La razón de este silencio podría ser el olvido, la inconsciencia sobre la importancia de lo que se propone o, más bien, la no meditada introducción de consideraciones ajenas al trabajo del Ministerio de Justicia (tampoco se hacía referencia alguna a las razones en el Anteproyecto de 2008 y en las diversas versiones del Proyecto).

Las modificaciones afectan a la redacción de los arts. 301.1 y 302 y a la rúbrica. Se amplían las conductas típicas introduciéndose la utilización y la posesión, volviéndose así a una situación anterior que mereció las críticas de la doctrina; se sustituye el término «delito» por «actividad delictiva» para referirse al ilícito del que provienen los bienes blanqueados, sin quedar clara la finalidad perseguida con esta modificación, por más que pueda intuirse; se tipifica el autoblanqueo, lo que nos coloca en los límites de lo que se puede y lo que no se puede punir; finalmente, se amplía el número de delitos precedentes que llevan a la pena agravada del blanqueo.

Todas estas modificaciones las decide el legislador español por sí mismo, sin que exista imposición alguna ni en el marco internacional (Convenciones de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 20 de diciembre de 1988 —art. 3— y contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Nueva York,

(14) En este sentido crítico se han pronunciado ya algunos autores, refiriéndose al Anteproyecto de Ley de 2008 y al Proyecto de Ley de 2009, así QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y del blanqueo y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 12-r2 (2010) (<<http://criminet.ugr.es/recp>>) y CASTRO MORENO, A., «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», en *La Ley*, núm. 7277, de 5 de noviembre de 2009. En sentido contrario, considera que todas las modificaciones son para bien DE ALFONSO LASO, D., «La modificación del delito de blanqueo de capitales», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010*, Cizur Menor, 2010, p. 252.

de 15 de noviembre de 2000 —art. 6—), ni el precedente de la Unión Europea (Directivas 1991/308/CEE, 2001/97/CEE y 2005/60/CE); así, se entendía en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2007 de modificación del CP que no proponía la reforma del art. 301. Por otro lado, la Disposición Final Sexta de la LO de modificación del CP de 2010, referida a la Incorporación de Derecho de la Unión Europea, avala lo anterior al no mencionar ninguno de los textos de la Unión Europea relativos a blanqueo de capitales como transpuestos al Derecho interno. En definitiva, ni las Convenciones de Naciones Unidas ni las Directivas de la Unión Europea son las culpables de nuestro actual texto penal.

Se analizan a continuación las novedades introducidas con la reforma de 2010.

En relación a la rúbrica, se sustituye la originaria de 1995 —«De la receptación y otras conductas afines»— por una más apropiada: «De la receptación y el blanqueo de capitales». Parece correcta esta modificación⁽¹⁵⁾ toda vez que el blanqueo de capitales tiene una naturaleza propia que lo separa de la receptación, por más que deban reconocerse similitudes entre ambos delitos. Sin embargo, también ha de señalarse que tras la reforma del art. 301.1 y la tipificación de la utilización y la posesión, se desbordan los límites de la figura de blanqueo para dar cabida a comportamientos que son más «afines a la receptación» que al blanqueo.

Con todo, el *nomen iuris* blanqueo de capitales supone la asunción de la denominación usual en nuestro entorno (Directivas 1991/308/CEE, 2001/97/CEE y 2005/60CE, Acción Común de 3 de diciembre de 1998 y Decisión Marco 2001/500); por el contrario, en otros lugares se habla de «lavado de activos» o de «reciclaje de dinero». Cualquiera de los tres términos indicados sirve para referirse al fenómeno delictivo. Sin embargo, creo que deben rechazarse otras desafortunadas expresiones como «legitimación de capitales» o «legalización de bienes», puesto que sean cuales sean las transformaciones o movimientos que se apliquen a los bienes ilícitos fruto del delito, nunca podrá alcanzarse su legitimación o su conformidad a Derecho: la ilicitud se puede esconder, encubrir o maquillar, pero no puede sanarse para convertir en legítimo lo ilícito.

Especial mención requiere una modificación que no aparecía en el Anteproyecto de 2008 y, por tanto, nada dijo el CGPJ al respecto en su Informe: se ha sustituido la antigua mención a «bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito», por la nueva a «bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva». El cambio consiste en hablar de «actividad delictiva» en lugar de hacerlo de «delito».

La modificación fue propuesta por el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008 por entenderse que «se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre el delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala segunda del TS (STS

(15) La introducción del término «blanqueo» ha sido elogiada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 477) frente a los que consideraron que se trataba de «puro argot» o de un neologismo, señalando este autor que en la 22.ª edición del diccionario de la RAE se admite la expresión «blanqueo de capitales», siendo su significado el siguiente: «Delito consistente en adquirir o comerciar con bienes, particularmente dinero, procedentes de la comisión de un delito grave». Cierto es que en el avance de la 23.ª edición este texto —artículo— aparece enmendado, eliminándose la expresión. Lo anterior, sin embargo, no obsta para defender que se trata de la terminología más adecuada para el Código Penal español.

115/2007, de 22 de enero 2007)». Como nada dice el Preámbulo de la Ley aprobada sobre el particular, no sabemos si se ha asumido, sin más, lo indicado en el Informe del Consejo Fiscal. Pero de ser así, no se termina de entender la necesidad de la modificación, toda vez que sin ella y bajo la vigencia de la redacción anterior, el TS no ha encontrado ningún obstáculo para castigar por blanqueo sin condena previa o coetánea por el delito subyacente, pudiéndose citar en este sentido las SSTs 1704/2001, de 29 de septiembre, 1426/2005, de 13 de diciembre, y 115/2007, de 22 de enero.

En esta última Sentencia, la 115/2007 —que el Informe del Consejo Fiscal trae en apoyatura de su propuesta—, se condena a un matrimonio por blanqueo de capitales provenientes del tráfico de drogas. Respecto del marido se señala como «delito» antecedente tres procedimientos penales que lo relacionaban con el tráfico de drogas en los que no hubo condena, aclarándose que dos condenas anteriores también por tráfico de drogas (una en España y otra en Alemania) no se vinculan a los hechos de blanqueo por los que se le condena, pues ello supondría una vulneración del *non bis in idem*. A esta cuestión volveremos después. En todo caso, y por lo que ahora interesa, la conclusión está en que no es necesaria una condena previa por tráfico de drogas —o por otro delito subyacente— para obtener una por blanqueo de capitales. Respecto de la mujer, que no había sido condenada ni investigada previamente por tráfico de drogas, su condena se fundamenta en que actuó de común acuerdo con su marido, conociendo el origen ilícito de los fondos que manejaba.

La tramitación parlamentaria de la reforma impide conocer de forma clara —aunque sí intuir— el alcance que se le quiere dar a esta modificación, es decir: si el legislador se la ha representado como una propuesta de gran calado —por ejemplo, incluir delitos y faltas como comportamiento antecedente del blanqueo—, si sólo es la transcripción de la expresión utilizada en las Directivas a la que no se liga consecuencia alguna, o, finalmente, si se ha asumido la indicación del Consejo Fiscal. Vemos estas tres hipótesis.

Primera hipótesis: delitos y faltas pueden ser el ilícito determinante o subyacente. El juicio crítico que merece esta posibilidad es muy negativo, pues tratándose de faltas se acabaría castigando con una pena leve al autor de la infracción principal y con pena de delito al que meramente usa o adquiere o transforma el bien. Esta hipótesis debe rechazarse de plano⁽¹⁶⁾. Por otro lado, si el legislador hubiese querido tipificar el «blanqueo de faltas» lo debería haber hecho expresamente y separadamente, como ocurre en el caso de la recepción (art. 299).

Segunda hipótesis: se ha adoptado la terminología de algunos textos europeos que hablan de «actividad delictiva» para referirse al delito determinante. Si de esto se trata, la confusión es considerable. En las Directivas la expresión «actividad delictiva» que designa al ilícito antecedente se limita, según los casos, a delitos concretos. Así, a los delitos de tráfico de drogas en la Directiva 1991/308/CEE [que se remite a los delitos del art. 3.1.a) de la Convención de Viena de 1988]. Por su parte, las Directivas 2001/97/CE y 2005/60/CE refieren la «actividad delictiva» a los delitos graves (que son tráfico de drogas,

(16) Ver ABEL SOUTO, M., «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N. (coordinadores), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 70-75, donde se enumeran las distintas razones para rechazar las faltas como actividad antecedente de un delito de blanqueo.

las actividades de organizaciones delictivas, los casos graves de fraude, los delitos recogidos en la DM 2002/474/JAI sobre terrorismo, la corrupción y los delitos castigados con pena grave de prisión de acuerdo con la normativa de cada Estado miembro).

Por otro lado, el objeto de estos textos es sólo definir las conductas de blanqueo —no los delitos de blanqueo— a los efectos de establecer un sistema preventivo y no para determinar la tipicidad de los delitos de blanqueo. Además, no existen en el CP estas limitaciones vistas en la normativa citada a concretos y graves delitos, porque nuestro texto ha pasado de tener por delito antecedente sólo al tráfico de drogas a ampliarse a delitos graves y a desbordar a cualquier delito.

Tercera hipótesis: parece que se ha asumido la propuesta del Consejo Fiscal y, con ello, la tesis jurisprudencial que considera innecesaria una condena previa por el delito determinante (SSTS 198/2003, de 10 de febrero, 928/2006, de 5 de octubre, 28/2010, de 28 de enero, 313/2010, de 8 de abril, además de las ya citadas). Conviene subrayar que en el origen de esta tesis estaba la idea de combatir eficazmente el tráfico de drogas —no cualquier delito que hoy puede ser el antecedente—. Así, en la STS 1704/2001, de 29 de septiembre, se decía que la no exigencia de condena previa era «rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado» (en el mismo sentido SSTS 575/2003, de 14 de abril, y 313/2010, de 8 de abril, que confirma la autonomía del delito de blanqueo respecto del previo que, en consecuencia, no tiene que ser juzgado y sancionado).

El sentido pleno de esta novedad legal se alcanza relacionándola con otra de las modificaciones, concretamente la relativa al castigo del autoblanqueo; se posibilita así castigar por blanqueo al sujeto que está en posesión o actúa sobre los bienes objeto de un delito previo que él ha cometido, cuando no se puede probar ese ilícito precedente pero sí el blanqueo, que, por otro lado, ahora se conforma con la sola posesión. Añádase a todo lo anterior que el blanqueo se prueba en la mayoría de los casos acudiendo a la inferencia y a la prueba de indicios.

Debe recordarse que la Jurisprudencia acude a la prueba indiciaria en materia de blanqueo ante la dificultad o imposibilidad de acreditar por prueba directa el origen de los bienes, la vinculación del sujeto activo con el delito precedente, así como el blanqueo mismo (SSTS 649/1996, de 7 de diciembre, 1293/2001, de 28 de julio, 2410/2001, de 7 de diciembre, 928/2006, de 5 de enero, 1372/2009, de 28 de diciembre y 28/2010, de 28 de enero). En definitiva, no hace falta condena por el delito previo, ni determinación de su autoría (STS de 23 de febrero de 2005), ni prueba directa de actos de blanqueo⁽¹⁷⁾.

(17) En relación a la prueba de la conducta de blanqueo, la Jurisprudencia ha subrayado su dificultad y la práctica imposibilidad de la prueba directa (SSTS 1637/1999, de 10 de enero y 31/2006, de 13 de enero). Así, existiendo incrementos no justificados de patrimonio, manejo de elevadas cantidades de dinero, ausencia de negocios lícitos, un historial delictivo vinculado al tráfico de drogas no acreditado en sentencia o respecto de actos no vinculables directamente con la operación de blanqueo y habiéndose, por ejemplo, adquirido una costosa embarcación semirrígida, puede llegarse a una condena por blanqueo de capitales (SSTS 1698/2002, de 17 de octubre, 33/2005, de 19 de enero y 137/2005, de 2 de febrero). Algunas de las Sentencias citadas se refieren como indicio de blanqueo a que el sujeto tiene antecedentes por tráfico de drogas, lo que hasta la entrada en vigor del CP 1995 era de capital relevancia, dada

Con todo, hay que señalar que una cosa es la prueba indiciaria para el delito previo o para los actos de blanqueo y otra elevar la sospecha a la categoría de indicio, aunque sean sospechas policiales, pues si las mismas no se confirman o se han negado en una resolución judicial, no sirven para acreditar la previa actividad delictiva. En este sentido puede citarse la STS 928/2006, de 5 de octubre, que rechaza como indicios de delito precedente las afirmaciones de la de instancia referidas a que Ceuta tiene una especial situación estratégica en el tráfico de hachís o a la inferioridad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en la persecución del tráfico de drogas. Se matiza que la relación con personas dedicadas al delito no es suficiente y que debe acreditarse la vinculación con el delito del que proceden los bienes y la vinculación entre los dos delitos: el subyacente y el de blanqueo han de estar en relación «causal». Por otro lado, se indica en esta Sentencia que «el delito del art. 301.1 CP no consiste en la omisión de justificar los incrementos del patrimonio, sino en acciones positivas de receptación, transformación, ocultamiento, etc. de dinero proveniente de un delito. Ello no significa que los incrementos patrimoniales no justificados sean impunes. La doctrina ha puesto de manifiesto la relación que existe entre el blanqueo de dinero y la persecución de incrementos patrimoniales no justificados por medio del delito fiscal. Ambos tipos penales tienen un campo que les es común».

Parece evidente que el blanqueo no puede consistir en omitir o no ser capaz de dar la justificación de los incrementos patrimoniales, pues tal cosa equivale a la inversión total de la carga de la prueba, o sea, al sueño dorado de algunos fiscales.

Un tanto crítica parece la última afirmación transcrita de la Sentencia al cifrar una zona común entre blanqueo y delito fiscal por incrementos no justificados: no se indica cuál sea esa zona común y no se dice qué tratamiento penal haya de darse a esa zona común; quizás se está refiriendo a ese «matrimonio de conveniencia» aludido al principio de estas páginas y del que hablaremos más adelante.

Por lo que se refiere a la prueba del blanqueo, la STS 256/2007, de 30 de marzo, recuerda que «aunque hay pruebas más elocuentes que otras, ninguna es auto evidente y en todos los casos se requiere un ejercicio de justificación por parte del juzgador», por lo que la afirmación de un entramado societario, sin más, y de una conexión con el universo de las drogas, no pasan de ser una sospecha. Por otro lado, se recuerda en la STS 145/2008, de 8 de abril, que hay actos jurídicamente neutrales por sí solos, como la constitución de sociedades o las cuentas corrientes con familiares, que no indican delito de blanqueo si no se explica cómo se han utilizado esas sociedades o esas cuentas. Lo mismo puede decirse respecto de negocios jurídicos simulados —salvo que sean constitutivos de delito del art. 251.3 CP— (STS 483/2007, de 4 de junio).

Especial mención merece la modificación consistente en incluir como conductas típicas de blanqueo la posesión y la utilización. Como ya se ha indicado, estos comportamientos se castigaban en el art. 344 bis.i) del CP 1973 tras la LO 8/1992. Esta opción fue muy criticada por la doctrina y rechazada por el CP 1995. Volver a la punición es un retroceso, máxime si se tiene en cuenta que en aquel art. 344 bis.i) el blanqueo solo admitía como delito subyacente el de tráfico de drogas, mientras que el actual CP considera como previo

la limitación del delito subyacente a los de drogas. Ahora, pudiendo cualquier delito ser antecedente, el ámbito de la inferencia por razón del historial delictivo es mucho más amplio.

cualquier delito. El CGPJ se pronunció sobre la posibilidad de castigar estas conductas de posesión y utilización en su Informe al Anteproyecto de 2008 en términos duros, afirmando que tales conductas no son propiamente de blanqueo, no suponen disimular el origen delictivo y no conllevan cambio de titularidad, todo lo cual es cierto.

Aparte de las razones apuntadas por el CGPJ, pueden recordarse otras que indican la inconveniencia del castigo de la posesión y utilización como blanqueo:

- 1.^a) Su puesta en relación con el art. 301.3 —imprudencia grave— interpretado en su literalidad sin restricción a sujetos obligados⁽¹⁸⁾ (SSTS 1034/2005, de 14 de septiembre y 980/2008, de 26 de diciembre), lleva a castigar comportamientos que no deberían serlo en ningún caso; la doctrina ha señalado el absurdo de castigar al poseedor imprudente de un bien hurtado con pena superior que la del autor del hurto, por entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad, lo que apunta claramente a la inconstitucionalidad de esta posibilidad.
- 2.^a) La no limitación de delitos antecedentes, unida a la punición del uso o posesión por parte de un tercero que conoce el origen delictivo, puede llevar a castigar como blanqueo conductas que en ningún caso deben ser punibles; basta pensar en la mujer que utiliza el coche recibido por su marido como dádiva, o en la chica que consume una dosis de heroína robada por su compañero.
- 3.^a) La sola posesión o utilización de bienes que se saben de procedencia ilícita no supone «blanquearlos», o sea disimular o esconder su origen. Por otro lado, si la posesión o la utilización van encaminadas a la ocultación o encubrimiento, entonces sobran las nuevas menciones típicas a la vista de la cláusula general referida a «cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito».
- 4.^a) La posesión y utilización de bienes fruto del delito por parte de quien no ha participado en el delito, ni lo encubre u oculta —esto ya sería blanqueo— y conoce el origen de tales bienes, es una situación similar a la participación lucrativa de los efectos del delito —art. 122 CP⁽¹⁹⁾—, de la que sólo se separa porque en ésta se desconoce el origen delictivo. Esta receptación civil (SSTS 298/2003, de 14 de marzo y 136/2005, de 3 de febrero) tiene algo de enriquecimiento sin causa —pues sólo alcanza a la participación lucrativa, no a la onerosa— y no opera

(18) Un amplio sector de la doctrina considera que no cualquier sujeto puede realizar el tipo imprudente, que quedaría limitado a los que son sujetos obligados en la legislación administrativa. Sin embargo, se admite por algunos autores que no existe tal limitación en el tipo. La extensión del tipo imprudente a cualquiera que use un bien derivado de un delito ajeno —cualquier delito— es una aberración.

(19) Según el art. 122 CP, «El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación». La participación de la que aquí se habla no es una participación criminal ni un caso de delito de receptación, pues una y otra generan su propia responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. El adquirente al que se refiere el precepto debe ignorar la comisión del delito generador de los bienes. Dicho de otra manera, el sujeto al que se refiere el art. 122 no ha delinquirido y su obligación de restituir o resarcir se deriva de la proscripción del enriquecimiento injusto alcanzado por un título lucrativo. Según la STS 362/2003, de 14 de marzo, la regla contenida en el art. 122 es una aplicación en el proceso penal de la nulidad de los contratos con causa ilícita, admitiéndose la posibilidad de adquirentes de buena fe y a título oneroso cuya posición ha de ser respetada. Para la STS 253/2009, de 11 de marzo, tratándose de sumas de dinero cabe exigir el pago de intereses.

castigando penalmente al que la protagoniza, ni declarándole responsable civil, sino obligándole a la restitución o resarcimiento. Creo que con esta medida, más el castigo de cualquier utilización o posesión encaminadas a la ocultación o encubrimiento, más la receptación, más el encubrimiento, más el comiso, el CP da respuesta sobrada al hecho de que alguien se beneficie del fruto del delito ajeno.

- 5.^a) Hay que tener en cuenta que la pena del tipo básico de blanqueo de capitales es de 6 meses a 6 años de prisión y multa del tanto al triple, y que son muchos los delitos previos que se castigan con penas inferiores. Al no existir una cláusula de restricción de la pena en el art. 301.1, similar a la que existe para el encubrimiento y la receptación, se podrá llegar al absurdo de castigar con más pena al poseedor (blanqueador) que al autor del delito principal.
- 6.^a) Finalmente, la previsión conjunta del autoblanqueo y de la posesión o utilización de los bienes que provienen del delito, en este caso cometido por el propio poseedor, nos colocan ante una situación absurda: todo el que obtenga bienes de su delito es, automáticamente y sin posibilidad de evitarlo, autor de blanqueo.

De todas las modificaciones que se están analizando, una de las que más sorpresa provoca es la referida a la punición del autoblanqueo. La conducta de autoblanqueo supone el castigo de cualquiera de los comportamientos descritos en el art. 301.1 realizados por el sujeto que ha cometido el delito previo. Se trata de una conducta ajena a la estructura típica de los delitos de blanqueo y receptación que se deben referir a un delito antecedente cometido por otra persona. Si hablamos de la receptación, se exige que su autor «no haya intervenido ni como autor ni como cómplice» en el delito previo (art. 298 CP). Tratándose de blanqueo, la regulación anterior a la reforma de 2010 parecía indicar que el delito antecedente lo había cometido un tercero, lo que era conforme con la estructura típica tradicional de los delitos de receptación y afines. No lo entendía así la STS 1293/2001, de 28 de julio, que afirmaba lo siguiente:

«tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen lícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...”. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal».

Considero que no es ésta la única interpretación posible del referido inciso, ni tan siquiera la mejor. Téngase en cuenta que tal inciso ha permanecido invariado tras la reforma; antes y ahora se dice «cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...». Se trata de una cláusula abierta de blanqueo en la

que la conducta queda indefinida, al no existir un «verbo específico nuclear»⁽²⁰⁾. Por otro lado debe recordarse que el papel de esta cláusula ha sido discutido en la doctrina: para algunos la realización de «cualquier otro acto» integra la conducta de blanqueo, siendo la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión meros casos o ejemplos; para otros estamos ante dos tipos de conductas distintas, unas que no requieren finalidad alguna (la adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión), mientras que «cualquier otro acto» precisa de las finalidades de ocultar el origen o de ayudar a la persona⁽²¹⁾. La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta cláusula, calificada de «agujero negro capaz de devorar cualquier conducta que se le aproxime»⁽²²⁾. La interpretación que debe darse a esa cláusula y la disyuntiva que encierra no es la que apunta la Sentencia, o sea indicar delito previo cometido por el mismo blanqueador o por un tercero; se trata de que ese «cualquier otro acto» debe ir dirigido a ocultar el origen de los bienes o a ayudar a quien ha participado en la infracción previa a eludir sus consecuencias legales. En definitiva, la disyuntiva nos habla de dos finalidades —ocultar el origen ilícito o ayudar a la persona— y no de dos sujetos. Con todo, hay que afirmar que la Sentencia que nos ocupa condenó a un sujeto por tráfico de drogas y por blanqueo, pero ese blanqueo no iba referido a la concreta operación de drogas por la que se le juzgaba y se le condenó, sino a una actividad delictiva continuada y previa en la que no actuaba solo, sino para una organización turca que traficaba con heroína.

La redacción hoy vigente del art. 301 habla de «actividad delictiva cometida por él (el autor del blanqueo) o por cualquiera tercera persona». No cabe duda alguna: el autoblanqueo es punible tras la entrada en vigor de la LO 5/2010.

La inclusión del autoblanqueo en el CP me parece criticable por diversas razones, concretamente las siguientes:

- 1.^a) Tratándose de autoblanqueo, es lógico pensar que el autor de la infracción precedente entrará en posesión de los bienes frutos que de la misma provienen, y el doble castigo entra en contradicción con el *non bis in idem* (así se ha señalado en los Informes del CGPJ y del Consejo General de la Abogacía). El autoblanqueo supone castigar al autor de un delito dos veces: una por consumarlo y otra por agotarlo (o ni eso cuando se trata de posesión), pues el agotamiento dejará de ser un acto copenado para integrar el tipo de blanqueo; en definitiva, todo el que consume un delito que genere bienes comete automáticamente un delito de blanqueo de capitales al entrar en contacto con tales bienes, o sea, al poseerlos. En estos casos, el blanqueo será un delito «obligado» e imposible de eludir.
- 2.^a) El elemento subjetivo propio del blanqueo de conocer que los bienes tienen origen delictivo carece de sentido en el caso del autoblanqueo; es obvio que el que ha cometido la estafa o el robo previos sabe que los bienes fruto de esos delitos que ha protagonizado como autor tienen origen delictivo, por eso la concurrencia del

(20) ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 343.

(21) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 488-493.

(22) FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 379.

elemento subjetivo en este caso no tiene el papel de delimitación que posee en los casos de blanqueo «por encargo». En definitiva, en el caso del autoblanqueo el elemento subjetivo no tiene ningún papel que cumplir en la tipicidad y deja de limitarla.

Algunas resoluciones del TS —dividido en esta materia, como en tantas otras—, ajenas a estas consideraciones, han afirmado con la legislación anterior la punición del autoblanqueo a pesar de que la redacción anterior no daba pie a ello. Así se deduce de las SSTS 1293/2001, de 28 de julio (ya analizada, en la que en realidad no se trataba de un caso de autoblanqueo sino de blanqueo para una organización criminal) y 449/2006, de 17 de abril. Tanto en una como en otra se admite la posibilidad teórica del autoblanqueo, pero en ambas las condenas por delito de blanqueo se refieren a actos de tráfico de drogas distintos del enjuiciado y por el que se condena. Es decir, en estas resoluciones no hay un concurso real entre un delito de tráfico de drogas y el subsiguiente autoblanqueo de las ganancias de ese mismo delito. Esta posibilidad se alcanza por el TS en otras resoluciones que se indicarán más adelante.

En contra de la punición del autoblanqueo en la regulación anterior, la STS 986/2006, de 19 de junio, consideró que sólo puede ser autor o partícipe de blanqueo el sujeto que es ajeno a la acción ilegal de la que provienen los bienes. En el mismo sentido, la ya citada STS 115/2007, de 22 de enero, dice que «para que alguien pueda ser reputado autor o partícipe del delito previsto en el art. 301.1 CP [o 546 bis.f)] en relación con ciertos bienes, es necesario que, siendo ajeno a la acción de precedencia calificada de ilegal, opere con aquellos de alguna de las maneras descritas en el art. 301 —sentencias de 10.2.2003 y 30.9.2005—, pues otra cosa implicaría la vulneración del principio “non bis in idem”, que ha de entenderse comprendido en el art. 25.1 CE cual íntimamente ligado al de legalidad penal».

Una vez más el TS nos venía ofertando, en contra de la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, dos tesis contradictorias y convivientes en el tiempo sobre una misma cuestión. La reforma ahora incorporada al CP da cobertura legal a la tesis de la punición del autoblanqueo.

La tipicidad del autoblanqueo tiene consecuencias importantes en lo que se refiere a la compatibilidad de la responsabilidad por blanqueo y por el delito previo. La STS 1597/2005, de 21 de diciembre, afirmó lo siguiente:

«Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad».

Acogiendo esta tesis, el TS acordó en Pleno no Jurisdiccional del 18 de julio de 2006 lo siguiente:

«El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda, se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados».

Naturalmente, la posibilidad de concurso real tiene como presupuesto imprescindible la posibilidad de castigar el autoblanqueo. No se esclarece por completo la cuestión en este Acuerdo, pues se afirma que en algunos casos —luego no será en todos— cabrá el concurso real, pero sin especificarse unos y otros.

Que con la anterior redacción se concluyese la punición del autoblanqueo en concurso real con el delito previo sorprende por dos razones: primera, que el CP no autorizaba la punición del autoblanqueo y; segunda, que aun admitiéndose esa punición, lo que no resultaba obligado —ni lo es hoy— era el concurso real, que rechaza la absorción desde la idea de los actos copenados. En relación a la redacción hoy vigente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ considera con buen criterio que, a pesar de la consagración legal del autoblanqueo, sin embargo, tratándose de conductas de posesión del bien obtenido a través de la comisión de un delito previo, no debe aplicarse el concurso de delitos, dado que esa posesión sería un acto posterior copenado e impune conforme al art. 301⁽²³⁾.

Sin embargo, lo que más sorprende del Acuerdo del 18 de julio de 2006 no es lo anterior, o sea, la posibilidad del concurso real, sino la previsión de que en esta materia habrán de actuar Salas de cinco o más Magistrados; la única explicación está en querer evitar ciertas mayorías (2-1) que pudiesen revitalizar la tesis de la impunidad del autoblanqueo y, en consecuencia, la inviabilidad del concurso real (ver STS ya citada 986/2006 y posteriores al Acuerdo, SSTs 1260/2006, de 1 de diciembre y 115/2007, analizada).

Pero lo más llamativo, con diferencia, es que en el mismo Pleno se adoptase un segundo Acuerdo, de pretendido e imposible alcance general, con el siguiente contenido:

«Los Acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes».

¿Es casualidad que el TS quiera imponer el contenido de los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional precisamente a raíz de la cuestión del concurso real entre el autoblanqueo y el delito previo? No lo sé, pero vaya tal pretensión inspirada por la indicada cuestión o por una determinada forma de hacer del TS, lo cierto es que este segundo Acuerdo contraría la Constitución y la LOPJ, al desconocer la independencia judicial, al olvidar que la única sumisión de los jueces es a la Constitución y a la ley (art. 117 CE), y al atentar contra las garantías del proceso debido relativas al juez predeterminado por la Ley y a la necesidad de contradicción, debate y defensa (art. 24 CE). Además, este segundo Acuerdo del 18 de julio de 2006 parece ignorar la existencia del art. 264 LOPJ, que se refiere a estos Plenos como «reuniones» y establece que «en todo caso quedará a salvo la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan»⁽²⁴⁾.

(23) *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 494.

(24) A este segundo acuerdo del 18 de julio de 2006 me he referido en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «¿Son vinculantes los Acuerdos del pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 10-02 (2008), que puede consultarse en <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf>>.

Resulta claro que esas «reuniones» no pueden generar «normas» vinculantes que maniaten a los Jueces cuya independencia sólo está limitada por la Ley y la Constitución, ni alterar el sistema de fuentes⁽²⁵⁾.

Pero volviendo a la cuestión del concurso entre el autoblanqueo y el delito previo, la disparidad interna en el TS se ha reconocido expresamente en STS 309/2010, de 31 de marzo, que se refiere a la Jurisprudencia no uniforme anterior al Pleno de 2006, confesándose con ello que en esta materia y durante un tiempo se ha vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley y ha dominado la inseguridad jurídica.

Con posterioridad al acuerdo citado, la STS 1260/2006, de 1 de diciembre, justifica el concurso real porque «las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma

(25) Con posterioridad a este Acuerdo del 18 de julio de 2006, el TS se ha vuelto a pronunciar sobre los Plenos no Jurisdiccionales en la Sentencia 854/2010, de 29 de septiembre, caso «Alcalde de Fago». En la resolución se afirma lo siguiente: «En el caso de los Plenos no Jurisdiccionales, los miembros del Tribunal designados por el turno preestablecido, para resolver el caso concernido, ante las concretas circunstancias del mismo, abocan el tema al Pleno de la Sala para conocer la opinión de todos los Magistrados y posteriormente, resolver lo que proceda con conocimiento de aquella opinión, no jurídicamente vinculante, pero sí revelante, porque el enjuiciamiento queda residenciado exclusivamente a los miembros del Tribunal inicial». Como veremos, esa «no vinculación» que se predica con carácter general se olvida en la solución del caso concreto. El recurrente había sido juzgado y condenado por la Audiencia Provincial de Huesca y no por un Tribunal de Jurado, a pesar de que toda la causa se había tramitado por las reglas del Jurado y en la calificación provisional se había interesado el cambio de procedimiento, formándose Sumario con remisión a la Audiencia Provincial por entenderse que cuando la calificación incluía un delito que no era competencia del Jurado —en este caso, tenencia ilícita de armas—, el asesinato no tenía fuerza para atraer el enjuiciamiento hacia el Tribunal del Jurado. La cuestión que se planteaba en casación era la de si se podía aplicar retroactivamente al supuesto enjuiciado un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional posterior a la Sentencia de instancia, que llevaba fecha de 4 de diciembre de 2009. En ese Acuerdo posterior, de fecha 20 de enero de 2010 —completado el 23 de febrero—, se establecían reglas relativas a la competencia del Tribunal del Jurado que podrían conducir en el caso enjuiciado a la competencia del Jurado. La Sala de Casación decide llevar la cuestión de la retroactividad a un nuevo Pleno no Jurisdiccional, éste de fecha 20 de julio de 2010, en el que se acuerda lo siguiente: «Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad». De este Acuerdo se deducía claramente la irretroactividad del anterior relativo al Jurado. Sigue la Sentencia 854/2010 con un razonamiento que contraría claramente su anterior manifestación de «no vinculación», al decir que «El valor de éste, y en general, de todos los acuerdos adoptados en los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala, fue concretado, a su vez, en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de Julio 2006, según el cual: “Los acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes”. Realmente no podía ser de otra manera porque caso contrario resultaría ineficaz e inútil tales acuerdos». Debe señalarse que la Sentencia 854/2010 (a la que nos estamos refiriendo y cuyo asunto de fondo provocó el Acuerdo de 20 de julio de 2010) se acompañaba de un Voto Particular. El Voto está firmado por el mismo Magistrado que actuó como Ponente de la Sentencia; así aparece en la base de datos del CENDOJ, no quedando claro si se trata de una errata o de una situación contraria a la praxis que indica que cuando la tesis del Ponente no alcance la mayoría la ponencia se traslada a otro Magistrado, pudiendo el inicial Ponente redactar Voto Particular. El autor del Voto Particular discrepa de la opinión mayoritaria en lo referido a la irretroactividad del Acuerdo sobre reglas de competencia del Jurado por entenderse que se está ante la excepción recogida en el posterior Acuerdo de 20 de julio: la relativa a si operará la retroactividad respecto de actos procesales ya tramitados «que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad». Se considera en el Voto Particular que en el caso estudiado se afectaba al derecho al juez predeterminado por la ley que era el Tribunal del Jurado. Se señalaba además que elegir una u otra vía tiene consecuencias en materia de recursos, toda vez que optándose por el Jurado cabe segunda instancia y casación, mientras que en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial solo cabe casación.

Conclusión: el TS, a través de sus Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional, pretende limitar la independencia judicial a través de la pretendida e imposible vinculación a tales Acuerdos. Con todo, los Acuerdos no siempre resuelven las cuestiones y no garantizan la seguridad jurídica, ni tan siquiera cuando son «Acuerdos de encargo», que se reclaman para resolver un caso concreto, pues en su aplicación práctica resultan interpretables, dando lugar en ocasiones al disenso.

y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados». Fácilmente se comprueba que la «argumentación» de la Sentencia es circular: hay concurso real porque se dan los requisitos del concurso real. También se admite el concurso real en la STS 796/2010, de 17 de septiembre⁽²⁶⁾.

Al tipificarse ahora, tras la reforma de 2010, expresamente el autoblanqueo, el riesgo de negar la posibilidad de castigo —y con ello de concurso real con el delito subyacente— parece conjurado.

La inviabilidad del castigo del autoblanqueo y del concurso real en caso de coincidencia de autor en el delito antecedente y en el blanqueo subsiguiente solo podrá alcanzarse desde una recta aplicación del *non bis in idem*.

Para acabar el repaso de las modificaciones sufridas por el delito de blanqueo, hay que referirse a la ampliación de los supuestos agravados. Se trata de una operación de última hora, dado que no estaba en el texto que entra en las Cortes y aparece en el texto que la Comisión de Justicia eleva al Presidente del Congreso (BOCG de 28 de abril de 2010). La agravación, que supone aplicar la pena del tipo básico en su mitad superior, procede en razón de cuál sea el delito precedente que genera los bienes luego blanqueados.

Se mantiene la agravación para los delitos de tráfico de drogas y de precursores de los arts. 368 a 372, así como la aplicación en este caso de las penas contempladas en el art. 374 (que proyecta su ámbito de aplicación expresamente a los delitos del art. 301.1).

La novedad está en que se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior para otros delitos subyacentes, a saber, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, corrupción en transacciones comerciales internacionales (Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX, con importantes modificaciones respecto de la regulación anterior) o en alguno de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo (Capítulo I del Título XVI, también modificado). Fácilmente se comprende que el ámbito de aplicación del tipo básico se reduce considerablemente a favor de la agravación, dado que, con excepción del tráfico de drogas y de precursores ya agravados en la redacción anterior, son precisamente las conductas ahora añadidas al subtipo agravado las que de ordinario generarán bienes ilícitos que blanquear. Con todo, no puede olvidarse que ahora el tipo básico crece considerablemente al castigarse el autoblanqueo y la posesión

(26) En esta Sentencia se niega valor como antecedente general a la STS 637/2010, de 28 de junio, que rechazaba el concurso real, alegándose que ese rechazo se circunscribía al caso concreto y no era de aplicación general. Sin embargo, la STS 637/2010 sí contiene una lectura general y no solo aplicable al caso concreto; lo que ocurre es que la tesis que mantiene es la opuesta a la de la resolución que le niega valor general. Esa tesis es la siguiente: «En la situación actual (era aplicable el art. 301 antes de la reforma de 2010)... el artículo 301 del código Penal... no deja dudas sobre la desconexión del blanqueo con los autores materiales del delito del que proceden las ganancias ilícitas. Es más, el legislador, para despejar cualquier duda acentúa la desconexión del autor con el delito precedente, en los apartados 4 y 5 al referirse a la existencia del delito, aun cuando los actos hubieran sido cometidos en el extranjero y refuerza la autonomía al aislar al culpable haciéndole tributario del decomiso como autor de un hecho punible independiente, cuando, a consecuencia de esta actividad de intermediación, hubiere obtenido ganancias». Por más que la STS 796/2010 (citada en el texto) diga que la 637/2010 (aquí transcrita en parte) no es de aplicación general, se equivoca pues lo afirmado —la necesaria desconexión entre el autor del blanqueo y el delito previo— integra una de las dos tesis contrarias que se sostenían en el TS con anterioridad a la reforma de 2010 y no una simple solución al caso concreto.

o utilización (o sea, lo que en puridad no debería ser blanqueo). La selección de nuevos delitos subyacentes que generan la agravación parece indicar un mayor rigor en el castigo del blanqueo de bienes provenientes de actividades de corrupción en la vida pública. Estos supuestos ahora agravados ya eran delictivos en la redacción anterior conforme al tipo básico, por lo que llama la atención que la grandísima mayoría de condenas por blanqueo de capitales haya sido hasta ahora por conductas relacionadas con el tráfico de drogas y no por conductas de corrupción.

II. LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

La estrategia en materia de prevención del blanqueo de capitales se impone desde la Unión Europea a los Estados miembros a través de las Directivas 1991/308/CEE, 2001/97/CEE y 2005/60/CE desarrollada por la Directiva 2006/70/CE. A esa estrategia respondían las Leyes 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, y responde ahora la Ley 10/2010, que viene a trasponer la Directiva 2005/60/CE —desarrollada por la Directiva 2006/70/CE—. La 2005/60 es conocida como la «Tercera Directiva»; en ella se asumen las recomendaciones del GAFI, revisadas en 2003, y se presenta como una norma de mínimos que requiere ser traspuesta y desarrollada por los Estados miembros.

El plazo señalado para la trasposición era el 15 de diciembre de 2007, lo que supone que España se ha retrasado considerablemente en esta operación, de ahí las condenas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a nuestro país en las Sentencias de 24 de septiembre y 1 de octubre de 2009 (asuntos C-504/2008 y C-502/2008, respectivamente).

Con la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril, se pretende dar tratamiento conjunto a la prevención del blanqueo de capitales y a la prevención de la financiación del terrorismo, materias que hasta ahora se contemplaban en las dos leyes distintas anteriores. Se mantiene en vigor, con modificaciones, la Ley 12/2003, en lo que se refiere al bloqueo de la financiación del terrorismo, y se deroga la Ley 19/1993. La Ley de 2010 tiene 62 artículos —mientras que la derogada sólo tenía 16— y acoge algunas materias antes reguladas en Decreto u Orden Ministerial.

El régimen establecido en la nueva Ley es más estricto que el precedente en lo que se refiere a sujetos obligados: el art. 2 requiere de casi todas las letras del alfabeto —desde la «a» hasta la «y»— para enumerar a esos sujetos, a lo que se añade unas cláusulas generales que amplían el ámbito de los sujetos obligados. Tratándose de las conductas que se exigen, en ocasiones pueden resultar excesivamente costosas para los sujetos obligados (así lo puso de manifiesto el Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de 19 de noviembre de 2009).

Mención especial merecen los Abogados, que quedan exentos de determinadas obligaciones de comunicar los indicios o certezas de blanqueo o prevención del terrorismo o de colaborar con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuando actúan en la determinación de la posición jurídica a favor de su cliente

o defendiéndole, lo que incluye el asesorarle sobre la forma de evitar el proceso [arts. 2.º, 7.3, 18, 21 y 22]⁽²⁷⁾. Además se mantiene la obligación de los abogados de guardar secreto profesional de forma compatible con las obligaciones previstas en esta Ley. En la Directiva 2005/60 se establece que el secreto cede cuando el abogado está implicado en el blanqueo o en la financiación del terrorismo o cuando conoce que el asesoramiento que se le reclama va encaminado a tales actividades.

Destaca la inclusión del autoblanqueo en el concepto de blanqueo de capitales, sobre todo porque no aparece en la Directiva 2005/60. La enumeración de conductas que pueden integrar el blanqueo —conductas de blanqueo y no delitos de blanqueo— alcanza a la utilización y a la posesión (art. 1), lo que, como se ha indicado, se ha llevado también al Código Penal al recuperarse lo peor de una legislación ya derogada.

Por otro lado, se contempla, entre los bienes procedentes de una actividad delictiva, «la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública» (art. 1), lo que choca con la opinión doctrinal sólida, que aquí se comparte, de que la cuota defraudada no puede dar lugar a un delito de blanqueo, dado que esa cuota no procede de un delito; la procedencia puede ser totalmente lícita —rendimientos del trabajo— y no requiere ser blanqueada para eludir su tributación, ni genera blanqueo una vez defraudada. En la hipótesis de que se tratase de dinero de origen ilícito —el cobro de un rescate—, entonces, en opinión de un sector de la doctrina, el mismo no está sujeto a tributación, luego puede ser blanqueado, pero no ha de tributarse por él. Blanqueo y delito fiscal, en relación a la cuota tributaria defraudada, son incompatibles, como veremos después. Además hay que recordar que la Directiva 2005/60 no incluye la mención a la cuota defraudada⁽²⁸⁾.

De algunas de las cuestiones aquí apuntadas nos ocuparemos más adelante.

Se separa la Ley de 2010 de su antecesora en lo que se refiere a los delitos que pueden ser subyacentes para el blanqueo: antes eran los castigados con pena superior a 3 años; ahora no hay limitación alguna; lo mismo ocurre en el CP.

A la vista de todo lo dicho hasta ahora sobre la nueva legislación española administrativa y penal —preventiva y represiva—, puede afirmarse que lo más criticable, en conjunto, es que el Legislador español haya decidido ir más allá de lo que se le exigía desde instancias internacionales o comunitarias, introduciendo en nuestro Derecho regulaciones ampliamente rechazadas por la doctrina —y, se insiste, no obligadas—, que nos alejan en exceso de la originaria concepción del delito de blanqueo de capitales y del interés que con

(27) Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 26 de junio de 2007, a propósito de la Directiva 91/308/CEE, referida a las obligaciones que pueden imponerse a los abogados.

(28) En efecto, el art. 1 de la Ley dice: «A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública». El inciso subrayado no es transposición del art. 3.3 de la Directiva 2005/60/CE que dice literalmente: «A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: ... “bienes”: todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos». Ninguna mención a la cuota tributaria.

él se quería proteger, para llegar al castigo de comportamientos que nada tienen que ver con el blanqueo.

Por otro lado, no se justifica el mimetismo entre la nueva normativa penal y la nueva normativa administrativa al definir el blanqueo. No parece entenderlo así el Consejo Fiscal en su Informe, de 28 de septiembre de 2009, al que fue Anteproyecto de la Ley de prevención del blanqueo, en el que se habla de «la incidencia del contenido del Anteproyecto en la configuración de los tipos penales previstos en el art. 301 y siguientes del texto punitivo». Esta afirmación nos puede dar alguna pista sobre la configuración que se ha dado —siguiendo los deseos de la Fiscalía General— al delito de blanqueo en el Código Penal tras la reforma de 2010.

En el Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, de 29 de septiembre de 2009, parecen confundirse los dos planos, preventivo —interviniéndose en ciertas actividades, mediante una regulación administrativa— y represor —castigándose conductas de blanqueo con el instrumento penal—: se habla de la similitud entre las dos definiciones de blanqueo, lo que se enmarca en «el principio de unidad del ordenamiento jurídico». Entiendo que tal unidad a lo que nos lleva es a no dar distintas respuestas sobre la antijuridicidad de un comportamiento desde la normativa penal y la no penal, pero en absoluto exige el mimetismo aquí denunciado entre los comportamientos que se quieren prevenir y los que se deben castigar con una pena.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y EL DELITO FISCAL

Si hablamos de la compatibilidad entre el blanqueo y el delito fiscal son dos las situaciones que deben analizarse: 1.^a) la tributación de las rentas delictivas, blanqueadas o no, y la posibilidad de delito fiscal en relación a las mismas; y 2.^a) la compatibilidad entre el delito fiscal y el delito de blanqueo por la cuota tributaria relevante para ese delito fiscal.

A) **Tributación de rentas delictivas**

En esta primera situación hay dos o tres delitos en discusión. Serían tres, si nos planteamos un delito antecedente que genera bienes (tráfico de drogas, secuestro, extorsión), un delito de blanqueo referido a los bienes ilícitos que provienen del delito base y, finalmente, un delito fiscal por eludirse la tributación del dinero ya blanqueado.

La misma secuencia puede examinarse sin el delito de blanqueo, es decir, limitándonos a analizar un delito que genera bienes ilícitos y un delito fiscal por la elusión de la tributación de esos bienes. Con todo, hoy esta hipótesis parece difícil toda vez que, siendo punible el autoblanqueo y existiendo blanqueo por el solo hecho de entrar en posesión de los bienes ilícitos, parece inevitable —y absurdo— que la comisión de cualquier delito que genere bienes lleve aparejada automáticamente la comisión de blanqueo.

Aun prescindiendo de la última consideración, en uno y otro caso —2 o 3 delitos—, lo primero que debe resolverse es si las rentas del delito tributan a Hacienda, porque sólo si damos respuesta afirmativa podremos plantearnos la posibilidad de un delito fiscal. Es

decir, debemos responder a las siguientes preguntas: ¿Debe tributarse por el rescate de un secuestro o por el precio de un asesinato? ¿Cuando ETA cobra el impuesto revolucionario, debe declararlo a Hacienda? ¿El funcionario que cobra por conceder licencias urbanísticas irregulares, tiene que contárselo a Hacienda? ¿Los narcos han de tributar por el precio del cargamento que han pasado?

Creo que la respuesta debería ser negativa, entre otras razones porque de lo contrario se podría comprometer el derecho a no declararse culpable. Con todo, y aun acogándose la idea de que tal derecho no alcanza a actos que no son propios del procedimiento penal como sería la obligación de declarar a Hacienda, existen otros inconvenientes para admitir el castigo por delito fiscal en relación a beneficios delictivos. Si afirmamos que en esos casos hay obligación de declarar y, con ello, que es posible cometer delito fiscal, entonces estamos admitiendo un doble castigo, lo que supone vulnerar el *non bis in idem*. Pero la respuesta ha de ser la misma en los casos en los que no se logre probar el primer delito, es decir cuando no haya problema de *bis in idem*. Lo anterior supone rechazar la «doctrina Capone» ya referida, por entenderse aquí que las rentas del delito no deben tributar y menos dar lugar a delito fiscal.

La solución a la que ha llegado el TS parece dar por seguro, sin cuestionarlo —y, por tanto, sin construir una auténtica doctrina al respecto—, que existe obligación de tributar por las rentas delictivas, pero de ello no se deriva, sin más y en todo caso, la posibilidad de condenar por delito fiscal; en este punto se alcanzan respuestas más matizadas.

La STS 769/2008, de 30 de octubre, considera que no se puede castigar por delito fiscal si ya se ha condenado por el delito previo, si se han decomisado los bienes ilícitos o se ha condenado a su devolución en el ámbito de la responsabilidad civil. En el caso examinado se había castigado por blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas y se había acordado el comiso. La lógica de esta respuesta parece evidente: si ya se ha actuado sobre los bienes ilícitos con una condena y con la devolución o con el comiso, no puede volverse a actuar vía delito fiscal. Por el contrario, parece que debe entenderse que cabe la condena por delito fiscal si no se condenó por el delito previo, por ejemplo por prescripción o por falta de pruebas, si no hay comiso⁽²⁹⁾, o si no hay condena a la devolución. En la Sentencia se afirmaba que «la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél». Con esta solución se salva la tacha de vulneración del *non bis in idem*, pero no se explica por qué los dineros delictivos tengan que tributar. La tesis sostenida en esta Sentencia tiene entre sus antecedentes a la STS 649/1996, de 7 de diciembre —«Caso Nécora»—, en la que se condenó por delito fiscal de ganancias delictivas a la vista de que no se podía hacer por el previo blanqueo de capitales. También aquí se respeta el principio *non bis in idem*, pero se sigue dando por bueno que las ganancias delictivas tributan.

Distinto fue el supuesto por el que se condenó en la STS 1493/1999, de 21 de diciembre —«Caso Roldán»—, al admitirse un concurso de delitos entre algunos previos generadores de bienes y el posterior delito fiscal, pero el Tribunal subraya que la condena por

(29) En este punto conviene recordar que el comiso puede decretarse en los casos en los que no se impone pena por existir una exención de la responsabilidad penal o por extinción de esta si puede acreditarse la situación patrimonial ilícita (art. 127.4 CP).

delito fiscal no se asienta sólo en la cuota tributaria dejada de ingresar, sino además en las devoluciones indebidas que se obtuvieron tras hacer declaraciones negativas; esta última consideración debilita en gran medida la posibilidad de concurso entre el delito previo y el fiscal subsiguiente por no haberse declarado las ganancias criminales de aquél. Naturalmente, tratándose de devoluciones indebidas no existe objeción alguna a la condena por delito fiscal, pero éste queda totalmente desvinculado del ilícito precedente. La Sentencia se fundamenta en los siguientes argumentos:

«1.º Que el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete; 2.º No existe ningún precepto, ni en el ámbito tributario ni fuera de él, que excluya la tributación de una renta realmente percibida por el sujeto pasivo, sobre la base de que la actividad económica que generó los fondos percibidos tenga carácter legal o ilegal; 3.º La tributación recae sobre el beneficio, no sobre la operación en sí, por lo que lo obtenido será renta gravable con independencia de las consecuencias que en otros órdenes jurídicos, penal o administrativo común, tenga la actividad que lo genera; 4.º El beneficio deviene propiedad de quien lo obtiene, que financia su forma de vida precisamente con esa renta, por lo que su no tributación supondría una discriminación en favor de quien genera los fondos de que dispone de manera ilegal, vulnerando los principios constitucionales de justicia, igualdad y capacidad de pago que para el sistema tributario consagra el art. 31 CE, y 5.º El hecho de que L. R., como consecuencia de la ilegalidad de su conducta, se vea privado más tarde de los fondos, no excluye el hecho imponible, que se origina con la obtención de la renta».

Estos argumentos de la Sentencia merecen algunas consideraciones que hacemos siguiendo el orden y numeración de la resolución:

- 1.º) Excluir de la obligación de declarar y tributar a los bienes delictivos no rompe el principio de igualdad cuando sobre tales bienes se actúa decomisándolos, exigiéndose responsabilidad civil y castigando penalmente al responsable de las infracciones originarias.
- 2.º) La inexistencia de norma que impida la tributación de las rentas delictivas no supone que debamos inventarnos una norma que obligue a la tributación de tales frutos del delito. La cuestión ha de resolverse interpretando la legalidad existente, ya se llegue a una conclusión o a la contraria, pues una y otra son sostenidas en la doctrina.
- 3.º) Naturalmente que la tributación que se pretende es sobre el beneficio y no sobre el acto delictivo, pero en contra de lo afirmado por la Sentencia, no es indiferente que se castigue o no por el delito previo generador de los bienes ilícitos; no lo es porque el doble castigo infringe el *non bis in idem*. Por otro lado, no parece de recibo en Derecho la afirmación, sin más, de la indiferencia respecto a la calificación que el acto generador del beneficio tenga en el ámbito administrativo o penal.
- 4.º) Inadmisible es el argumento de que el beneficio del delito «deviene propiedad» del delincuente. El delito no es un modo de adquirir el dominio y no caben más vías que las contempladas en el art. 609 del Código Civil que, naturalmente, no otorga el efecto de adquirir la propiedad a los autores de la comisión de delitos. La afirmación que hace la Sentencia es un error de bulto: el que roba un coche no se convierte en propietario del coche; el propietario sigue siendo la víctima, aunque

se le haya despojado del uso del coche de manera antijurídica; el que ha robado el coche se comporta antijurídicamente «como si» fuese propietario del coche, pero no lo es y su posición no se puede ver amparada por el Derecho⁽³⁰⁾. Sobre este particular cabe observar una cierta confusión entre los partidarios de la tributación de los beneficios criminales: se parte de que el incremento de bienes es un dato económico, que se traduce en una mayor capacidad contributiva que genera o incrementa la obligación de tributar. Siendo lo anterior cierto, lo que no puede concluirse es que el delincuente incorpora los bienes generados por el delito a su patrimonio, lo que supone que los adquiere. No es así —ya se ha indicado— y ello porque la adquisición del dominio no es un dato económico, sino una institución jurídica regulada en el Código Civil⁽³¹⁾.

5.º) Sigue sin resolverse el problema de la doble sanción, lo que se agrava al admitirse la misma aunque el sujeto haya sido privado de los bienes que obtuvo mediante el delito.

Es posible que las soluciones que alcanzó el TS en el «caso Roldán» fuesen *ad casum* y sin vocación de generalizarse. A esta conclusión puede llegarse si recordamos el «afán» de castigar ejemplarmente a este sujeto —probablemente excesivo y encubridor de otros actos más graves que permanecían impunes— que en aquellos momentos se respiraba, y si analizamos la posterior Jurisprudencia. Basta pensar que poco después, en el «caso Urralburu», la STS 20/2001, de 28 de marzo, rechazó el concurso de delitos entre el previo de enriquecimiento ilegal y el posterior contra la Hacienda Pública, afirmando que se trataba de un concurso de normas que impedía la condena por delito fiscal al existir condena y comiso en relación al delito antecedente que absorbía todo el desvalor de la conducta. Con mayor acierto se ha sostenido que en este caso la imposibilidad de condenar por delito fiscal se derivaba, no del mecanismo del concurso de normas, sino de la inexistencia de hecho imponible por el hecho de haber condena por el delito anterior⁽³²⁾.

Finalmente, podemos referirnos a la STS 1113/2005, de 15 de septiembre, que considera que las ganancias que derivan directamente del delito no pueden servir de base para condenar también por delito fiscal, lo que sólo es posible si ha habido transformaciones de esas ganancias en otros activos. Citando anteriores resoluciones se concluye lo siguiente:

«para la aplicación del concurso de normas (art. 8 Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera

(30) El mismo error cometían algunas Sentencias al referirse al delito de apropiación indebida que entendían que «apropiar» quería decir «hacer propia de alguno» (a esta cuestión me he referido en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 183-186.

(31) Las anteriores consideraciones no son ajenas al concepto de patrimonio que se maneja en Derecho Penal. Como es sabido, se pueden contraponer dos conceptos de patrimonio, el económico y el jurídico. El primero se refiere al conjunto de relaciones que reportan beneficio económico al sujeto, sea cual sea su calificación jurídica y con independencia de su origen lícito o ilícito. Por el contrario, para la concepción jurídica el patrimonio se compone de un conjunto de derechos que se disfrutan conforme a la ley. Hay una tercera concepción mixta que nos indica un concepto económico-jurídico: patrimonio es el conjunto de bienes y derechos amparados por la ley y con valor económico. Este tercer concepto mixto es el relevante en nuestro Derecho Penal.

(32) FALCÓN TELLA, R., prólogo a HERRERA MOLINA, P., *Fiscalidad de los actos ilícitos (la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 17.

consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos: a) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (sentencia 1493/1999 de 21 de diciembre, caso R.). 2.º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (sentencia de 7 de diciembre de 1996 núm. 649/1996, caso “Nécora”, fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque “por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación”). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. 3.º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil».

¿Qué ocurre en casos como los analizados, si además puede afirmarse que el dinero de origen delictivo se ha blanqueado mediante operaciones tendentes a encubrir su origen? En realidad nada distinto, salvo que pueda haber terceros responsables del blanqueo. Creo que el blanqueo «intermedio», que además podrá serlo por la mera autoposesión, no es un argumento para afirmar la obligación de tributar y, por tanto, la posibilidad de delito fiscal. La intermediación de un acto de blanqueo entre el delito generador de la renta ilícita y la final elusión de la declaración no modifica la naturaleza del bien ilícito, que lo seguirá siendo por más que se haya maquillado su procedencia. Además, aunque esas rentas se declaren, no por ello desaparecerá la responsabilidad por el blanqueo intermedio.

De lo hasta aquí visto puede concluirse que no parece fácil entender que un mismo bien sea, a la vez, un elemento típico de un delito —el precio en el asesinato o la dádiva en el cohecho—, un efecto ilegal del delito que puede decomisarse, el objeto material de una conducta de blanqueo de capitales y la base imponible sobre la que calcular la cuota tributaria del impuesto para llegar a un delito fiscal.

Por otro lado, conviene subrayar que en las Sentencias referidas dos son las cuestiones relevantes: 1.ª) la obligación de tributar por rentas criminales, y 2.ª) deducir de esa obligación, en el caso de que se quiera admitir, la posibilidad de condenar por delito fiscal. Para situar lo relevante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- 1.º) aunque se afirme que los beneficios criminales tributan, puede después negarse el delito fiscal, si se condena por el delito origen de los bienes, se decomisan las ganancias o se condena vía responsabilidad civil; aquí el argumento es el *bis in idem*;
- 2.º) no habiendo condena por el delito antecedente, ni comiso, ni responsabilidad civil, puede negarse el delito fiscal por rechazarse la «doctrina Capone»; aquí el argumento es que las ganancias delictivas no tributan.

Cierto es que la cuestión de la tributación de las rentas delictivas es compleja y existe una división absoluta en la materia. Aquí nos hemos decantado por no admitir esa tributación, a pesar de que la tesis contraria tiene a su favor algún argumento atractivo, aunque desde el punto de vista jurídico no sea potente. Me refiero al principio de igualdad ante el impuesto: efectivamente repugna a cualquiera que un trabajador tenga que tributar por las rentas de su trabajo y que no tenga que hacerlo un delincuente profesional que vive del delito⁽³³⁾. Pero ese argumento se opone a principios y derechos fundamentales, concretamente al derecho a no declararse culpable, que se vería peligrar si un sujeto declara a Hacienda sus rendimientos criminales y con ello «confiesa» unas rentas que pueden llevar a probar la existencia de una actividad previa generadora de esos ingresos que, naturalmente, no estará respaldada por una nómina. Por otro lado —y este es el argumento más potente—, la elusión del impuesto es un acto posterior copenado, es un acto de autoencubrimiento, que ha de quedar impune según principios básicos del Derecho Penal. Por eso creo que la igualdad ante el impuesto debe ceder.

No de menor valor es el argumento contrario que se deriva de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha afirmado en distintas ocasiones que no existe obligación de tributar por IVA ni de pagar derechos de aduanas en el caso del tráfico de drogas o de la falsificación de moneda⁽³⁴⁾; sin embargo, hay que reconocer que, tratándose de otras mercancías, se cobra el impuesto y después se devuelve en caso de decomiso.

Por otro lado, ya se ha señalado que, en contra de lo afirmado por la STS 1493/1999, de 21 de diciembre —«Caso Roldán»—, el delincuente nunca llega a adquirir la propiedad de los frutos de su delito, por lo que es difícil afirmar que se tenga que tributar por una capacidad económica que no se tiene conforme a Derecho; tal como afirma SÁNCHEZ HUETE «la imposición tributaria no es una medida represiva, no es una sanción. Los tributos se configuran sobre la base de la capacidad económica evidenciada en la realización del hecho imponible, no sobre la culpabilidad de una infracción»⁽³⁵⁾.

Naturalmente, contra el anterior argumento —no adquisición de la propiedad de los beneficios criminales— no puede oponerse que las leyes tributarias someten a tributación las rentas de origen desconocido, porque en los casos de los que nos estamos ocupando el origen ya es conocido: concretamente, la comisión de un delito, por lo que no puede alcanzarse la presunción de legitimidad de lo que se posee sobre la que se asienta la obligación de tributar⁽³⁶⁾. Cosa distinta es que Hacienda ignore el origen criminal y por ello pretenda

(33) Este argumento se manejaba en la STS 649/1996, de 7 de diciembre —«Caso Nécora»—, ya citada, que señalaba que los beneficios delictivos podían reinvertirse y producir más rendimientos y que si se optaba por la no tributación «se estaría estableciendo una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en esta cadena de inversiones».

(34) SSTJCE de 26 de octubre de 1982, caso Einberger I; de 5 de julio de 1988, caso Mol; de 6 de diciembre de 1990.

(35) «La modificación del Código Penal (LO 5/2010) y sus implicaciones en la legislación tributaria», *Quincena fiscal*, 4, febrero II, 2011, p. 91.

(36) Exactamente la presunción contraria —presunción de ilicitud— se establece para el comiso ampliado en el art. 127.1 CP, en relación al patrimonio personal no proporcionado a los ingresos de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo. En estas

actuar sobre las ganancias como si fuesen simplemente no justificadas. En definitiva, no pueden confundirse ganancias criminales y ganancias patrimoniales no justificadas.

Por otro lado es evidente que se requiere más para afirmar que una ganancia proviene del delito que para afirmar que no está justificada y, por ello mismo, se requiere más para condenar en sede penal que para obligar a tributar. La neutralidad del impuesto, que no mira el origen de la ganancia, debería tener como límite la comisión de un delito, pues constatado éste —tráfico de drogas, cohecho, secuestro—, la responsabilidad penal ha de ceñirse a tal delito, sin pretenderse además una responsabilidad por delito fiscal, siendo suficientes el comiso y la responsabilidad civil derivada del delito para actuar sobre las ganancias delictivas. La neutralidad del impuesto puede referirse a actos lícitos o ilícitos, pero no debería alcanzar a los que son constitutivos de delito.

Finalmente, hay otro argumento más para preferir la no tributación de los beneficios criminales: si Hacienda admite esa tributación podría estar contribuyendo a blanquear ese dinero; si se declaran los ingresos delictivos y se paga por ello sin levantar sospechas, resulta que Hacienda acaba participando en un acto de «blanqueo» de dineros criminales o, al menos, acaba beneficiándose de ellos⁽³⁷⁾. Contra lo anterior, y para rechazar la acusación de Estado cómplice, se suele decir que también en el comiso el Estado se hace con las ganancias delictivas. Pues bien, así es y así debe ser: se decomisa todo lo que se puede, y se desposee al delincuente del fruto del delito y de sus transformaciones. No ocurre lo mismo en la tributación de las rentas criminales: el Estado se hace sólo con una parte, sin mirar su procedencia, dando apariencia de legitimidad a los dineros que pasan por sus oficinas y dejando una buena porción en manos del delincuente. En este punto es procedente recordar la amplitud que el comiso tiene en nuestro ordenamiento (comiso ampliado y comiso por sustitución) y que los bienes decomisados en caso de tráfico de drogas y de blanqueo no se aplican a las responsabilidades civiles —que van por fuera—, sino que se adjudican al Estado⁽³⁸⁾. La acción del Estado mediante el comiso es más intensa y eficaz que la que se deriva de la tributación.

No someter a impuesto las ganancias criminales no supone dejación del Estado, no implica, como en ocasiones se afirma, que el Estado se convierta en un paraíso fiscal para el delincuente. El Estado actúa en este caso a través de la condena penal por el delito realmente cometido, del comiso y de la responsabilidad civil.

B) Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales

En este supuesto, lo primero en el tiempo es el delito fiscal y, consumado éste, la cuota tributaria defraudada se quiere convertir en el objeto material del blanqueo, o sea, en un bien

circunstancias, el patrimonio desproporcionado se presume fruto del delito; dicho con palabras utilizadas por QUINTERO OLIVARES, se equipara lo «inexplicable» con lo «delictivo» («La reforma del comiso...», *op. cit.*, p. 108).

(37) La cuestión de la Hacienda como cómplice del delincuente se planteó en Alemania ante la tributación de los beneficios de un burdel. En una primera decisión judicial se consideró que tales ganancias criminales no debían tributar porque exigir la tributación convertía al estado en partícipe a través del impuesto.

(38) Ver QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del comiso...», *op. cit.*, pp. 105 y ss. Tratándose de tráfico de drogas y de blanqueo existen normas especiales para el comiso en el art. 374.

que tiene «su origen en una actividad delictiva». Creo que una construcción como la anterior (y las consecuencias que de ellas se extraen) no es posible, al impedirlo la literalidad del art. 301 CP y el sentido común. La posibilidad de apreciar dos delitos se ve facilitada por el hecho de que el autoblanqueo es punible tras la reforma de 2010, si bien la Jurisprudencia ya lo había admitido con anterioridad en algunas Sentencias, y esa posibilidad se ve favorecida porque la mera posesión del bien de origen delictivo es ahora constitutiva de blanqueo. Lo anterior se quiere utilizar para decir que el defraudador fiscal cometerá inevitablemente su autoblanqueo por posesión al tener en su poder la cuota defraudada, sin necesidad de realizar sobre ella actos de transmisión o conversión. Pero la dualidad de delitos alrededor de una cuota tributaria defraudada debe rechazarse porque tal objeto —la cuota defraudada— no es un bien que tenga «su origen en una actividad delictiva», como exige el art. 301. Los rendimientos del trabajo o del capital no transmutan su origen legal por el hecho de no ser declarados y eludir el impuesto; la cuota tributaria defraudada no pierde su origen para pasar a proceder de un delito fiscal, y por ello no puede ser objeto de blanqueo.

La posibilidad de referir el delito fiscal y el de blanqueo a un único objeto —la cuota tributaria defraudada— tiene a su favor la reforma del CP de 2010, pero tiene en contra la lógica y la naturaleza de las cosas, porque por más que el autoblanqueo por posesión sea hoy punible, sin embargo lo que no puede afirmarse es que la cuota tributaria defraudada tenga su origen en el delito fiscal previo. Lo que el CP no ha consagrado, de momento, es el blanqueo sobre bienes que no proceden de un delito (o de una actividad delictiva). Dicho de otra forma, el delito de blanqueo no está pensado para reprimir cualquier situación económica irregular.

Que el delito fiscal acabase siendo delito antecedente para el blanqueo de capitales era una aspiración del GAFI y, por lo que respecta a España, de la Fiscalía y de la Agencia Tributaria.

Naturalmente, cuando se plantea el problema de la compatibilidad entre el delito fiscal y el de blanqueo, lo es en referencia a una modalidad concreta de delito fiscal, concretamente la de eludir el pago de impuestos, por no hacerse la declaración o por hacerla de forma no veraz, dejándose de ingresar la cuota tributaria.

Cuestión distinta es la que se presenta en supuestos de no ingreso de retenciones y en caso de devoluciones indebidamente obtenidas o de beneficios fiscales indebidamente disfrutados. En los dos últimos supuestos —devoluciones y beneficios— nos encontramos ante bienes de origen delictivo, que no estaban antes del delito en la disponibilidad del defraudador, y por tanto, bienes que pueden «blanquearse» *a posteriori* de su obtención ilícita. Cuestión distinta es admitir el concurso real entre los dos delitos; en la tesis que aquí se sostiene no debería haber concurso real: el doble castigo contraría el *non bis in idem*. En el primer caso —el no ingreso de cantidades retenidas por IVA repercutido—, el sujeto se apropia de cantidades que ha recibido por un título que le obliga a entregarlas y no lo hace. En este caso la posibilidad del blanqueo puede construirse sobre el delito de apropiación indebida, sin tener que recurrirse al delito fiscal; pero sigue sin justificarse el concurso real.

No ocurre lo mismo cuando se trata de la cuota defraudada: en este caso esa cuota está lícitamente en el patrimonio del que después defrauda, y no entra en su haber después del

delito fiscal —ni de ningún delito—⁽³⁹⁾; es, en su caso, «dinero ahorrado» que estaba previamente en el patrimonio y que no se deja salir, cuando debería salir. Nada cambia en el patrimonio del defraudador como consecuencia del engaño a Hacienda. Por tanto, aquí el problema no sería sólo de *bis in idem*, sino de ausencia de objeto material en el blanqueo; falta el bien que tiene «su origen en una actividad delictiva». En palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, «la cuota impagada es una “deuda”, una obligación nacida de la ley que no se ha cumplido; ese incumplimiento da lugar a un delito, pero no es el fruto del delito»⁽⁴⁰⁾.

Por otro lado, el fraude fiscal consistente en eludir el pago del tributo es un delito de omisión y no genera bien alguno. El art. 301 del CP es claro al referirse al objeto material: «bienes... que... tienen su origen en una actividad delictiva», y además esos bienes tienen «origen ilícito». Pues bien, la cuota tributaria defraudada no tiene su origen en una actividad delictiva de defraudación a Hacienda —sino en actividades lícitas—, y por ello no tiene origen ilícito. Esta es la realidad de las cosas y lo que dice el sentido común y la ley.

Para negar lo anterior se recurre a una serie de razones que disfrazan la realidad de las cosas bajo conceptos económicos y de contabilidad. Se manejan los siguientes argumentos⁽⁴¹⁾:

- a) En el delito fiscal hay un enriquecimiento patrimonial al no reconocerse un pasivo exigible, término éste que el Código de Comercio utiliza al referirse al balance de una empresa. La anterior afirmación no es válida para todos los sujetos que pueden cometer blanqueo, sino sólo para las empresas; en todo caso, la existencia de un pasivo exigible no nos puede llevar a hablar de blanqueo de un bien producido por el delito fiscal. La cuota tributaria ni está generada por el delito fiscal ni es blanqueable.
- b) Se afirma además que, según la Jurisprudencia de las Salas 1.^a y 3.^a del Tribunal Supremo, el enriquecimiento injusto se produce tanto por aumento del patrimonio como por evitación de su disminución, siendo ilegítimo tal enriquecimiento que empobrece a otro. Este argumento se refiere a la figura civil del enriquecimiento injusto y no a un ilícito penal que tiene una precisa mecánica delictiva; dicho de otra manera, no podemos confundir la figura civil, no regulada en el Código Civil y construida sobre la base de la equidad, con un delito que tiene unos requisitos precisos que han de leerse bajo el cristal de la taxatividad. Por otro lado, la reclamación por enriquecimiento injusto no ha de basarse en una actuación antijurídica o ilícita, simplemente se exige que no haya causa, pero el enriquecimiento puede haber sido provocado por causas naturales, por un tercero ajeno o por el sujeto que se empobrece. Nada de esto tiene que ver con la responsabilidad penal por blanqueo.

(39) La misma opinión ha sostenido QUINTERO OLIVARES al decir que el objeto material del blanqueo son bienes que el autor no tenía antes de cometer el delito previo, y que la cuota impagada «no es dinero producto del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto del delito de blanqueo» («El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 698, 2006, pp. 1-6).

(40) Palabras extraídas de un intercambio epistolar del Profesor Luis Rodríguez Ramos con la autora de esas líneas a propósito de la cuestión del blanqueo de la cuota defraudada.

(41) DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 183 y ss.

Si admitiésemos que hay delito de blanqueo en relación a la cuota tributaria «ahorrada», tendríamos que admitir también ese blanqueo en los siguientes casos: 1.º) alzamiento de bienes, en tanto que el deudor se «ahorra» la deuda que tiene con sus deudores; 2.º) impago de pensiones durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, porque el obligado se «ahorra» esas mensualidades; 3.º) no prestación del sustento a un hijo que lo necesita, porque hay un «ahorro» de ese sustento.

Me parece evidente que la elusión del tributo, el hecho de insolventarse ante un deudor, el impago de la pensión y la no prestación del sustento necesario podrán ser «ahorros», pero no son bienes generados por los delitos enumerados y, por tanto, no integran el requisito típico exigido en el art. 301 de ser «bienes... que... tienen su origen en una actividad delictiva» o de «origen ilícito».

Otro de los argumentos que se suele manejar a favor de la tipicidad del blanqueo de la cuota defraudada es el que se residencia en el art. 1 de la Ley 10/2010, de prevención, ya citada. Según el precepto «A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos... con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública». Un erróneo entendimiento de las relaciones entre esta norma y el CP ha llevado a afirmar que la norma transcrita es interpretación auténtica en el ámbito del delito de blanqueo. Tal cosa ha de negarse rotundamente porque el precepto transcrito circunscribe claramente su eficacia «a los efectos de esta Ley», o sea, la ley de prevención del blanqueo. Debe reconocerse que, aunque nuestra Ley de prevención ha ido más allá de lo exigido por las Directivas de la Unión Europea, no es un disparate absoluto que se quiera prevenir —no castigar con penas— la actividad de blanqueo —que no el delito de blanqueo— incluso en los casos de elusión de los impuestos. Lo que ya no se podría explicar es que ese esquema y ese exceso de celo en lo preventivo se trasladen, sin más, a lo represivo.

Por otro lado, conviene recordar que la llamada «interpretación auténtica» es un caso en el que el Legislador impide al Juez, precisamente, la interpretación, porque el Legislador le dice qué es lo que debe entender, aunque la lógica y el sentido común le indiquen lo contrario. Basta pensar en la «llave falsa» del art. 329 y la interpretación auténtica con la que el Legislador maniata al juez: en algún caso esa «llave falsa» no es llave (porque es una gonzúa) y cuando es llave, no es falsa (porque es la llave legítima perdida).

Si se admite el anterior razonamiento, podrá concluirse que la «cuota defraudada» no es un bien procedente de la actividad delictiva, pero que se le quiere tener por tal a efectos de prevención —o sea, de evitación— de las conductas de blanqueo. Aquí se acaba la ficción de que la cuota es un bien que proviene del delito fiscal; si el Legislador penal hubiese querido una tal interpretación auténtica en el tipo de blanqueo, tendría que haberla incluido al definir los elementos del delito, pero no lo ha hecho⁽⁴²⁾.

(42) Distinta opinión puede verse en BLANCO CORDERO, I. [«El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01 (2011), disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>]. Para este autor el objeto de la Ley de prevención es armonizar las dos definiciones de blanqueo, la de la propia Ley y la del CP. No estoy de acuerdo con esta afirmación porque el objeto de la Ley es regular el sistema preventivo del blanqueo, dejando claro que la inclusión de la cuota tributaria lo es solo a los efectos de la Ley (no del CP).

Por otro lado, es evidente que la cuota tributaria no puede entrar en el delito de blanqueo por la vía de decir que estamos ante una ley penal en blanco que encuentra su complemento en la Ley de prevención a la hora de fijar el objeto material. Y ello por la sencilla razón de que el art. 301 CP no hace ningún reenvío a la norma administrativa y describe de forma completa su objeto material: «bienes que tienen su origen en una actividad delictiva» o que son de «origen ilícito». Ese bien podrá ser el objeto material del delito previo o el beneficio que aquel bien haya supuesto para el autor⁽⁴³⁾.

Ya se ha señalado que la Fiscalía y la Agencia Tributaria tienen un gran interés en considerar que es posible el blanqueo de la cuota tributaria defraudada a la Hacienda Pública. ¿Por qué? Probablemente hay un interés práctico considerable por razón de la prescripción. El delito fiscal prescribe a los 5 años⁽⁴⁴⁾, que se han de contar a partir del momento de la consumación, es decir, a partir del último momento que el contribuyente tuvo para cumplir su obligación fiscal, o sea, hasta que acabe el período voluntario de presentación de la declaración. Tratándose de blanqueo de capitales, el plazo de prescripción es de 10 años. Una acusación conjunta por delito fiscal y por blanqueo supone que los 5 años de prescripción para el delito fiscal se duplican por razón de la conexidad contemplada en el art. 131.5 CP.

Pero hay más: el blanqueo por posesión —autoposición— es un delito permanente, por lo que su plazo de prescripción se empieza a computar desde el día en el que cesa la situación ilícita (art. 132.1 CP), y esa situación subsiste en tanto se siga poseyendo el bien proveniente del delito previo o sus transformaciones. Las posibilidades de dilatar la investi-

(43) MARTÍNEZ-BUIÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 484. Debe tenerse en cuenta que el CP 1995 habla de bienes que «tienen su origen en una actividad delictiva», mientras que la redacción del derogado CP se refería a «bienes que procedan de los delitos». El cambio permite incluir como objeto material del blanqueo cualquier bien sustitutivo del originario fruto del delito previo. En la doctrina se advierte de la amplitud de esta inclusión y se proponen criterios de limitación.

(44) CUGAT MAURI y BAÑERES SANTOS [«Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en Álvarez García; F. J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 818] nos recuerdan que se pretendió introducir en la reforma del CP de 2010 un plazo especial de prescripción para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, lo que finalmente fue descartado desde la idea de que una tal previsión hubiese supuesto vulnerar el principio de generalidad de la ley penal, citando al respecto la STS 751/2003, de 28 de noviembre, que, a propósito de la posible reducción del plazo de prescripción del delito fiscal de cinco a cuatro años para su equiparación con el plazo administrativo, afirmaba lo siguiente: «Asimismo ha de recordarse que el Legislador ha utilizado la técnica de fijación de un plazo único de prescripción en relación con la gravedad de los tipos delictivos, y no de la naturaleza de los delitos o del bien jurídico protegido. Ello implica que no pueda construirse un sistema excepcional de prescripción para cada figura delictiva, sino que la extinción de la responsabilidad penal en los delitos fiscales habrá de determinarse con las técnicas generales del Derecho Penal. En consecuencia la doctrina que se mantenga sobre la extinción de la responsabilidad penal en estos casos sólo puede tener validez si es generalizable al resto de las figuras delictivas reconocidas en nuestro ordenamiento». A la cuestión del distinto plazo de prescripción del delito fiscal —5 años— y de la deuda tributaria —4 años— se ha referido RODRÍGUEZ RAMOS, indicando la existencia de casos en los que la deuda ya no es exigible, por prescripción administrativa, y sin embargo la responsabilidad penal sigue siendo exigible. Considera el autor que en estos casos debería haberse optado por entender que el delito fiscal quedaba prescrito a los 4 años, en contra de lo sostenido por el TS, que se ha decantado por mantener los dos plazos. Considera el autor que esta situación es absurda por jurídicamente imposible, al suponer que la deuda fiscal nace del delito y no de la ley, resucitándose una deuda ya muerta, que deja de ser causa del delito para convertirse en efecto derivado del delito («La responsabilidad civil relativa al delito fiscal», en VV.AA., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 738-739).

gación de un delito fiscal prescrito se alargan extraordinariamente, y cuesta ver el momento en el que empiece a correr el plazo de 10 años de prescripción.

Por otro lado, no puede desconocerse que una investigación por blanqueo ofrece unas posibilidades de colaboración judicial de otros países que están vedadas cuando el objeto de la investigación es un delito fiscal. Basta recordar que el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 (ratificado por España el 14 de julio de 1982, BOE de 17 de septiembre), establece en su art. 2 que «Podrá denegarse la asistencia judicial: a) si la solicitud se refiere a infracciones que la Parte requerida considere como infracciones de carácter político, o infracciones relacionados con infracciones de carácter político, o como infracciones fiscales...»⁽⁴⁵⁾. Ciertamente es que el Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978 al Convenio de Asistencia incluye entre las materias que dan lugar a asistencia judicial el delito fiscal; este texto ha sido ratificado por España (el 27 de mayo de 1991, BOE de 2 de agosto de 1991), pero no por Suiza, que se ha limitado a firmarlo. A lo anterior debe añadirse que la legislación suiza desconoce el delito fiscal cometido en el extranjero como infracción previa para el ulterior blanqueo.

El pretendido matrimonio de conveniencia, pero indisoluble, entre el delito fiscal y el de blanqueo tiene en su contra todos los argumentos hasta aquí esgrimidos y otro más: la regularización fiscal contemplada en el art. 305.4 CP. Se trata de una excusa absolutoria para quienes regularicen su situación tributaria antes de determinado momento y su efecto es la exención de responsabilidad por el delito fiscal y por «las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria». Naturalmente, la regularización no alcanza al inevitable delito de blanqueo que, según las tesis aquí rechazadas, comete el defraudador por autoposesión de la cuota defraudada. De aceptarse lo anterior, y caso de regularizar el defraudador su situación tributaria, desaparecería la responsabilidad por delito fiscal (y otros conexos referidos en el art. 305.4), pero no por blanqueo (no referido en el precepto mencionado); es decir, nos quedaría un blanqueo sin delito subyacente y sin «cuota ahorrada-defraudada» que se habrá entregado a Hacienda con la regularización. La lógica no acompaña al anterior razonamiento, ni a casi ninguna de las novedades que se han analizado en este trabajo.

(45) Por su parte, el art. 18 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, contiene una previsión similar de denegación de asistencia en caso de delitos políticos o fiscales.

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS EN EL PROCESO PENAL

ELENA MARTÍNEZ GARCÍA
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València*

RESUMEN

El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas en el proceso penal

La relativización de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas a través de una suerte de «balancing test» jurisdiccional olvida la perspectiva introducida por el art. 24.2 CE relativa al derecho al proceso celebrado con todas las garantías. Este derecho fundamental, en nuestra opinión, viene integrado, entre otras garantías, con la establecida en el artículo 11.1 LOPJ objeto de estudio en este trabajo. Solo un sistema de excepciones legalmente regulado puede desarrollar este aspecto esencial del citado derecho fundamental. El tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba desarrolla la garantía de exclusión de la prueba ilícita del art. 11.1 LOPJ.

Palabras clave: Proceso, garantías, prueba, ilícita, expulsión.

ABSTRACT

Challenging Illegal Evidences in Criminal Proceeding

The relativization of the exclusionary rule of illegal evidence through a sort of «balancing test» from the courts, forget the perspective introduced by article 24.2 CE on the right of having a process concluded with all the guarantees. This fundamental right it's built, among other guarantees, with the established in Article 11.1 LOPJ studied in this work. Only a legally regulated system of exceptions can develop this essential aspect of that fundamental right. The procedural treatment of the illegality of the obtained evidence develops this exclusion of illegal evidence of art. 11.1 LOPJ.

Key words: Procedure, guarantees, evidence, illegal, expulsion.

SUMARIO

- I. IMPORTANCIA DEL TEMA OBJETO DE REFLEXIÓN.
- II. MARCO LEGAL PARA ANALIZAR SU COMPRENSIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA Y EL DERECHO AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS.
 1. **Introducción al derecho al proceso celebrado con todas las garantías.**
 2. **«Derecho y garantías» en el artículo 24.2 CE.**
 - A) Las «garantías primarias y secundarias» en general.
 - B) Las «garantías primarias y secundarias» en el derecho al proceso con todas las garantías.
- III. LA DOCTRINA DE LA «TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD».
 1. **La nueva situación planteada por esta línea jurisprudencial.**
 2. **La evolución de la garantía de exclusión en la jurisprudencia norteamericana y la doctrina de las necesidades de protección de la norma.**

3. **La afectación de un derecho fundamental y el principio de separación de poderes.**
4. **Primeras conclusiones.**

IV. EL TRATAMIENTO PROCESAL COMO GARANTÍA DE EXPULSIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS.

1. **Regímenes de nulidad.**
2. **La impugnación de la ineficacia pendiente el proceso.**
 - A) Fase de instrucción.
 - B) En el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos.
 - C) En el procedimiento ordinario.
 - D) En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.
 - E) En el proceso de menores.
 - F) La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.
 - G) Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica de Desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal.
3. **Medios de declaración de la ineficacia una vez dictada la resolución que pone fin al proceso.**
 - A) El recurso de casación.
 - B) El recurso de amparo.
 - C) El excepcional incidente de nulidad de actuaciones
4. **La prueba sobre la prueba.**

V. CONCLUSIONES.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA OBJETO DE REFLEXIÓN

Hoy es necesario pararse a reflexionar sobre el alcance que la palabra Democracia tiene en nuestro momento y entorno actual, también en el ámbito de los procesos judiciales. Ello por la razón de que el tema de la ilicitud probatoria entronca directamente con la concepción ideológica que tengamos de la Democracia y del Estado de Derecho. Se trata, en definitiva, de preguntarnos quién debe contralar a nuestro controlador en nuestro modelo de investigación judicial y las consecuencias anudadas a los posibles errores o vicios de los poderes públicos inmersos en dicha investigación.

Democracia y derechos fundamentales son categorías inescindibles e implican en sí mismas el principio de legalidad y la garantía jurisdiccional como límites a los poderes públicos. Los estudios del Profesor Luigi FERRAJOLI entroncan directamente con esta conexión de ideas⁽¹⁾ y devienen imprescindibles en la comprensión de estas líneas.

(1) FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007, así como en *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, 2004.

La cuestión resulta de una gran relevancia porque de derechos y libertades fundamentales (procesales y sustantivos) estamos hablando. En primer lugar, nos referimos a los derechos fundamentales implicados en una investigación y que han sido invadidos de forma poco acorde con el nivel de legalidad constitucional exigido en nuestro estado democrático y de derecho. En segundo lugar, porque la recepción procesal de este acervo probatorio afecta a otro derecho fundamental (procesal) como es el derecho a que el proceso se celebre con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En conclusión, estas premisas nos deben hacer valorar de forma adecuada la posible solución que se deba adoptar en torno al momento de impugnación y de expulsión de la prueba reputada ilícita. No resulta, en modo alguno, indiferente al proceso de toma de decisión que se realiza en la sentencia que el juez que la deba dictar haya o no presenciado y practicado prueba afectada por dicha nulidad. Por estas razones consideramos que la futura reforma del proceso penal debe ser precisa, sistemática y acorde con la entidad del problema que intenta resolver y que afecta no sólo al derecho fundamental en cuestión violado o transgredido, sino también la esencia del proceso constitucionalmente diseñado y, en última instancia, a la posible afectación de la regla de juicio de la presunción de inocencia.

II. MARCO LEGAL PARA ANALIZAR SU COMPRENSIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA Y EL DERECHO AL PROCESO CELEBRADO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías ha sido tradicionalmente poco estudiado y, en consecuencia, caracterizado por un uso generalista y a modo de cajón de sastre. Para su definición, al menos en lo que referente a la prueba ilícita, he tenido que acudir a categorías ajenas al Derecho Procesal y propias del área del Derecho Constitucional y de la Teoría del Derecho. Como punto de partida, pues, hace falta hacer un breve recorrido sobre su evolución y regulación, así como sus contenidos.

Entender el presente derecho exige, en primer lugar, aproximarse a las limitaciones que los derechos humanos señalan o imponen al poder público⁽²⁾. En esencia, los derechos fundamentales contienen dos facetas: la *negativa* o relativa al ámbito de poder del ciudadano frente a los poderes públicos y la *positiva* o relativa a prestaciones y obligaciones generadas normativamente por el Estado en defensa de esos derechos⁽³⁾. Esta estructura doble se

(2) «El Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también la positiva de proteger (los derechos) en las relaciones individuales (...). La consagración destacada de estos derechos (...) no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizarlos», RUBIO LLORENTE, F., «La rebelión de las Leyes», en *Fundamentos* núm. 4, *op. cit.*, pp. 203-229, también FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid, 1999, p. 37.

(3) RUBIO LLORENTE, F., «La rebelión de las Leyes», *op. cit.*, pp. 215 y 216. Todo derecho subjetivo fundamental goza de una doble dimensión. Por un lado, la objetiva que impone a los poderes públicos un deber general de protección y promoción de los mismos y, por otro, otra dimensión subjetiva y respecto al individuo que pasa a gozar de instrumentos o prestaciones concretas destinadas a salvaguardar estos derechos frente a los poderes públicos. Es decir, los primeros fijan los límites a la acción de los poderes públicos; los segundos se refieren a finalidades y prestaciones necesarias para su ejercicio en un determinado ordenamiento. También Díez-Picazo Giménez, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2005, pp. 36 y 37.

presenta en todos los derechos fundamentales⁽⁴⁾ que, en definitiva, son derechos humanos positivizados.

1. Introducción al derecho al proceso celebrado con todas las garantías

El derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) viene reconociéndose sin un exhaustivo desarrollo en todas las normativas internacionales, a través del denominado derecho al proceso debido⁽⁵⁾. Apenas existen unas ciertas reglas reguladoras sobre el denominado proceso equitativo, justo o celebrado con todas las garantías, y en ellas se incluyen las garantías mínimas sobre las que podemos reconocer el régimen de administración de la prueba, desde su obtención hasta su práctica⁽⁶⁾.

(4) Valga como ejemplo el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental cuya satisfacción exige del Estado algo más que una mera abstención en su respeto (vertiente negativa del derecho fundamental). Exige una actividad positiva de nuestros gobernantes que se traduce en numerosos derechos, unos de rango fundamental y otros no. Y ello por la razón de que este derecho «es, por definición, un derecho procedimental, *dueprocess*, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional y con arreglo a uno principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia, imparcialidad, reglas probatorias, en fin garantías procesales», *vid.* BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, pp. 155 y ss.

(5) En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007, sin embargo, no tiene un desarrollo específico (art. 47), sino que se limita a reconocer el derecho de toda persona «a que su causa sea oída equitativamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley»; sólo entendemos aplicable el derecho al proceso celebrado con todas las garantías por vía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6), y así se deduce en la legislación desarrollada más recientemente.

No existe una identidad entre el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho al debido proceso, dado que el ámbito de ambos es diferente, aunque estén íntimamente ligados entre sí. *Vid.* ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch Editores, 1995.

Reglamento (CE) 861/2007 (Considerando 9), Decisión Marco 2002/584/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2003/577/JAI (Considerando 6), Decisión Marco 2005/214/JAI (Considerando 5 y 6), Decisión Marco 2006/783/JAI (Considerando 13 y 14), Decisión Marco 2008/675/JAI (Considerando 12), Decisión Marco 2008/841/JAI (Considerando 8), Decisión Marco 2008/909/JAI (Considerando 13), Decisión Marco 2008/947/JAI (Considerando 5), Decisión Marco 2008/977/JAI (Considerando 48). *Vid.* SENÉS MOTILLA, C., «Derecho a un proceso Equitativo, público y en un plazo razonable», en *El espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, VV.AA. (coord. IGLESIAS BUHIGUES, J.L./CALDERÓN CUADRADO, P.), Civitas, 2009. Sobre la integración del Convenio y la Carta *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., «La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea», *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, VV.AA. (coord. DE LA OLIVA SANTOS, A./ARMENTA DEU, T./CALDERÓN CUADRADO, P.), Colex, 2007, p. 255, y ARMEN- TA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2010.

(6) «Al convenio sólo le interesa que el proceso se desarrolle de manera leal y objetiva, es decir, que constituya un auténtico *fair trial*. (...) Al Tribunal le corresponde comprobar que el procedimiento considerado en su conjunto, incluyendo el modo y la presentación de la prueba, revista carácter equitativo. (...) Además, la averiguación de la verdad está sujeta a ciertos límites derivados de la necesidad de respetar los derechos de defensa. Esto exige, en primer lugar, que los medios de prueba se hayan obtenido de forma regular y hayan sido objeto de la discusión contradictoria entre las partes. Además es necesario que los elementos de prueba sean compatibles con los principios reconocidos en la Convención y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, respeten la dignidad y la personalidad humana.

El artículo 6.2 del Convenio (...) exige que la culpabilidad se establezca legalmente, lo que determina la exclusión de las pruebas ilegales. La exigencia de una culpabilidad legalmente establecida ha sido considerada para fundamentar una teoría de la *exclusionary of rule* adaptada a las particularidades del procedimiento continental sancionando, no sólo la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, sino también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares. *Sin embargo la Comisión ha rechazado la posibilidad de residenciar*

Por su lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo reconoce expresamente y establece dos raseros diferentes según el derecho fundamental afectado en la investigación. Es decir, para el derecho a la vida y la prohibición de autoincriminarse se cita el derecho fundamental al proceso equitativo como derecho infranqueable ante una vulneración de dicha índole⁽⁷⁾; sin embargo, en el resto de casos se afirma que para que se dé la violación de este derecho al proceso se debe partir de su consideración como un todo global, lo que niega la nulidad de cualquier prueba ilícita, por el sólo hecho de serlo. Antes al contrario —afirma el Tribunal—, el atentado tiene que darse contra el proceso apreciado globalmente⁽⁸⁾. Se trata de un juicio de ponderación entre el vicio acontecido en el proceso y el resultado que arrojaría la admisión de esa prueba. Esta postura, en nuestra opinión, deja la puerta abierta a la relativización de este derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías y, en consecuencia, a los derechos fundamentales puestos en entredicho en una investigación⁽⁹⁾. El derecho en cuestión deja de carecer de identidad propia para pasar a ser valorado en función de un resultado final, «apreciado globalmente». Y, como vemos, este es el punto de partida de la construcción dogmática creada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 81/1998 (*supra*).

DÍEZ-PICAZO, por su lado, ha definido claramente el sentido y alcance del «proceso con todas las garantías», superando la cláusula de estilo «a mayor abundamiento» —tan común en la jurisprudencia constitucional—, y reconociéndole el alcance interpretativo de ser un refuerzo de otros derechos fundamentales; tal afirmación además le dota de «autonomía respecto de esos otros derechos fundamentales establecidos en el artículo 24 CE y sirve para integrar las garantías procesales establecidas en las normas internacionales sobre derechos humanos, aplicables en nuestro derecho vía artículo 10.2 CE»⁽¹⁰⁾. Es decir, en la línea de lo que exponemos debemos plantearnos los contenidos o garantías de este concepto jurídico indeterminado y de contenido plural (art. 24.2 CE) o, dicho en otras palabras, hay que averiguar a qué garantías puede referirse este derecho fundamental específico que no sean ni las expresadas de forma específica y autónoma en el citado precepto constitucional (derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a

*en el principio de la presunción de inocencia el régimen de la administración de las pruebas. Para la Comisión este derecho no garantiza más que el derecho a ser presumido inocente, hasta que la culpabilidad haya sido establecida, mientras que el derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un proceso garantizado legalmente afecta, más bien, a la noción de proceso equitativo», vid. LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la Jurisprudencia europea», *La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 263-264.*

(7) SÁNCHEZ YLLERA, I., «La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ponencia presentada en las *Jornadas sobre la ilicitud de la prueba*, en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 12 de marzo de 2012.

(8) Entre otras, véase el caso *Schenk vs. Suiza* (STEDH de 12 de julio de 1988), Barberá, Messegué y Jabardo vs. España (STEDH de 16 de diciembre de 1992).

(9) En nuestra opinión, tal vez sea ésta la crítica más contundente a esta postura, pues hacer depender un derecho fundamental procesal del resultado que tal trasgresión supone frente a la totalidad de un proceso es tanto como negar su autonomía y entidad como derecho subjetivo y como garantía procesal. En palabras de DE LA OLIVA esto supone una subversión jurídica devaluadora de las garantías, pues lo que hubiera ocurrido de observarse la garantía es mera hipótesis, *vid. DE LA OLIVA, A., en VV.AA., Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, 2001, pp. 440-441.

(10) DÍEZ-PICAZO, I. (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 96.

la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia), ni las subsumibles en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Una primera interpretación —al hilo de todo lo expuesto— sería entender que el propio derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE) exige que no basta una mera abstención de las autoridades del Estado para garantizar este derecho fundamental, sino que es necesario que se arbitren un conjunto de expectativas procesales para el ciudadano, que afiancen la aplicación del Derecho objetivo que tiende a garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales procesales y sustantivos del sujeto investigado por un crimen⁽¹¹⁾. Para ello se exige un papel activo del legislador⁽¹²⁾, y este es un aspecto no siempre bien zanjado por nuestra legislación.

Visto este breve resumen de la situación que acontece en torno a este derecho fundamental complejo y pendiente de definición legal —en cuanto a sus garantías—, afirmamos que nos distanciamos notablemente de la Jurisprudencia del TEDH que, en definitiva, son mínimos a cumplir por los estados pero que, en nuestro caso, nuestra normativa y jurisprudencia viene siendo más proteccionista que la propia jurisprudencia europea.

2. «Derecho y garantías» en el artículo 24.2 CE

Un derecho no garantizado no es un verdadero derecho, desde la perspectiva de KELSEN, o —en términos de FERRAJOLI— ello produce la existencia de una laguna⁽¹³⁾. La sencillez de esta idea no presupone, sin embargo, un simple deslinde de cada parte de este todo; es decir, lo que es derecho subjetivo y lo que le asiste como garantía de mismo. Lo que sí parece comprensible es que el nexo que une el contenido esencial de un derecho fundamental y las garantías que lo integran es normativo (art. 53 CE), dado que constituye un deber del legislador definir activamente cómo entiende garantizados esos derechos de forma constitucionalmente respetuosa⁽¹⁴⁾.

(11) Siguiendo a ESPARZA LEIBAR, «el derecho fundamental al proceso con todas las garantías es la fórmula general por la que ha optado la Constitución en su art. 24.2, de forma que permita dar cobertura más amplia posible a las situaciones de expresamente contempladas por la normativa constitucional e internacional del 10.2 CE», ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, op. cit. p. 216.

(12) Se trata éste de un aspecto todavía no resuelto por nuestra legislación y jurisprudencia constitucional, que irremediablemente influirá sobre la concepción que se mantenga en torno al alcance de todos y cada uno de los derechos y garantías de contenido específico reflejados en el artículo 24.2 CE. Para un planteamiento de la cuestión, vid. CALDERÓN CUADRADO, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto de 2000, pp. 153-178.

(13) En este sentido, muestra cierta discrepancia FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 59.

(14) FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2007, así como en *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, 2004.

A) *Las «garantías primarias y secundarias» en general*

De todo derecho subjetivo en general y de los derechos fundamentales con carácter universal se predica una doble vertiente positiva y negativa⁽¹⁵⁾, a saber, que su titular no sólo tiene un derecho a que el Estado se *abstenga* de limitarlo (*status* negativo o *status libertatis*)⁽¹⁶⁾, sino que ha de *crear medios* que garanticen este derecho (positivo o *status civitatis*)⁽¹⁷⁾. Los primeros no admiten injerencia del Estado, pero los segundos se ejercen precisamente frente a él⁽¹⁸⁾.

Estos derechos fundamentales —observados desde la perspectiva del ciudadano— gozan (si el legislador ha hecho sus deberes) de una serie de garantías. FERRAJOLI analiza el concepto de «garantía» y hace equivaler a «deberes correspondientes a los poderes públicos», y dentro de esta categoría diferencia entre esos aspectos positivos y negativos aludidos con anterioridad. Este mismo análisis se puede realizar en torno a las garantías a las que se refiere el denominado derecho al proceso del art. 24.2 CE.

- a) Las «garantías primarias» o expectativas de obligación o prohibición que tiene a su favor el titular del derecho fundamental: Se trata de expectativas y derechos exigibles y ejercitables frente al Estado y que con ellas se desarrolla y garantiza tanto la vertiente positiva (deber de crear y regular prestaciones), como la negativa (deber de abstención del derecho fundamental en cuestión frente a la injerencia).
- b) Las «garantías secundarias» o expectativas de protección jurídica y accionabilidad o justiciabilidad en juicio ante las violaciones de una garantía primaria. Este autor las define como obligaciones de segundo orden, consistentes en «no cuidar o proteger el presunto interés o derecho en conflicto (derecho fundamental como hipotético derecho dañado)», sino en garantizar su protección jurídica por los tribunales a través de la anulación del acto transgresor⁽¹⁹⁾. En caso de no estar regulados normativamente estos deberes o garantías correlativos a un derecho subjetivo aparece lo que viene denominándose *lagunas primarias y secundarias*, que pre-

(15) FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 59-65.

(16) Se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), a la integridad moral (art. 15.1) en sus facetas del derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), limitación del uso de la informática (art. 18.4) o el derecho a la nacionalidad (art. 11). Se trataría, en definitiva, de los *derechos de libertad* a los que se refiere FERRAJOLI a lo largo de su obra (*Derechos y garantías...*, *op. cit.*).

(17) JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, 1919, pp. 87 y 94, y PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1995, p. 174, y MORENO CATENA, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, II, p. 132.

(18) En este segundo catálogo de derechos encontraríamos, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el principio de legalidad penal (art. 25) o la amplia panoplia de derechos del artículo 24.2 CE, dentro de lo que la doctrina anglosajona ha venido a denominar el derecho al proceso justo o *dueprocess* o, ya incluidos en el Título VI, la independencia judicial, la prohibición de los Tribunales de excepción, la unidad jurisdiccional (art. 117), la gratuidad de la justicia (art. 119), la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120), el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121), así como el derecho a ejercer la acción popular o formar parte del Tribunal del Jurado (art. 125). Estos derechos generan, en términos de FERRAJOLI, *derechos sociales* con una expectativa de prestación (*cit.*).

(19) FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 61. Esta postura ha sido recientemente recogida en nuestra jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2006, de 9 de enero. Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

sentan ese derecho como papel mojado⁽²⁰⁾. Tales afirmaciones arrojan una primera conclusión: Aunque interdependientes, los derechos subjetivos y las garantías son realidades distintas.

B) *Las «garantías primarias y secundarias» en el derecho al proceso con todas las garantías*

Procedamos, pues a analizar el esquema dogmático propuesto por FERRAJOLI y aplicarlo al supuesto que nos concierne; partimos, igualmente, de una doble distinción:

- El estatus *negativo* del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías (art. 24 CE) representa la garantía del ciudadano que se encuentra sujeto a un proceso (del tipo y orden que fuere) a que éste se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales restringidos en el marco de una investigación se afecten de forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo, de forma que se obligue a los poderes públicos a autolimitarse en la injerencia de estos derechos fundamentales con plena supeditación a estas normas.
- Por su lado, el estatus *positivo* del presente derecho fundamental englobaría a favor de su titular una serie de obligaciones para los órganos jurisdiccionales de supervisar/expulsar/no valorar todo el acervo de prueba obtenido con violación directa o derivada del derecho y libertad fundamental; así como la obligación de declarar los límites de la investigación oficial en caso de haberse extralimitado; el derecho de las partes a conocer e impugnar el acervo probatorio obtenido directa o derivadamente de la ilicitud constitucional⁽²¹⁾ por parte del que afirma ser titular del derecho (o, incluso, sufrida por tercero, pero cuyo resultado afecta a su propio proceso); es decir, se encomienda al Juez que interpreta la posible ilicitud de la actuación policial o judicial, sobre la base de una serie de parámetros o elementos de rango constitucional, porque del núcleo de estos derechos se trata. Aquí está la clave de todo. Estos nexos normativos que unen derecho y garantía fundamental debe darlos el legislador a través de ley orgánica.

La legislación alemana, por poner un ejemplo, establece tres elementos de debate o reflexión, a saber (1) que analice la relación entre la gravedad de la violación cometida (2) el resultado obtenido en relación con la averiguación de la verdad y (3) el coste que dicha extralimitación conlleva para el ciudadano en su derecho al proceso con todas las garantías⁽²²⁾. El

(20) FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 61-62.

(21) En realidad deberíamos hacer una doble distinción. La prohibición de valorar lo obtenido directamente con violación de un derecho fundamental deriva de forma directa de la entidad y naturaleza de los derechos y libertades fundamentales; se infiere de las normas que los regulan. Y es la regla establecida en el art. 11.1 LOPJ la que obliga al juez a no valorar lo obtenido derivadamente, según se explicará *infra*. A este respecto es interesante la aportación de GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Paraná, Editores del Puerto, 2005, p. 113.

(22) Se trata de una «encomienda» activa al órgano jurisdiccional en virtud del valor que poseen los derechos y libertades fundamentales de posible afectación en un proceso y dependerá del desarrollo legal que cada legislador otor-

resultado de este análisis será positivo o negativo y deberá entonces proceder conforme le dicta la Ley, que en ocasiones establece la regla de exclusión absoluta⁽²³⁾ y otras veces —la mayoría— relativa.

Noruega, por ejemplo, en sus artículos 17 y 22 del Code of Judicial Procedure no incluye la regla de la exclusión probatoria o doctrina de los frutos del árbol envenenado y deja en manos del Juez la decisión *ad hoc* y según la gravedad de los hechos. Sin embargo la conflictiva sentencia de la Corte Suprema 91/2011, de 2 de noviembre, ha abierto un debate el respecto y ha obligado al legislador a actuar positiva o activamente, estableciendo un sistema tasado de excepciones y generando seguridad jurídica.

Nuestra legislación (*ex* artículo 11.1 LOPJ) no deja lugar a dudas. No existe una distinción legal entre la doctrina relativa a la exclusión absoluta o relativa, y la acción de los jueces queda limitada por los propios términos de esta norma. Es decir, existe un *deber de abstención* por parte de los poderes públicos de realizar cualquier acción que sea restrictiva de derechos fundamentales y no se desarrolle conforme a las exigencias constitucionales. El sentido *positivo* de este derecho procesal exige al órgano jurisdiccional expulsar, según le dicta el artículo 11.1 LOPJ, todo aquello obtenido directa o derivadamente de la vulneración de un derecho o libertad fundamental. Este aspecto *positivo* del derecho fundamental logrará de forma indirecta o derivada desincentivar los posibles abusos de los órganos públicos que entran en funcionamiento en el marco de una investigación.

Por su lado, esta garantía también incluye, según lo dicho por FERRAJOLI, la denominada *garantía secundaria* o de justiciabilidad y protección. Es decir, es necesario poder ser protegido por los Jueces en las vulneraciones de esta garantía de exclusión probatoria impuesta por la LOPJ, hilvanando entonces con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE).

En conclusión, y a modo de resumen, consideramos:

- a) que el ciudadano inmerso en un proceso tiene un derecho subjetivo a que el proceso del que es parte sea dirigido y celebrado por los órganos del Estado con todas las garantías, es decir, lo que también se entiende con matices como un proceso justo y equitativo;
- b) ello se concreta en la obligatoria regulación legal de concretos mecanismos procesales que otorguen derechos frente al Estado y contraprestaciones claras a su titular (*garantías primarias*), algo que en este específico derecho procesal no ha ocurrido y ha generado la denominada *laguna primaria* y, por esta razón, ha dado lugar a

gue a este aspecto del *status positivo* del derecho al proceso garantista y respetuoso con los derechos constitucionales para que se admitan o no, por ejemplo, un sistema tasado de excepciones o un sistema basado en esa «ponderación», tal y como ocurre en el sistema alemán.

Ello por la razón de que el juicio consistente en descifrar la conexión de antijuricidad entre pruebas causalmente conectadas y la valoración de la licitud o ilicitud resultante, pertenecen sí, al derecho al proceso celebrado con todas las garantías y ello —irremediablemente— tendrá sus efectos en la fase siguiente del juicio jurisdiccional de valoración de la prueba, sobre los que pesa la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

(23) Art. 136.3, art. 81.a 3, art. 81.c (3) 5, art. 100.c (5) 3, art.100.d (5) núm. 1, art. 108 (2) (3), art. 160.a (1) 2 (2) 3, art. 161 (2) (3), art. 477 (2) art. 136.3, art. 81.a 3, art. 81.c (3) 5, art. 100.c (5) 3, art. 100.d (5) núm. 1, art. 108 (2) (3), art.160.a (1) 2 (2) 3, art. 161 (2) (3), art. 477 (2) del Código Procesal Penal.

jurisprudencia tan contradictoria y al «cajón de sastre» aludido con anterioridad. Una de esas garantías será, precisamente, el artículo 11.1 LOPJ, objeto de este trabajo, desarrollada por Ley orgánica y que debe hacerse cumplir, otorgando los mecanismos oportunos de control de dichas prestaciones positivas frente al órgano jurisdiccional propias de esta garantía procesal en materia de prueba.

III. LA DOCTRINA DE LA «TESIS DE DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD»

La Sentencia del tribunal Constitucional 81/1998, del 2 de abril, supone el replanteamiento integral de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, por tanto, del artículo 11.1 LOPJ que la consagra⁽²⁴⁾.

Con la presente línea jurisprudencial se abrió el camino a una interpretación relativa a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, aun existiendo una relación clara de causalidad *fáctica* entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, puedan proceder a *romper la conexión de antijuridicidad* entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. El necesario debate abierto a partir de esta sentencia, aunque nada pacífico, incide en la necesidad de que el Juez llegue a la «verdad forense»⁽²⁵⁾ con plena confianza en el derecho, sin aprovechamientos o atajos procesales en favor del que quebranta la paz social, pero tampoco para el que debe velar por ella.

1. La nueva situación planteada por esta línea jurisprudencial

El punto de partida propuesto en la citada línea jurisprudencial establece un test triple tendente a valorar la gravedad de la ilicitud y de la prueba derivada de dicha transgresión⁽²⁶⁾ y, en su caso, llegar a poder formular un juicio de desvinculación «jurídica», que justifique la admisión de la prueba refleja⁽²⁷⁾.

En líneas generales, consideramos que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia reordena acertadamente ideas básicas en la materia probatoria, aunque también provoca —como decimos— un punto de inflexión en el entendimiento

(24) Art. 11 LOPJ: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

(25) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 322.

(26) Resumiendo, se trataría de valorar tres datos: a) Magnitud de la violación (es decir, por ejemplo, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica); b) Entidad del resultado (por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa o noticia de una posible entrega de droga a partir del «pinchazo» telefónico); c) Necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado (importancia del bien jurídico protegido, incentivación de transgresiones legales en caso de ser admitida la prueba como válida).

(27) Una revisión de esta sentencia puede verse en JUANES PECES, A., «La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia», *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 de julio de 1998, pp. 1-4, y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *Prueba y proceso penal*, *op. cit.*, p. 322 y, por supuesto, en VIVES ANTÓN, S., «Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado, TOL, 178872, pp. 1 y 2.

constitucional del derecho al proceso con todas las garantías y, por tanto, en los derechos fundamentales. Esta doctrina se puede resumir del siguiente modo:

- 1) A tenor de la STC 81/1998 la garantía de inadmisión de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental no tiene ubicación en precepto constitucional. El Tribunal Constitucional profundiza en la idea ya expuesta en la línea jurisprudencial abierta con la STC 114/1984, es decir, sigue sin reconocerse la existencia de un derecho procesal fundamental y autónomo del sustantivo⁽²⁸⁾.
- 2) Aceptar estas pruebas reputadas ilícitas por conexión causal, afirma el Tribunal, a lo sumo, puede llegar a violar el proceso celebrado con todas las garantías⁽²⁹⁾; para comprobar si existe violación hay que observar *conjuntamente* el derecho fundamental sustantivo y sus límites o garantías procesales en su restricción (limitaciones de rango constitucional).
- 3) Para el alto Tribunal la presencia de estas pruebas en el proceso y su valoración para la realización del proceso de «desconexión» no contrarían el principio de presunción de inocencia, que sólo se viola cuando se condena sin prueba de cargo constitucionalmente válida, es decir, dicha presunción pasa a ser canon de validez de la *sentencia* penal⁽³⁰⁾. Este «juicio de experiencia» consistente en determinar la existencia o no de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte *desde una perspectiva natural* en pruebas independientes⁽³¹⁾. Rota la antijuridicidad en la fase

(28) «Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3)» (FJ 2.º).

(29) FJ 2.º: «Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, *los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental*: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones».

(30) FJ 3.º: «La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio —que sería la relevante en este caso— opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva *ex artículo 117.1 CE* (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.º; 63/1993, fundamento jurídico 5.º, y 244/1984, fundamento jurídico 2.º, entre otras muchas) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997). *La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior*» (la cursiva es nuestra).

(31) FJ 4.º: «A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el *derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia*. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; *pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte,*

de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas. Con ello se logra salvar determinadas pruebas de la aplicación de la garantía procesal y del artículo 11.1 LOPJ. Ninguno de los dos entrará en juego.

- 4) Sólo cuando se viole la presunción de inocencia otorgará el amparo el Alto Tribunal pero, además, se exige que se haya fundamentado la enervación de la presunción de inocencia como única prueba de cargo⁽³²⁾. En conclusión, la función del alto Tribunal se centra en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria⁽³³⁾.
- 5) Ese «juicio de experiencia» que deben realizar los órganos jurisdiccionales consiste en formular un triple test, articulado a través de dos correctores; por un lado, se atiende a las características de la vulneración (o a su intensidad o gravedad del vicio constitucional alegado) y por otro, atiende, desde una *perspectiva interna*, al resultado obtenido tras la vulneración y, desde una *perspectiva externa*, observa las necesidades esenciales de tutela del derecho sustantivo (FJ 4.º)⁽³⁴⁾.

finalmente, infringida. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo —el secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE— nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse —como aquí sucede— íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada», FJ 3.º

«Sólo en virtud de su origen inconstitucional (...) pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva *natural las pruebas* de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible».

(32) En los demás casos, podremos encontrar la presencia de estas pruebas ilícitas en el proceso, incluso su valoración, pero sólo provocarán nulidad cuando se constituyeron como única prueba de cargo y el juicio de ruptura fue irracional, pues en el caso de haber «otras pruebas» independientes, la presencia procesal de tal violación conllevará a lo sumo una declaración de violación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en ningún caso la absolución del condenado, pues la convicción judicial se formó sobre otras pruebas. Véase el FJ 3.º: «La jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva *ex* artículo 117.1 CE (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)».

(33) FJ 5.º: «Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, *no es, en sí misma un hecho*, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, *no se halla exento de nuestro control*; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983, fundamento jurídico 6.º, y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9.º, 174/1985, fundamento jurídico 2.º; 63/1993, fundamento jurídico 5.º, y 244/1994, fundamento jurídico 2.º, entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías».

(34) Para conocer el análisis de toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de lo que se viene entendiendo en el Tribunal Supremo por *perspectiva interna* (obtención de un dato neutro, la existencia de sospechas previas sobre el imputado, conocimiento derivado de la injerencia no ha resultado imprescindible, consentimiento libre del imputado, etc.) y la *perspectiva externa* de esta teoría (toda transgresión que no deje al derecho fundamental en papel mojado es válido), véase mi trabajo *Actos de Investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 153-162.

La presente doctrina, en nuestra opinión, de alguna forma estructura todo su análisis sobre la base del derecho fundamental sustantivo vulnerado en cuestión y en el resultado obtenido, lo que parece dejar intuir que el Tribunal Constitucional sobrevalora el derecho sustantivo violentado y lo prioriza sobre el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (FJ 2.º). Según el alto Tribunal, para averiguar si ha habido violación de las garantías procesales debemos observar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales con el resultado obtenido, así como «las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen»⁽³⁵⁾, lo que va en la línea de la jurisprudencia del TEDH comentada. Es decir, existe un deber judicial de explicar si la tutela del derecho fundamental agraviado exige expulsar todas las pruebas (también las derivadas) para que el ciudadano sienta que nuestro sistema judicial no permite atajo alguno en la obtención de la verdad⁽³⁶⁾ y este deber, ahora sí, pertenece al derecho fundamental procesal objeto de estudio.

Someter la legitimidad de la intervención puesta en entredicho (por su vinculación con el derecho fundamental directamente violado) al resultado obtenido puede conllevar dar soluciones distintas ante violaciones idénticas⁽³⁷⁾. Se entiende perfectamente las nece-

Cabe recordar la Sentencia norteamericana dictada en el caso *Stone vs Powell, Brown vs Illinois* y *Hudson vs Michigan*, aludida con anterioridad, donde se reflejaba claramente un juicio muy similar al ahora introducido por el TC. Sobre esta coincidencia *vid.* también DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 119.

«En supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud de su origen inconstitucional —como ponen de manifiesto tanto el recurrente como el Ministerio Público— pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...).

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término, la *índole y características de la vulneración del derecho* al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un *punto de vista interno*, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una *perspectiva que pudiéramos denominar externa*, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. *Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo* (STC 11/1981, fundamento jurídico 8).

Una explicación muy clara de esta sentencia GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida», *Prueba y Proceso penal* (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), *op. cit.*, pp. 279-322.

(35) Esto, en puridad, no es más que el *balancing test* realizado por la Jurisprudencia norteamericana, pero con cierta objetivización en sus premisas (Caso *Hudson vs Michigan*), Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

(36) Esta sería su única vinculación con el derecho penal: «Si la pena persigue la confirmación de la validez de la norma penal infringida por el delito, no se legitima su imposición si en el proceso se han infringido por la comunidad normas constitucionales que tutelan derecho fundamentales». CHOCLÁN MONTALVO, «El tratamiento procesal de la prueba ilícita», *Jornadas sobre la Prueba Ilícita Penal*. Santa Cruz de Tenerife, 25 y 26 de junio de 2009, <www.juriscomer.com>, p. 2.

(37) De hecho, existe abundante jurisprudencia en materia de intervención telefónica ilícita, basada en la poca motivación o control judicial, donde se menciona la obtención de un «dato neutro», como forma de romper la conexión

sidades últimas que mueven estas premisas pero, en nuestra opinión, puede contribuir a acrecentar la inseguridad de los poderes públicos que se ven abocados a actuar con celeridad, y se puede llegar a afirmaciones tales como la mantenida en la Sentencia *Hudson vs Michigan* (2006): «la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso» y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conec-tadas), se convierte en la regla general (*infra*).

La siguiente cuestión a la que llegamos al reflexionar sobre esta postura jurisprudencial atiende a averiguar si es función del Juez confirmar la validez de la norma constitucional *a priori* afectada en la investigación. La estricta aplicación del art. 11.1 LOPJ repudia los efectos de la transgresión y, por tanto, admitir que el juez pueda afectar esta norma parece que excede de sus funciones, por tratarse de una garantía de un derecho fundamental y porque le afecta negativamente en su núcleo esencial. Sería razonable entender que solo una ley orgánica respetuosa de los requisitos de los artículos 53 y 81 CE pudiera hacerlo —y en todo caso, conforme a los parámetros integradores del derecho al proceso celebrado con todas las garantías *ex artículo 24.2 CE*—. Que haya un notable vacío legal que sufren nuestros operadores aplicadores de las normas no significa que se pueda suplir con la interpretación judicial nutrida de «teorías que están afectando a derechos fundamentales»⁽³⁸⁾. Mientras no exista un sistema de excepciones regulado por la ley, el artículo 11.1 LOPJ se tiene que aplicar, porque el derecho al proceso celebrado con todas las garantías (del que forma parte este precepto) no puede ser diferente para los ciudadanos en función del tipo de error cometido por la policía o el juez⁽³⁹⁾.

La teoría de la desconexión de antijuridicidad propuesta por el TC (STC 81/1998), tras admitir esta posibilidad de romper este juicio de antijuridicidad por los Tribunales, acaba admitiendo las pruebas subsiguientes o derivadas. Para el Tribunal lo importante es que exista prueba de cargo (porque su falta afecta a la *presunción de inocencia*) y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad (*in dubio pro reo*). En conclusión, se ha producido el efecto

de antijuridicidad entre las pruebas, mientras que en otros, a pesar de ser la violación idéntica, se anula todo lo actuado porque la información fue determinante. Además, si a estos dos parámetros le unimos un tercero, tan vago como la disuasión de los agentes policiales, la transcendencia del bien jurídico protegido, etc., el balance es, si cabe, todavía más peligroso.

Con el fin de no incentivar la comisión de infracciones en la obtención de la prueba, el Tribunal Constitucional en esa misma sentencia ha comenzado a hacer una delimitación de los mínimos exigibles en el supuesto de la protección del secreto de las comunicaciones. Cuando éstos concurren, la prueba será salvada y no entra en funcionamiento la eficacia anulatoria del artículo 11.1 LOPJ.

«La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. Ese dato excluye tanto la *intencionalidad* como la *negligencia grave* y nos sitúa en el ámbito del *error*, frente al que las *necesidades de disuasión* no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho» (FJ 6.º).

(38) DE URBANO CASTRILLO, E., «La conexión de antijuridicidad: criterios jurisprudenciales actuales», *Jornadas sobre la prueba ilícita en el proceso penal*, Las Palmas de Gran Canaria, 2009.

(39) El propio GONZÁLEZ CUSSAC afirma el riesgo existente en torno a esta propuesta de teoría aplicable en materia de prueba de crear «dos sistemas de derecho, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos», p. 321.

contrario al buscado en 1984 con la Sentencia 114/1984, pues mientras que ella plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas (sobre la base de lo acontecido en USA), en 1998 se acabó de consagrar la doctrina del árbol envenenado pero reduciendo, en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina. Corremos el riesgo, entonces, de que se produzca el aludido desmantelamiento de la *exclusionary rule* y la *fruit of the poisonous doctrine*⁽⁴⁰⁾.

Por último, señalar que estas ideas que venimos desarrollando ya han sido de alguna forma apuntadas desde alguna jurisprudencia, conforme se encuentra en el voto particular de la STS 1/2006, de 9 de enero (Magistrado Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez).

2. La evolución de la garantía de exclusión en la jurisprudencia norteamericana y la doctrina de las necesidades de protección de la norma

Si bien nuestro sistema de ilicitud probatoria viene previsto como forma de protección de los derechos y libertades fundamentales materiales (que pueden aparecer restringidos en una investigación criminal) y como medio de hacer valer o garantizar el derecho al proceso celebrado con todas las garantías *ex art. 24.2 CE* (no puede tener valor procesal lo obtenido con vulneración de un derecho fundamental), no siempre es así en otros sistemas legales.

Valga como ejemplo el sistema norteamericano⁽⁴¹⁾, del que hemos bebido en nuestra jurisprudencia. Allí se creó la norma de exclusión probatoria sobre la base de los derechos constitucionales, pero la aplicación jurisprudencial de la misma ha devenido en la actualidad como *remedio* judicialmente creado para disuadir a los poderes públicos de vulneraciones constitucionales en su investigación⁽⁴²⁾, alejado, por tanto, de su origen y sentido constitucional. Nótese que lo que para nosotros es un efecto (persuasión policial de que las transgresiones no son válidas en un proceso), en dicho sistema ha pasado a convertirse en línea argumental en su doctrina y jurisprudencia, de modo que, cuando la expulsión de una prueba ilícita no vaya a surtir efecto persuasivo alguno, no *vale la pena* su expulsión procesal. Esta línea jurisprudencial será estudiada en el epígrafe destinado al efecto.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Federal *Hudson vs Michigan 2006* ha ido más allá de esa propuesta de tasación de criterios que deben admitir tales pruebas directas y causalmente conectadas y ha recogido expresamente que la «función protectora de la norma transgredida» por el poder público debe entrar en consideración en el juicio de

(40) Prueba de este desequilibrio en el binomio «libertad-garantías del imputado y seguridad-colectividad» es la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial de la LECrim, donde se proclamaba explícitamente la necesidad de proteger la segunda parte del binomio, es decir, la seguridad ciudadana frente a la posible impunidad del delincuente que, debido a la lentitud y carestía de la justicia, queda libre a la espera de un juicio [LO 8/2002, de 24 de octubre (BOE 258, de 28 de octubre)].

(41) MIRANDA ESTRAMPES, M., «Análisis de la regla de la exclusión en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos», ponencia en el curso sobre la *Ilícitud de la prueba en el proceso penal*, 2.ª edición, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 7 de junio de 2012. A este respecto resulta muy interesante también el artículo de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EE.UU.», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008, pp. 23-36, y ARMENTA DEU, T., *Prueba ilícita*, Marcial Pons, 2.ª edición, 2011.

(42) GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2008.

ponderación que haga el tribunal, habilitándole para desconectar lo que causal y jurídicamente está conectado⁽⁴³⁾. Como se afirma en esta sentencia, «la exclusión de las pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso» y, por tanto, lo que venía siendo algo excepcional (admitir pruebas ilícitas conectadas) se convierte en la regla general. En nuestra opinión, ésta es la consecuencia lógica de haber admitido la teoría del nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.

Son cuatro las premisas que identifican esta nueva postura:

- a) La teoría del nexo causal atenuado supone que las pruebas derivadas de la originalmente ilícita son útiles y valorables, dado que razones de lapso de tiempo transcurrido, grado de vicio cometido, etc. atenuaban hasta su desaparición la ilegalidad de la mancha que cubría la primera acción. «Sin embargo, en el caso *Hudson* se presentaba una cuestión absolutamente novedosa. Ninguno de los dos factores habitualmente tomados en consideración a tal efecto tenía relevancia alguna»⁽⁴⁴⁾. De ahí que la Corte Suprema introdujera el criterio del «fin de protección de la norma vulnerada»⁽⁴⁵⁾.
- b) En segundo lugar, parte la Corte Suprema de la creencia de que la aplicación de la doctrina de la exclusión de las pruebas ilícitas supone dejar libre a los «culpables» y «peligrosos» y conlleva, como consecuencia, que los «agentes policiales se sientan inclinados a esperar más de lo que legalmente se requiere, lo que conllevaría que se favoreciera la violencia contra la policía, en unos casos, y destrucción de pruebas, en otros». Por tanto, «los costes sociales» son el argumento a tener en cuenta en esta regla de ponderación.
- c) Por último, alude la referida sentencia a la inutilidad de la expulsión probatoria por no producir efectos disuasorios ni preventivos en la actuación policial. Sólo la profesionalización de los cuerpos de policía puede contribuir a tal fin, afirma la sentencia. En tal sentido —continúa—, es más efectivo el recurso a los remedios civiles para que el ciudadano sea resarcido en los derechos violentados que la exclusión de las pruebas.

Esta postura enlaza directamente con la doctrina establecida por la el Tribunal Constitucional 81/1998.

3. La afectación de un derecho fundamental y el principio de separación de poderes

El art. 53.1 CE afirma que «Los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del presente Libro (del art. 14 al 38) vinculan a todos los poderes públi-

(43) Sentencia 126 S. Ct. p. 2159 (2006), comentada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.* (*supra*).

(44) Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006).

(45) «La atenuación no sólo puede ocurrir cuando la conexión causal es remota, sino cuando la exclusión no sirve a los intereses protegidos por la garantía constitucional que ha sido vulnerada. Los intereses tutelados por la regla “llamar antes de entrar” incluyen la vida y la integridad física, la propiedad y la intimidad y la dignidad de las personas en la medida en la que pueden verse afectadas por una irrupción súbita. Pero esta regla nunca ha protegido el interés privado en que el Gobierno vea o vea u obtenga pruebas que aparecen en la orden de registro. Puesto que los intereses vulnerados no tienen nada que ver con la obtención de pruebas, la regla de la exclusión resulta inaplicable», *cit.* Sentencia 126 S. Ct. p. 2161 (2006), citada por GÓMEZ JARA (*supra*).

cos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...». Se trata de una plasmación de las consecuencias impuestas por el principio de separación de poderes en el Estado de Derecho. El respeto por este principio se manifiesta como un límite a la creación jurisprudencial en materia de derechos y libertades fundamentales, dado que sólo se puede entrar a regular la esencia de los mismos a través de ley orgánica y con las limitaciones establecidas por la Constitución.

Como hemos intentado demostrar en estas líneas, la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra entre las garantías del denominado derecho al proceso del art. 24.2 CE. Ello —si es como decimos— significa que cualquier relativización del art. 11.1 LOPJ no es posible, pues sólo el legislador está autorizado para realizar una ponderación como ésta⁽⁴⁶⁾ y, por tanto, para formular excepciones a la regla del artículo 11.1 LOPJ⁽⁴⁷⁾. Este juicio de ponderación entraría, entonces, dentro de la esfera que impide la posible injerencia estatal de los jueces y su correspondiente deber positivo de actuación de los mismos a través de la expulsión («no surtirán efecto....») en aplicación de la garantía del artículo 11.1 LOPJ.

Por esta razón corresponde al legislador democrático decidir si quiere dar un paso atrás *menos garantista* y eliminar esta garantía primaria positiva, regulando un sistema tasado de excepciones o cánones comúnmente admitidos como estables en relación a la garantía de exclusión. Formará parte del modelo *democrático* deseado el admitir más o menos excepciones a la regla general de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, dejando con mayor o menor contenido y lagunas el derecho al proceso celebrado con todas las garantías. Consideramos que si el legislador reguló esta materia mediante Ley orgánica es porque en su concepción ubicaba esta garantía en un derecho fundamental, aunque no dijera cuál.

Si, por el contrario, este artículo 11.1 LOPJ no formara parte de este núcleo esencial del artículo 24.2 CE, como sí venimos defendiendo, es comprensible toda la acción llevada a cabo desde la STC 81/1998, de 2 de abril, en torno a la teoría de la desconexión de anti-juridicidad.

4. Primeras conclusiones

Según acabamos de explicar y a modo de resumen, consideramos:

- a) Que el ciudadano inmerso en un proceso tiene un derecho subjetivo a que el proceso del que es parte sea dirigido y celebrado por los órganos del Estado con todas las garantías, es decir, lo que también se entiende con matices como un proceso justo y equitativo;
- b) Ello se concreta en la obligatoria regulación legal de concretos mecanismos procesales que otorguen derechos frente al Estado y contraprestaciones claras a su titular

(46) GUARIGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, op. cit., pp. 82 y 89. Es decir, en nuestro ordenamiento, entre las pruebas «causalmente» conectadas, no puede el Juez formular esos juicios de desconexión contrarios al artículo 11.1 LOPJ, por tratarse de un precepto vinculado al artículo 24.2 CE, y sólo la acción del legislador podría pasar a excepcionarlo de forma legítima.

(47) Corresponde a la Jurisdicción pronunciarse sobre la existencia de una violación de derecho o libertad fundamental y sobre qué pruebas se encuentran o no *causalmente* conectadas entre sí, pero no puede «desconectar» lo que *causalmente* está conectado en contra del artículo 11.1 LOPJ.

(*garantías primarias*), algo que en este específico derecho procesal no ha ocurrido y ha generado la denominada *laguna primaria* y, por esta razón ha dado lugar a jurisprudencia tan contradictoria y al «cajón de sastre» aludido con anterioridad. Una de esas garantías será, precisamente, el artículo 11.1 LOPJ, objeto de este trabajo.

c) No aceptar esto supondría:

— Negar —en términos de FERRAJOLI— la «garantía primaria», es decir, ese derecho del ciudadano a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se restrinjan de forma respetuosa con la configuración legal exigible por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus intervenciones y su *modus operandi* se haga con plena supeditación a estas normas, so pena de expulsión, como exigencia positiva de actuación para estos poderes y ello en los términos establecidos en el artículo 11.1 LOPJ para las pruebas «causalmente conectadas» (art. 11.1 LOPJ).

— En segundo lugar, implicaría un desconocimiento de la «garantía secundaria» del derecho en cuestión (art. 24.2 CE), que es parte integrante de todo derecho fundamental, su proteccionabilidad o justiciabilidad, hilvanando aquí el tema con el denominado tratamiento procesal de las pruebas ilícitas, sobre el que nos pronunciaríamos a continuación.

La consecuencia práctica es obvia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues es abundante el número de pronunciamientos en sentencia declarativa denegatoria del amparo pero estimatoria de la vulneración de este derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que no da lugar a nada más. Esto deja en papel mojado el presente derecho fundamental⁽⁴⁸⁾.

3) Refuerza esta teoría el hecho de que no quede restringida en su aplicación el proceso penal y sea válida para impugnar la ilicitud probatoria en todos los órdenes.

4) Por último, aceptar esto —la dependencia de esta garantía de inadmisión probatoria (art. 11.1 LOP) del derecho al proceso celebrado con todas las garantías (art. 24.2 CE)— implica que el Tribunal Constitucional ya no puede realizar afirmaciones del tipo siguiente:

a) Cuando se viola en una investigación criminal un derecho fundamental de un tercero ajeno al proceso, en nada repugna al mismo el uso de dichas pruebas *a priori* ilícitamente obtenidas porque al imputado-procesado no se le ha violado derecho sustantivo alguno y, por tanto, no es de aplicación la teoría de los frutos del árbol envenenado «porque la no titularidad del derecho invadido rompe la conexión de antijuridicidad» (STC 238/1999, FJ 4.º). En conclusión, este subterfugio se da al vincular el 11.1 LOPJ al derecho fundamental sustantivo (o procesal) violado en la realización de la investigación.

(48) Afirma DE LA OLIVA: «una debida inteligencia de los derechos y garantías procesales, comporta la debida protección de unas y otras. Si una norma garantizadora se infringe, la sanción por esa infracción no puede depender del efectivo resultado negativo que produzca el comportamiento antijurídico contrario a la norma de garantía. (...) Se provoca una grave subversión jurídica, devaluadora de las garantías en todos los terrenos», DE LA OLIVA SANTOS, A., en VV.AA., *Derecho Procesal. Introducción*, op. cit., p. 441.

- b) Si por su lado, se vincula el 11.1 LOPJ a la propia existencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, como el Tribunal Constitucional a menudo tiende a «desconectar» lo causal e ilícitamente «conectado», se permite afirmar que el acervo sobre el que se condena está limpio de toda ilicitud al haber aplicado la tesis de la desconexión de antijuridicidad. De hecho la STC 81/1998 establece que la presunción de inocencia no puede ser «canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el derecho al proceso con todas las garantías» (FJ 3.º).
- c) En conclusión, la ubicación de esta garantía procesal fundamental (protectora de los derechos fundamentales implicados en una investigación y, por supuesto, de la presunción de inocencia) gana fuerza y terreno a los citados subterfugios si la entendemos como garantía primaria que desarrolla el derecho al proceso con todas las garantías *ex art. 24.2 CE*. Esta vinculación entre este derecho y esta garantía viene establecida en la STC 81/1998, aunque el poco valor dado al derecho al proceso celebrado con todas las garantías le permite *a posteriori* dejarlo en papel mojado (FJ 2.º).

El Tribunal Constitucional ubicó aquí la garantía porque era un derecho endeble y sin concretar. A tal fin intentan estas líneas contribuir y revalorizar un derecho fundamental procesal que posee una garantía expresamente desarrollada por Ley orgánica y que limita, por tanto, la labor de los Jueces, incluso los del Tribunal Constitucional.

IV. EL TRATAMIENTO PROCESAL COMO GARANTÍA DE EXPULSIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

A partir de estas premisas, procedo a reflexionar sobre los modos y tiempos en los que se puede poner de manifiesto la existencia de una prueba ilícita en el proceso⁽⁴⁹⁾.

El artículo 11.1 LOPJ impone, por un lado, la obligación del Juez de rechazar de plano y *motu proprio* la prueba que considere ilícitamente obtenida, tras el debido debate contradictorio. Igualmente, corresponde a la parte ponerlo de manifiesto en el trámite oportunamente dispuesto por la ley para su oposición, el recurso de apelación y casación, así como posteriormente el de amparo⁽⁵⁰⁾.

Dos premisas deben plantearse como punto de partida.

(49) CARMONA RUANO, M., «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que puede declararse?», *Jueces para la Democracia* núm. 25, 1996, pp. 95 y ss.; DEL MORAL GARCÍA, A., «Prueba ilícita: Últimas Tendencias...», *op. cit.*, *Jornadas sobre la ilicitud de la prueba*, Santa Cruz de Tenerife, junio de 2009 (sin página); MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 1999, p. 30; RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, 1998, p. 288; PASTOR BORGOÑÓN, «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *op. cit.*, pp. 356 y ss.; ASENCIO MELLADO, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; GONZÁLEZ MONTES, J.L., *op. cit.*, pp. 99 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M./LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Comares, 1994.

(50) Se tratan estas dos vertientes de las garantías primarias y secundarias de las que venimos hasta ahora hablando en el Capítulo I.

- a) En primer lugar, debemos partir de la idea de que el riesgo de contaminación del Juez sólo puede darse si estas pruebas llegan ante el Juez fallador, pues el órgano de instrucción, al tener la función de investigar y no tener que verificar y decidir; cuestión distinta es que ya ante él debe poderse poner éstas en entredicho.
- b) Por su lado, respecto del Juez que admite y practica estas pruebas en el juicio oral, consideramos que no «sufre» problemas de incompatibilidad de funciones⁽⁵¹⁾, sino de imparcialidad.

Como afirma URBANO CASTRILLO, debe interpretarse de una manera flexible la posibilidad de impugnar esta ilicitud en cualquier momento antes de la sentencia, siempre que se respete el debate contradictorio⁽⁵²⁾. Dilucidar este tema supone contraponer el valor otorgado por nuestra Constitución a los derechos fundamentales y el principio de preclusión de los actos procesales.

1. Regímenes de nulidad

A la luz de todo lo dicho, se hace necesaria una aproximación a los diferentes regímenes de nulidades que ofrece la ley ante la presencia de pruebas ilícitas, con el fin de convertirlas en ineficaces y expulsarlas del proceso e impedir su valoración por el órgano judicial.

La nulidad absoluta y la anulabilidad son categorías tomadas del derecho privado, que con el tiempo se han presentado como conceptos necesitados de revisión, y pronto fue la doctrina administrativista la encargada de liderar este trabajo de revisión⁽⁵³⁾. Por lo que a nuestro objeto de estudio afecta, éstas sirven para clasificar los actos procesales del Juez que padecen de diferentes grados de irregularidad y a los que, en consecuencia, se le anuda algún tipo de ineficacia. En materia de obtención de pruebas contamos con la variable de que no siempre se llevan a cabo bajo el control jurisdiccional. Este dato no carece de importancia, pues los actos de investigación no realizados bajo la cobertura judicial necesitarán de un mayor control *a posteriori* sobre su legalidad. Ello refuerza la necesidad de que el control sea de oficio y de parte.

En esta materia los artículos 11.1 y 238 y ss. de la LOPJ imponen los regímenes de nulidad de forma muy diferente. Mientras que el primero sanciona con ineficacia las pruebas obtenidas con violación directa o indirecta de derechos fundamentales, el segundo se reserva para declarar la invalidez e ineficacia de las irregularidades de menor envergadura (siempre que cumplan los requisitos del régimen de nulidades), tanto en la obtención de las pruebas como en la incorporación de éstas al proceso.

Excede de nuestro objeto de estudio reflexionar exhaustivamente sobre la valoración que la Jurisprudencia ha dado a este régimen de nulidad, ni que debamos analizar pormenorizadamente las dificultades que ofrecen los artículos 238 y ss. LOPJ, pero sí es

(51) MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 329.

(52) URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, 1997, p. 23.

(53) SANTAMARÍA PASTOR, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público)*, Madrid, 1972.

conveniente —con carácter principal— revisar el tratamiento procesal que estos vicios deben recibir en la instancia dentro de los diferentes procesos y —con carácter secundario— los recursos ordinarios y extraordinarios posibles, la nulidad de actuaciones de los artículos 240 LOPJ y 225 LEC, o la anulación de sentencias firmes por medio del recurso de amparo. Pensemos que hablar de esto es tanto como aludir a esos poderes jurídicos y expectativas que puede tener el ciudadano titular de derechos subjetivos o, en conclusión, de la garantía secundaria de protección o justiciabilidad derivada del derecho al proceso celebrado con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En primer lugar, es necesario precisar las diferencias existentes entre invalidez, como sanción impuesta por el Juez, e ineficacia, como falta de efectos conforme a un mandato legal. Para que se produzca esta última, es imprescindible una declaración formal de nulidad o anulabilidad del órgano jurisdiccional. Entretanto no se realice esta declaración, existe una apariencia de legalidad y el acto produce su eficacia. En términos de prueba ilícita, en tanto el Juez no conozca, bien de oficio, bien a instancia de parte, de esta ilicitud, esas pruebas entrarán en el proceso y podrán incluso formar parte del acervo probatorio.

La aplicación del artículo 11.1 LOPJ debe conllevar un grado de ineficacia más grave que aquellos cuya incardinación se hace a través del artículo 238, aunque los dos preceptos protejan el proceso justo y equitativo.

- a) El grado de ineficacia del artículo 11.1 LOPJ se debe analizar como un supuesto de invalidez como *sanción jurídica* a una violación grave y específica de derechos fundamentales, privando a todo el material obtenido de eficacia probatoria. Ello alcanza tanto a las pruebas directas como a las derivadas, es decir, se desprende una ineficacia refleja a estas últimas. Esta nulidad de raíz impone una imposibilidad de subsanación y convalidación de los vicios de los que adolece el acto ilegal originario. Se trataría de un supuesto de invalidez expresa, cuya manifestación o impugnación se llevará a cabo a través de los diferentes medios establecidos en el artículo 238 LOPJ y, en especial, a través del recurso de amparo.
- b) Frente a esto, el artículo 238.3 LOPJ impone una invalidez como *valoración jurídica*, como cláusula de cierre para todas aquellas irregularidades en materia probatoria que no tienen una sanción específica, con la posibilidad de graduar la sanción en función del tipo de ilegalidad cometida⁽⁵⁴⁾. A partir de aquí, el alcance de la ineficacia atenderá al principio de conservación de los actos procesales establecido en los artículos 242 LOPJ y 230 LEC, de forma que «la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción». Además estos actos viciados son subsanables y convalidables. Se debe tener en cuenta en ambos casos que la sentencia firme convalida todos los defectos que no hayan sido impugnados, conforme a los criterios de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE⁽⁵⁵⁾.

(54) Por ésta entenderemos cualquier violación, sea de derecho fundamental o no, que no afecte al momento de obtención de la fuente probatoria, que cumpla los presupuestos allí establecidos. El supuesto más claro será el de incorporación de las pruebas al proceso.

(55) Los artículos 240 LOPJ y 227 LEC realizan una suerte de clasificación de los posibles recursos. En primer lugar, estas irregularidades más o menos gravosas deben impugnarse por los medios legales establecidos tanto de forma

2. La impugnación de la ineficacia pendiente el proceso

En este sentido vamos a hacer mención de este posible control en fase de instrucción, procedimiento abreviado, ordinario, de enjuiciamiento rápido, proceso ante el Tribunal del Jurado, proceso de menores, casación y amparo según corresponda, así como el incidente de impugnación de este tipo de pruebas establecido en el art. 287 LEC. Conviene también observar las decisiones adoptadas y propuestas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de la antigua legislatura.

A) Fase de instrucción

La LECrim adolece de un importante grado de imprecisión en la materia y guarda silencio en torno a este punto y en esta fase. Pero todo hace pensar en su conveniencia a fin de evitar la introducción en el plenario de una fuente de prueba hallada de forma ilícita⁽⁵⁶⁾.

La cuestión no es simple pues, si bien la inadmisión de ese elemento probatorio evita la futura contaminación del órgano decisor⁽⁵⁷⁾, priva de una competencia que corresponde a este último, destinada a convertir este acervo, fruto de la investigación, en prueba de cargo. Sin embargo la envergadura de esta posible violación y el derecho al proceso justo nos hace pensar que ya en esta sede debe ser controlable la ilicitud de este material, todavía no convertido en medio de prueba. Parece conveniente, por tanto, el control de esta fuente de prueba tan pronto como sea patente esa ilicitud, hasta el momento de concluir el sumario o incluso al resolver sobre las medidas cautelares, pues de otra forma no tiene sentido esperar hasta el juicio oral, cuando pudiera ésta ser la única prueba de cargo⁽⁵⁸⁾. Además, el peli-

ordinaria como extraordinaria, incluyendo la posible impugnación de la cosa juzgada mediante el recurso de amparo y el excepcional incidente de nulidad previsto en el artículo 240.3 LOPJ. No consideramos que el juicio de revisión sea aplicable a los presentes efectos o, por lo menos, sin matices. Es decir, tienen que aparecer nuevos medios de prueba que pongan de manifiesto la ilicitud de los antiguos fijados en sentencia firme «y que cuestionen su fiabilidad o credibilidad (...) lo que concuerda con la finalidad profiláctica (...) de la institución de la prueba ilícita», DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.* (sin página).

(56) La STS de 24 de junio de 1993 afirma que «No es pacífico el tema de si el propio Juez de instrucción puede/debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un derecho fundamental y tampoco sobre la preclusividad o no del efecto si en dicha fase el problema no se plantea y el Juez no lo defiende de oficio. Como es frecuente en el derecho, en este caso, nos parece adecuado establecer las reglas fijas. Todo puede depender de las circunstancias. Si se constata una vulneración grave en fase de instrucción —una declaración prestada bajo tortura, por ejemplo— el Juez sin duda, declara su nulidad para separar del proceso esa actividad».

(57) No sólo del órgano decisor, sino también el propio Juez instructor o Ministerio Fiscal, en su caso, pues siguiendo a BAÑO Y ARACIL, J., «El Ministerio Fiscal en la Instrucción de los delitos», *Revista General del Derecho*, núm. 594, pp. 1759-1960, se plantea la problemática de que el mismo órgano que pide la diligencia, que resulta ser nula, debe ir contra sus propios actos. Esto se hace extensible a la función del Ministerio Fiscal a la hora de pedir medidas cautelares, por ejemplo.

(58) Existe una corriente doctrinal que tiende a distinguir entre «admisibilidad» y «apreciabilidad» (BAYARRI GARCÍA, C., «La prueba ilícita y sus efectos», *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pp. 433-434; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *op. cit.*, p. 48). Es decir, aunque el artículo 11.1 LOPJ exige que estas pruebas no surtan ningún tipo de efecto, como hasta que no se admiten las pruebas normalmente no se puede saber si son lícitas o no, se defiende que sean admitidas (salvo clara ilicitud) y que corresponda al Juez fallador la valoración que estime conveniente. Sin embargo, en nuestra opinión, cuanto más se dilate el momento de expulsión de esa prueba más difícil será para el juzgador deshacerse de la contaminación sufrida.

gro aumenta si observamos que a partir de esta ilicitud pueden obtenerse otras diligencias investigadoras y fuentes de prueba que, aun siendo lícitas, devengan inútiles por la eficacia refleja del artículo 11.1 LOPJ⁽⁵⁹⁾.

La investigación realizada por el Juez de Instrucción no es incompatible con la «valoración» que en ese momento proponemos, pues no es un juicio, basado en la intermediación y tendente a convencer al órgano fallador, por la razón de que ni nos encontramos ante este Juez ni en el juicio oral (único momento de valoración de las pruebas). Si esta situación se puede salvaguardar durante la instrucción, esta solución nos sigue pareciendo más razonable y acorde con la *voluntas legislatoris* del artículo 11.1 LOPJ.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999: «Ahora bien, si a pesar de la vigilancia del Fiscal para impedir la intervención de las comunicaciones telefónicas sin habilitación judicial suficiente, éste ha tenido lugar y se pretende su incorporación al proceso, el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano jurisdiccional se declare la nulidad de esa actuación, y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado. Para ello cuenta, desde la *misma fase de instrucción* y en caso de que no pueda prosperar ya el recurso (por preclusión del plazo, por ejemplo), con el expediente previsto en el artículo 240.2 LOPJ. El hecho de que el incidente lo promueva de oficio el Juez no obsta para que el Fiscal pueda instar del órgano judicial el planteamiento del incidente, lo que podrá hacer bien sirviéndose del cauce de los trámites de alegaciones expresamente previstos en la ley procesal, o bien por escrito dirigido al Juez en cualquier momento de la tramitación. Este incidente de nulidad *ex officio*, por otra parte, puede plantearse no sólo en la fase de instrucción, sino en cualquier momento del proceso antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso».

Otro momento conveniente para la valoración y decisión sobre la ilicitud de las pruebas y decisión sobre su licitud o expulsión puede ser el de adopción de medidas cautelares⁽⁶⁰⁾ o el momento de dictar auto de procesamiento, pues el inculpado puede verse beneficiado por la exclusión de alguna de estas pruebas.

Se le encomienda al Ministerio Fiscal velar por la legalidad del proceso e inspeccionar el sumario (art. 773 LECrim), de ahí que se deba entender su legitimación para impugnar la presencia de ilicitud en la obtención de las pruebas, pero también puede oponerse a la resolución judicial que declarara la nulidad de las pruebas y recurrir en apelación y casación (STS de 22 de enero de 1998, DER 98/150)⁽⁶¹⁾.

(59) El problema del control se hace evidente durante la fase sumarial surge a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional de la Sentencia 81/1998. El vuelco jurisprudencial por ella producido supone la admisión en el proceso de pruebas ilícitas que, aunque no sirven para enervar la presunción de inocencia, sí son suficientes para introducir material probatorio lícito a partir de ella, si se logra romper la conexidad antijurídica que las une. La aludida sentencia pone el acento en el momento de valoración al decidir sobre la validez de esa prueba y sobre si constituye suficiente prueba de cargo.

(60) MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 1999, p. 127.

(61) Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999: «6. Desde otra perspectiva, cabe la posibilidad de que habiendo declarado el Tribunal sentenciador la nulidad de la prueba de intervención de las comunicaciones, bien por vulneración de exigencias constitucionales, bien por inobservancia de los requisitos propios de la legislación ordinaria,

Para el caso hipotético de que en un futuro se atribuyera la instrucción al Ministerio Fiscal, este control sigue estando en sus manos, que deberán velar por que la autorización —siempre judicial— sea conforme a la Ley. De no cumplirse la legalidad deberá ponerlo de manifiesto y abstenerse de realizar tal limitación de derechos. Para entender lo que decimos, piénsese en la facultad atribuida al Ministerio Fiscal por el artículo 773 LECrim: «para hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal». Pero precisamente aquí radica la diferencia, pues mientras que la toma de declaración ante el Juez va a ser controlada por el Fiscal ¿quién controla la declaración ante éste? El papel del Juez sentenciador como garante es claro en esta fase de instrucción⁽⁶²⁾.

B) *En el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*

Antes de la reforma parcial de la LECrim se regulaba un trámite específico para discutir sobre la licitud de las pruebas, conforme establece al artículo 793.2 LECrim en la audiencia preliminar. Aun así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a este precepto era muy confusa. No encontramos una dirección unívoca en sus sentencias⁽⁶³⁾.

provocando con ello la absolución del acusado, el Fiscal no esté conforme con dicha resolución, en cuyo caso deberá recurrir, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia más reciente se ha pronunciado a favor de la legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración de derechos fundamentales, y en concreto el de la tutela judicial efectiva, no sólo en defensa y postulación de los derechos del acusado y de la víctima, sino también para reclamar los derechos y garantías que la Constitución reconoce a los que son parte en un proceso penal (SSTS núm. 797/1994, de 14 de abril, núm. 87/1996, de 6 de febrero, y núm. 214/1997, de 12 de febrero).

Por ello, en el ejercicio de esta reconocida legitimación, el Tribunal Supremo (sentencias núm. 1455/1997, de 25 de noviembre, y núm. 79/1998, de 22 de enero) admite que, en el caso de que se haya producido indebidamente la anulación de una prueba, y ello haya conllevado una *absolución injusta, al Fiscal le es lícito instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos*, derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución, y ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías, que el Fiscal asume (art. 3.1 del EOMF) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso. Aún más, al Ministerio Fiscal *no sólo le es lícito recurrir, sino que está obligado a ello cuando*, de forma incorrecta, se haya declarado la nulidad de la prueba, ya que ésta es la única posibilidad de que se declare conforme con la Constitución la intervención practicada y pueda entrarse a valorar la prueba obtenida, de la que el Fiscal se había visto indebidamente privado en el ejercicio de los derechos e intereses de la sociedad cuya representación tiene atribuida».

(62) GARCÍA-PANASCO MORALES; G., «El problema de la prueba ilícita del fiscal instructor», *Jornadas sobre la prueba ilícita penal en el proceso penal*, 12 y 13 de febrero.

(63) STS 25 de enero de 1997 (Ar. 109) «El artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un solo acto, diversas cuestiones que en el proceso común u ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate, que no es otro que el que surge en el momento del juicio oral, acentuando de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta audiencia preliminar puede versar sobre: a) Competencia del órgano judicial; b) Vulneración de algún derecho fundamental; c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento; d) Causas de suspensión del juicio oral; e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del juicio oral.

A continuación, el legislador expresa su voluntad de que las cuestiones sean resueltas en el mismo acto sin precisar si se debe dictar una resolución previa, que en forma de auto resuelva el incidente suscitado o bien que, en la misma sentencia, se aborden los puntos debatidos y se pueda resolver definitivamente el objeto del proceso y el contenido de la acusación, en sentido absolutorio o condenatorio. La referencia que algún sector de la doctrina hace a los artículos de previo pronunciamiento nos llevaría, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 675 y 577 de la Ley de En-

Quedan superadas las dudas respecto a la forma del acto por el que el Juez debe resolver este tipo de cuestiones. Si bien exigencias del principio de oralidad e inmediación imponían al Juez que decidiera mediante resolución oral sobre la violación del derecho fundamental⁽⁶⁴⁾, ello impedía la interposición del recurso en el momento, quedando limitada su impugnación a un simple «protesto» a efectos de un futuro recurso de apelación con el fondo de la sentencia. En este sentido, la resolución oral dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 10 de junio de 1991 (caso Blasco) fue paradigmática, a pesar de que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia seguían interpretando que en estos casos debía resolverse mediante auto⁽⁶⁵⁾.

En segundo lugar, respecto al momento, tradicionalmente tampoco existía unanimidad a la hora de delimitar el momento de resolución de esta impugnación. Se abogaba por una solución *ipso facto*, sin que fuera conveniente posponerlo a la sentencia⁽⁶⁶⁾, pues se incrementaba el riesgo de llegarse a practicar prueba ilícita y de contaminar al órgano jurisdiccional. Los inconvenientes de resolver en la sentencia junto al fondo también son claros, pero es verdad que, en ocasiones, hasta que no se practica la prueba no se es consciente de dicha vulneración. CARMONA se decanta por admitir, al igual que ocurre en derecho anglosajón, un *trial into the trial* o prueba sobre la prueba, a modo de incidente previo donde discutir sobre la licitud de la prueba⁽⁶⁷⁾. Con ello, si bien no se evita el perjuicio psicológico sobre el órgano decisor, por lo menos se evita que éste llegue a tomar en consideración incluso las pruebas derivadas y que con ello deba acabar toda la actividad en vacío. La misma solución aportada con anterioridad nos parece razonablemente aplicable. Como afirma CORBAL, «El tema parece tener sencilla solución. Frente a la contaminación, motivación»⁽⁶⁸⁾.

En conclusión, podemos afirmar que la Ley ha mantenido el trámite específico de control tras la apertura del juicio oral, donde «dictará auto admitiendo las pruebas que considere pertinentes y rechazando las demás»; de esta forma, si objetivamente comprobara el Juez que concurre ilicitud —algo no fácil *a priori*—, podría denegar su práctica (art. 785).

juiciamiento Criminal, a la solución de elaborar un auto previo que pudiera llevar al sobreseimiento libre de la causa. La adopción de la fórmula del sobreseimiento tiene su justificación, en el procedimiento ordinario, en que todavía no se ha acordado la apertura del juicio oral, por lo que no es posible dictar una sentencia absolutoria. *Por el contrario, en el procedimiento abreviado, ya se ha acordado la apertura del juicio oral y señalado un día y hora para la iniciación de sus sesiones y de hecho se comienza su celebración con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa, por lo que nos encontramos en una fase en la que rige el principio de unidad de acto, por lo que parece más lógico que todo el debate, tanto las cuestiones preliminares, como el resultado de la prueba, en el caso de que llegue a practicarse alguna, debe ser resuelto mediante sentencia que ponga fin al acto de apertura del juicio oral.*

(64) MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 320.

(65) LÓPEZ-FRAGOSO, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1992, p. 147.

(66) MARCHENA GÓMEZ, M./LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 108, y MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 325-236.

(67) CARMONA RUANO, M., «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que pueda declararse?», *op. cit.*, pp. 95-99; GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: la «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Ed. Revista General del Derecho, 1999, pp. 175 y ss.

(68) CORBAL, «La adquisición procesal y la carga de la prueba», *La prueba en el proceso civil*, CCGPJ, 1993, pp. 172-173.

Contra este auto no cabe apelación «sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada la prueba pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones». A tenor del artículo 786, al inicio del juicio oral se abrirá un turno de intervenciones donde poner de manifiesto la vulneración de un derecho fundamental que pudiera provocar la nulidad de actuaciones⁽⁶⁹⁾. Nótese que aquí se abre un debate de alegaciones, no de prueba y si no se practica la citada «prueba sobre la prueba» difícilmente se podrá saber el alcance de dicha ilicitud. La resolución será oral e *ipso facto* y frente a ella no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y del posterior recurso con el fondo de la sentencia⁽⁷⁰⁾.

Con posterioridad, el artículo 792 regula la apelación de la sentencia por quebrantamiento de forma esencial que impone al Juez, sin entrar en el fondo del asunto, ordenar que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, *sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sea idéntico no obstante la falta cometida*.

Se ha planteado la posibilidad de que la parte también pueda ponerlo de manifiesto en el momento de calificaciones definitivas, así como en la fase de informes (arts. 734/788 LECrim), en aquellos casos en los que se parte de la no preclusividad de este tipo de impugnaciones⁽⁷¹⁾. Aunque el debate contradictorio del artículo 788.3 LECrim parece referirse a posibles modificaciones en el escrito de calificaciones definitivas, nada parece obstar a poner este dato de manifiesto, dado que a partir de ese momento se abre un debate contradictorio con fase de prueba, que puede llevar a cambiar a calificación. En este sentido, cuando la prueba ilícita sea la única prueba hábil o las restantes pruebas deriven de ella, el Ministerio Fiscal debe solicitar el sobreseimiento de la causa.

Para los denominados «juicios rápidos» del artículo 802, se deberá estar al turno de intervenciones del procedimiento abreviado. A lo dicho en el epígrafe anterior nos remitimos, con la única mención de la dificultad añadida que impone la celeridad propia de estos procesos.

(69) Cabe plantearse —siguiendo a RODRÍGUEZ SOL— la posibilidad de que el órgano fallador revise en esta sede la prueba declarada ilícita o lícita por el instructor. Este autor distingue a estos efectos entre aquellas resoluciones que gocen de firmeza y las que no. «Entendemos que la posición prevaleciente de los derechos fundamentales en el proceso exige no limitar las posibilidades de alegación de vigencia de los mismos en caso de vulneración, por lo que opinamos que no se verán el Juez de lo penal y la Audiencia, a la hora de resolver el incidente, en absoluto vinculados por la resolución dictada por el instructor, al menos, en el supuesto de que dicha resolución haya desestimado una pretensión de nulidad fundada en la vulneración de derecho fundamental. Con mayor motivo, si la resolución no es firme por estar pendiente un recurso de queja, aunque en este caso la prudencia aconsejaría, aun teniendo presente el carácter no suspensivo de la queja, demorar la resolución del incidente —máxime si el juicio oral se ha abierto ante la propia Audiencia— en tanto no se pronunciase ésta acerca del recurso. Por último, incluso en el supuesto de que ya se hubiese resuelto la queja al llegar al trámite del artículo 793.3 LECrim, no vincularía esta resolución (...) al Juez de lo Penal ni a la propia Audiencia siempre que motivadamente pudiesen razonar que existen otros elementos de juicio que exigen una nueva valoración de la cuestión, y ello insistimos una vez más, porque cualquier interpretación restrictiva o limitadora de la eficacia de los derechos fundamentales resulta rechazable», RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, 1998, p. 288.

(70) Y conviene recordar aquí lo dicho al inicio de este epígrafe, a saber, que no existe incompatibilidad de funciones por el hecho de que el Juez fallador revise una resolución impugnada mediante recurso devolutivo proveniente de un acto de instrucción.

(71) Es numerosa la jurisprudencia que admite la no preclusión de este derecho (STS de 31 de mayo de 1994, y 60/1997, de 25 de enero), así como la Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado.

C) *En el procedimiento ordinario*

Como se acaba de comprobar en el procedimiento abreviado, aun existiendo un precepto expresamente destinado a regular el tratamiento procesal de las pruebas ilícitas, la solución no es fácil; mayor dificultad encontramos en el procedimiento ordinario, donde se regula un trámite de cuestiones previas en el artículo 666 LECrim, aunque sin hacer mención especial a este motivo en concreto⁽⁷²⁾. De este modo, o bien se hace una interpretación amplia de este precepto (STS de 7 de junio de 1997) o difícilmente podrán aplicarse analógicamente los artículos 793 y 785 LECrim al procedimiento ordinario (STS de 7 de junio de 1997 y STS de 6 de octubre de 1995).

El Tribunal Supremo, tradicionalmente, ha negado la aplicación de los artículos 793.2 y 785 LECrim por interpretación extensiva, por lo que parece inclinarse por la opción de que se resuelva en el trámite de sentencia, con los perjuicios que ello puede conllevar⁽⁷³⁾. Sin embargo, de la jurisprudencia de las Audiencias se puede deducir que son tres los momentos posibles para impugnar la nulidad de actuaciones por existencia de prueba ilícita: es decir, tanto al inicio de la vista como en el momento de admitirse la prueba y, finalmente, al dictarse sentencia. Posteriormente, en su fase correspondiente de recursos.

Reiteramos que decidir sobre la ilicitud de una prueba antes de la sentencia afecta a su imparcialidad. En nuestra opinión, el órgano decisor tiene mecanismos para abstraerse de una posible contaminación sin que por ello quede en entredicho el principio de economía procesal y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que subyace de toda esta problemática. Contra la contaminación del Juez no existe remedio más efectivo que la motivación, conforme decíamos con anterioridad. Por otro lado, siempre existe el recurso de casación por tratarse de un vicio *in procedendo* que da lugar a un vicio *in iudicando*. La situación no es sencilla, y ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la STC 49/1999, que resume claramente la difícil situación que se deriva de todo lo expuesto⁽⁷⁴⁾.

(72) Hay que tener en cuenta que este debate es más bien documental y, por tanto, insuficiente a los efectos que buscamos. *Vid.* el epígrafe relativo a la prueba sobre la prueba.

(73) STS de 14 de junio de 1995 (Ar. 5345), FJ 2.º: «El primer motivo del recurso del condenado Juan R. G. se formula por infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (artículo 24.1 CE) y se fundamenta en la negativa del Tribunal a tratar como cuestión previa la alegación de nulidad de determinadas pruebas, efectuada por la defensa del recurrente antes del inicio del juicio oral. El motivo debe ser desestimado pues lo que plantea el recurrente no es la supuesta nulidad de las pruebas sino que, con independencia de que éstas sean válidas o no, le provoca indefensión el momento procesal al que la Sala remite el debate (el juicio oral) y en el que lo resuelve (la Sentencia), en lugar de hacerlo en el turno de intervenciones a que se refiere el artículo 793.2.º de la LECrim, inmediatamente después de comenzado el juicio. *La pretensión carece de fundamento pues en el procedimiento ordinario, por el que se tramitó la causa, no está regulado este debate preliminar, y aunque nada impide que el Tribunal admita determinadas alegaciones previas —y de hecho así se venía haciendo con relativa frecuencia antes de la reforma introducida por la Ley 7/1988— nada obliga al Tribunal a hacerlo así, ni desde luego, a resolverlas en dicho momento, máxime cuando determinadas cuestiones por su complejidad y por la relación que mantienen con el conjunto de los temas enjuiciados, se resuelven de modo más adecuado en la Sentencia definitiva, tras el conocimiento y debate plenos que proporciona el juicio oral.*»

(74) STC 49/1999. Voto particular del Magistrado D. Julio González Campos. «B) En segundo término, no es procedente, a mi entender, la retroacción de las actuaciones acordada en el fallo, tanto por razones prácticas como por otras vinculadas con la efectividad de los derechos fundamentales. En cuanto a las primeras, basta reparar simplemente en el largo tiempo transcurrido desde la comisión del delito, lo que hace difícil si no imposible la repetición del juicio oral con la presencia de todos los acusados y testigos, algunos de nacionalidad extranjera.

D) *En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado*

Nos encontramos ante una situación legalmente regulada de modo muy distinto⁽⁷⁵⁾. El artículo 36.1.b) de la LOTJ regula de forma eficiente el trámite de las cuestiones previas, destinadas a poner de manifiesto la posible violación de un derecho fundamental en la obtención de la prueba, según se desprende de la Exposición de Motivos; además —y lo más importante—, ello se produce antes de la constitución del Tribunal.

Se entiende que estos aspectos sobre la ilicitud de la prueba deben poderse poner de manifiesto tanto de oficio como a instancia de parte en este trámite de cuestiones previas, intentando la Ley —en nuestra opinión acertadamente— que no entren pruebas ilícitas al juicio oral una vez constituido el tribunal del jurado. El problema será —siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES— que el Magistrado-presidente no tendrá en sus manos «la totalidad del material sumarial»⁽⁷⁶⁾, y lo habitual será que ese enjuiciamiento de la ilicitud se traslade a un momento posterior. Para ello, la Ley 5/1995, con afán de que todo el acervo probatorio llegue limpio de posibles ilicitudes, permite recurrir esta decisión previa en apelación y casación, al impugnar este vicio con la totalidad de la sentencia⁽⁷⁷⁾.

Llegado el momento del veredicto del Jurado, el artículo 54.3 señala simplemente «la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él», pero nada impide, por tanto, el efecto psicológico contaminante, con la agravante de que la motivación en jueces legos se hace especialmente difícil. Tampoco el Magistrado-presidente puede excederse en sus instrucciones a este respecto, pues constituye motivo de apelación la parcialidad de éste en las instrucciones dadas al Tribunal del Jurado. Por esta razón la única posibilidad verdaderamente factible sería al inicio del juicio oral, conforme al artículo 45 LOTJ, y siempre y cuando no se encuentren presentes los miembros del Jurado, con el fin antes aludido.

Por último, siempre podrá ser controlada la ilicitud de las pruebas a través del recurso de apelación con la sentencia definitiva [art. 846 bis.c)], por vulnerarse la presunción de inocencia si no existieran otras pruebas de cargo jurídica y causalmente independientes [art. 846 bis.c) letra a) LECrim] o al quebrantarse las normas y garantías procesales [art. 846 bis.c) LECrim].

E) *En el proceso de menores*

Al llevarse a cabo la instrucción por el Ministerio Fiscal será éste el encargado de velar por los derechos del menor y de poner de manifiesto *ipso facto* la ilicitud de las pruebas,

En cuanto a las segundas, con *la retroacción* se produce a mi entender una indudable merma en la función de tutela del derecho constitucional a la presunción de inocencia que corresponde a este Tribunal, al privarse a los recurrentes de otras medidas más apropiadas para restablecerles en ese derecho (arts. 54 y 55 LOTC). En segundo término, porque correlativamente *quedan minimizados los efectos del otorgamiento del amparo*, pues quienes fueron condenados y previsiblemente ya han cumplido las condenas se ven ahora, pese a ese otorgamiento, *nuevamente enfrentados a un proceso penal*. Con la paradoja en cuanto al primer grupo de recurrentes, además, de que han de comparecer cuando este Tribunal ya ha estimado que en las anteriores condenas se vulneró su derecho a la presunción de inocencia (STC 3/1992)».

(75) MONTERO AROCA, J., *Los recursos ante el tribunal del Jurado*, Tirant lo Blanch, 1999; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley del Jurado* (coord.), Madrid, 1999.

(76) MIRANDA ESTRAMPES, M., «Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado», *El Tribunal del Jurado* (VV.AA.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1995, pp. 493-494.

(77) *Vid.* el epígrafe relativo a la prueba sobre la prueba.

teniendo en cuenta que las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales corren a cargo del juez de Instrucción⁽⁷⁸⁾. Ello nos hace pensar que el propio Ministerio Fiscal podrá de oficio impugnar este material probatorio obtenido durante la investigación antes de pasar al enjuiciamiento ante el juez de menores. Si ésta entrara en la fase plenaria, podrá el letrado del menor impugnarlas, teniendo en cuenta que no existe trámite a tal fin destinado; la simple manifestación permite al Juez «la subsanación del derecho fundamental vulnerado» (art. 37). En todo caso, el Juez de menores podrá abstenerse de valorar en la sentencia esas pruebas impugnadas.

F) *La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha regulado en su artículo 287 el problema de la obtención de pruebas ilícitas y su tratamiento procesal, de forma que este régimen supletorio nos sirve para interpretar la norma procesal penal⁽⁷⁹⁾.

De esta forma, cuando alguna de las partes o el Juez entendiera que se han vulnerado derechos fundamentales en la obtención u origen de la prueba, «habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes». Se trata de un trámite preclusivo, a discutir en la audiencia previa pero que el Juez resolverá en el acto de juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que se inicie la práctica de la prueba⁽⁸⁰⁾. «A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud». Se prevé, por tanto, un incidente declarativo de la ilicitud basado en la contradicción donde se realizará la denominada prueba de la prueba, es decir, el *trial into the trial* al que nos referíamos con anterioridad.

Es muy razonable la postura mantenida por la LEC y acorde con la preeminencia de los derechos fundamentales, de forma que se alegará el vicio tan pronto como la parte o el Juez tenga conocimiento de su existencia. A continuación la solución la ha pospuesto el legislador al momento de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. Esto tiene sentido porque evita que se llegue a practicar una prueba que pueda ser ilícita, impidiendo la contaminación del órgano juzgador, pero ¿debe considerarse realmente preclusivo tratándose de derechos fundamentales⁽⁸¹⁾? Obsérvese que la LEC se refiere a la posibilidad de impugnar las pruebas ilícitas *admitidas* en juicio. En nuestra opinión ello no obsta a que si se reputan ilícitas con anterioridad así pueda ser puesto de manifiesto a instancia de parte o de oficio⁽⁸²⁾.

(78) Respecto al proceso de menores *vid.* VV.AA., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001; APARICIO BLANCO, P., «Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de menores, en el ámbito de la Ley de Responsabilidad del menor», *PJ*, núm. 60, 2000, pp. 169-224; CARDENAL GÓMEZ, M.R., «La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador», *La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor*, EJMF 2000, vol. VI., pp. 55-80.

(79) MORENO CATENA, V. (VV.AA.), *El proceso civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 2228-2233.

(80) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 215 y ss.

(81) En sentido contrario a este interrogante y a favor, por tanto, de un control *sine tempore* ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 261, y DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 419 y ss.

(82) Véase también DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 296.

«Contra esta resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el acto del juicio o de la vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva».

La presente situación supone la configuración de un primer recurso no devolutivo ante el juez *a quo* a fin de no dilatar el proceso y, sólo con posterioridad, ante la Audiencia Provincial en apelación con el fondo del asunto. Esto, trasladado al plano del proceso penal, significa, al igual que está previsto en el procedimiento abreviado, la posibilidad de interponer el recurso de reforma y súplica ante el mismo órgano que dictó la resolución.

Nada dice la LEC sobre la prueba derivada. Ello no significa que se puedan admitir, dada la aplicación del art. 11.1 LOPJ; antes bien, a los efectos del art. 242 LOPJ se impide que de los actos originarios nulos se deriven otros con eficacia procesal, salvo que fueren independientes de aquel o cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

G) Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica de Desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal

El antiguo Ministro de Justicia, D. Francisco Caamaño, dejó diseñado un anteproyecto de Ley que, en una línea clarificadora, pero poco respetuosa con la regla de la exclusión probatoria en los términos establecidos en la LOPJ (art. 11.1), señalaba: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Sin embargo, la ley procesal penal podrá autorizar la utilización de las informaciones obtenidas a partir de las mismas siempre que no guarden una conexión jurídica relevante con la previa lesión del derecho fundamental. Esta excepción nunca podrá aplicarse en caso de tortura o atentados graves a la integridad física o moral». Igualmente en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal se disponía lo mismo en su artículo 129⁽⁸³⁾.

En nuestra opinión un precepto como éste representa el desmantelamiento de la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ. Responde a un modelo diferente de tutela de los derechos fundamentales que, en caso de llevarse a cabo por Ley Orgánica, podrá limitarse y diseñarse de otra forma menos garantista, conforme aquí se propuso. Hay que ser conscientes de lo que supone tal línea de modificación.

3. Medios de declaración de la ineficacia una vez dictada la resolución que pone fin al proceso

Finalmente, resta aludir a la posible impugnación de la ilicitud mediante recurso de casación, amparo y el incidente de nulidad previsto en el art. 240.3 LOPJ⁽⁸⁴⁾.

(83) Artículo 129. Pruebas derivadas o reflejas.—1. Las pruebas obtenidas a partir de los conocimientos adquiridos con la previa lesión de un derecho fundamental solo podrán ser utilizadas en el juicio oral y valoradas en la sentencia si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria. 2. A los efectos de determinar la existencia de esa conexión se tendrá en cuenta la índole y características de la vulneración producida, el resultado obtenido con la misma y las necesidades esenciales de tutela que la efectividad y realidad del derecho fundamental exija».

(84) Respecto a este incidente de nulidad *vid.* BARONA VILAR, S. (VV.AA.), *El proceso civil*, vol. III, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 1631 y ss.; DíEZ-PICAZO, I., «La reforma del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces

A) *El recurso de casación*

El presente análisis debe distinguir entre dos supuestos; un primer caso, cuando la sentencia de la instancia admitió la prueba reputada como ilícita, y un segundo cuando el tribunal de la instancia precisamente la excluyó para su decisión.

En el primer supuesto, es posible la impugnación en casación vía el artículo 5.4 LOPJ, por violación de un precepto constitucional. El condenado que impugna podrá alegar la violación de su presunción de inocencia por haberse tomado en consideración como prueba de cargo esa que él reputa ilícita⁽⁸⁵⁾. En el segundo caso, ante la exclusión indebida de una prueba por el tribunal *a quo* por reputarse ilícita, es posible intentar la casación vía artículo 852 LECrim, porque se vulnera el derecho a usar los medios de prueba pertinentes.

B) *El recurso de amparo*

Cuando se hace referencia al recurso de amparo como forma de obtener una resolución que anule el acto viciado, se debe acudir al artículo 44.1 LOTC como fundamento para revisar resoluciones firmes que incorporan la violación de un derecho fundamental, que no ha sido subsanada durante el *iter* procedimental por el órgano judicial⁽⁸⁶⁾. En estos casos el *petitum* de la pretensión del recurso tendrá por objeto no sólo el restablecimiento del derecho violado sino la anulación de la resolución en cuestión y la retroacción de las actuaciones al momento en que acaeció el vicio invalidante.

Es polémica la consideración de los cauces (ordinarios o específicos) a través de los cuales se debe solicitar la tutela de estos derechos. El tenor literal del artículo 53.2 CE ha provocado posiciones doctrinales contradictorias. Frente a los que defienden la creación de un procedimiento rápido o de un procedimiento de cognición limitada carácter de «sumario» están los autores que se pronuncian sobre la falta de necesidad de crear un nuevo proceso, en cuanto el precepto no hace sino suponer que el afectado y perjudicado goza de los medios de impugnación y demás vías legalmente establecidas para poder acudir ante el juez o tribunal que dictó la resolución o ante el órgano jurisdiccional superior, de modo que serán éstos los que efectuarán el control de la posible vulneración del artículo 24 de la CE, pudiendo siempre acudirse, agotada la vía jurisdiccional ordinaria, a un proceso de amparo

y sombras», *Tribunales de Justicia*, 1998, núm. 2, pp. 129 ss. ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2002.

(85) Nos encontramos aquí con el problema —también tratado en el epígrafe V.3 de este trabajo— sobre el alcance de la decisión adoptada por el tribunal *ad quem*, que debería ser anular y retrotraer para que el tribunal de la instancia entre a volver a decidir sobre el fondo y sobre la base de las pruebas existentes. Sólo en el caso de que el Tribunal de la instancia hubiera dejado de forma meridianamente clara la interpretación del resto de pruebas como suficientes para condenar, solo en ese caso, el Tribunal Supremo debería desestimar el recurso, y así se tendría que deducir en la propia sentencia del Tribunal *ad quem*.

(86) GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Colección Temas Constitucionales, n. 5, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 41; DE LA OLIVA, A. (junto a DÍEZ-PICAZO/VEGAS TORRES), *Introducción al derecho Procesal*, *op. cit.*, pp. 419 y ss.; DÍEZ-PICAZO, I. (junto a DE LA OLIVA), *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1996, pp. 69 y ss., y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 55.

ante el Tribunal Constitucional, sin olvidar que el proceso de amparo no es un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales, sino que debe en primer lugar acudir a los órganos jurisdiccionales previamente ante los cauces ordinarios, y sólo después acudir ante el Tribunal Constitucional.

La LEC 1/2000 optó por la segunda postura a tenor de lo previsto en el recurso por infracción procesal en el artículo 469 para los casos en los que haya habido una vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24 en el proceso civil y bajo la condición de que hayan sido estas violaciones denunciadas en la instancia correspondiente y se haya intentado su subsanación⁽⁸⁷⁾. Tal vez esta novedad es paradigma de la tendencia que pretende seguir el legislador en materia de amparo con el fin de descongestionar el Tribunal Constitucional⁽⁸⁸⁾.

En conclusión se trata éste del último remedio posible para poner de manifiesto la invalidez e ineficacia de rango constitucional de estas pruebas viciadas.

C) *El excepcional incidente de nulidad de actuaciones*

Llegado este punto resta referirnos a la invalidez que declara el Juez —de forma excepcional— y siempre a petición de parte, fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión, o bien en la incongruencia del fallo, y siempre y cuando no se hubieran podido poner de manifiesto antes de recaer la resolución que pone fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso en el que quepa declarar dicha indefensión. El procedimiento será el establecido en los artículos 240.3 y 4 LOPJ y 228.2 LEC y se resolverá mediante una resolución meramente procesal que dejará sin efecto todo lo actuado. El alcance de la declaración de invalidez lo determinará el Juez atendiendo al grado de ilicitud, pudiendo conservar las actuaciones que sean independientes y no queden afectadas, no quedando afectadas por el efecto expansivo⁽⁸⁹⁾.

4. La prueba sobre la prueba

Ya hemos avanzado la necesidad de probar la ilicitud de esa fuente de prueba que se pretende admitir y practicar como prueba de cargo. En la actualidad no existe solución satisfactoria al respecto porque, aun admitiendo el carácter loable de la presente prueba a fin del convencimiento del órgano jurisdiccional sobre la licitud de una prueba reputada ilícita, no existe trámite oportuno para la práctica de tal prueba en los procesos penales. Sin embargo, de entender supletoria la LEC, debemos así reconocerlo como aplicable. *De lege ferenda* debiera recogerse en la futura reforma de la LECrim.

GASCÓN INCHAUSTI fundamenta legalmente este trámite en el artículo 729.2 LECrim y en su control *ex officio*, como excepción a la preclusividad que rige estos pro-

(87) CASTILLEJO MANZANARES, R., «Los recursos extraordinarios: el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal», AC, núm. 5, de 28 de enero 3 de febrero 2002, pp. 133 y ss.

(88) SENES MOTILLA, C., *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid, 1994, pp. 21 a 33; GARRIDO FALLA, F., «Los cambios en la jurisprudencia del TC: El carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, pp. 5 y ss.

(89) ANDRÉS CIURANA, B., *op. cit.*, p. 492.

cesos. Pero reconoce igualmente la dificultad de hacer extensivo tal precepto a la materia ahora objeto de estudio⁽⁹⁰⁾, pues si bien la práctica de la prueba se realiza *tras* la obtención de una resolución judicial, en la prueba sobre la prueba ilícita se busca precisamente lo contrario, es decir, se requiere de una resolución que impida practicar esa prueba reputada como ilícita, y para ello se prueba de manera contradictoria los hechos determinantes de la ilicitud. «La única utilidad del artículo 729.3 LECrim en sede de ilicitud probatoria será, por tanto, la de permitir una alegación y prueba extemporáneas sobre la ilicitud de un medio de prueba ya practicado en el juicio oral, cuando la causa de la irregularidad se haya conocido entonces y/o no haya podido proponerse en tiempo y forma la prueba adecuada a tal fin. Pero la decisión al respecto se reservará para la *sentencia*. (...) Pero parece razonable que el artículo 11.1 LOPJ exija, como correlato del derecho a la prueba sobre su ilicitud, la decisión expresa sobre la validez, admisibilidad o valorabilidad de las pruebas afectadas que sea previa a la sentencia de fondo y *esto es lo que no puede obtenerse a través del medio descrito*. En definitiva no queda más remedio que aceptar que la asimilación entre la prueba sobre la ilicitud y prueba sobre la prueba se produce de modo primordial en un plano puramente teórico (...). La reforma legal (...) se presenta como la única alternativa válida» (la cursiva es nuestra).

En conclusión, sin un trámite específico destinado a regular este incidente probatorio previo a la práctica de la prueba reputada como ilícita no es posible evitar los efectos perjudiciales de la presencia de estas pruebas dentro del proceso, y ello provoca un desequilibrio para la parte acusada, pues el Juez en la sentencia podrá tener en cuenta estas pruebas y sobre ellas realizar el aludido juicio de desconexión de antijuridicidad.

V. CONCLUSIONES

No le falta razón al Tribunal Constitucional cuando establece una nítida diferencia entre casos que requieren o no una reparación inmediata sobre la base de la indefensión o indebida perpetuación de una violación grave en caso de no actuación inmediata por nuestros Jueces (STC 353/2006, 153/1997, 247/1994: «... *cuando se establece un trámite en una cierta fase del procedimiento no cabe practicarlo en otro momento y así ocurre en el abreviado, donde al comienzo del juicio oral aparece configurada una audiencia preliminar en la que cualquiera de las partes tendrá la oportunidad de exponer cuanto estime oportuno acerca de una serie de cuestiones y, entre ellas, la eventual vulneración de un derecho fundamental*»).

Podemos concluir que nuestro modelo de referencia es la audiencia previa (art. 786 LECrim), que viene siendo reconocido jurisprudencialmente como modelo exportable y aplicable de forma analógica al ámbito del procedimiento ordinario (SSTS de 11 de octubre de 2006). Sin embargo, también nos parece reconocible cierto control difuso de las nulidades, lo que conlleva que la violación de los derechos fundamentales se pueda hacer

(90) GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: la «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, op. cit., pp. 184-185; CARMONA RUANO, M., «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que pueda declararse?», op. cit., pp. 95-99.

tan pronto se tenga conocimiento de ella. Cuestión diferente será el momento de la resolución judicial.

Es una realidad que, solo cuando se han presentado los escritos de calificaciones provisionales, el Juez puede estar en mejores condiciones de comprobar la línea defensiva de las partes presentando la prueba oportuna que apoye su estrategia defensiva y, por tanto, afirmando por qué debe o no excluirse la prueba, qué prueba y cómo apoyar sus pretensiones sobre el acervo restante, si lo hay. Es en este momento cuando el Juez está en posición de valorar la ilicitud y sus consecuencias, antes de entrar en el plenario. Sobre este momento pesan decisiones íntimamente ligadas, tales como la adopción de medidas cautelares o la apertura del juicio oral por haber indicios racionales de criminalidad y prueba suficiente para poder sentar en el banquillo al procesado. En definitiva, estas dos funciones, junto a la de intervenir los derechos fundamentales en la investigación, son las que caracterizan a la instrucción judicial y que deben estar en manos del Juez, sea Instructor o de Garantías, pero que no pueden ser atribuidas al Ministerio Fiscal en una hipotética y posible futura atribución de la misma a dicho órgano.

Ahora bien, delimitado el momento oportuno previo de alegación, el problema de gran alcance que surge es cuál debe ser el momento de la *decisión saneadora*. Los pros y contras de adelantar o retrasar tal decisión judicial son muy variados. Es verdad que la *contaminación* del órgano judicial es *a priori* salvable a través de una *motivación* exigente que traslade a los justiciables, según se ha dicho, la racionalidad existente en el proceso decisorio y de valoración y exclusión de prueba ilícita. Pero también es cierto que dilatar hasta el momento decisorio la expulsión de las pruebas entraña el riesgo de querer a toda costa salvarlas e iniciar la andadura tendente a *desconectar* lo causalmente conectado (STC 81/1998, de 2 de abril). Por su lado, adelantar de forma precipitada y aislada esta valoración puede aportar soluciones parciales o incompletas, según viene afirmando de forma muy habitual el Tribunal Supremo.

Por estas razones consideramos que, finalizada la fase instructora, y una vez en la fase intermedia, es el momento adecuado para *filtrar* dichos vicios graves y comprobar hasta dónde se remonta la ilicitud, qué constituye o no fuente independiente, qué elementos probatorios deben salir —o mejor no entrar— en el juicio oral. Ello evitaría que el Juez fallador tuviera con posterioridad que aplicar la tesis de la desconexión de antijuridicidad, pues ya se abre el juicio oral con los elementos de prueba oportunos y suficientes para llegar a alzar, en su caso, la presunción de inocencia. Además, esto que proponemos es una salvaguardia del derecho al proceso celebrado con todas las garantías, cumpliéndose una de sus mayores garantías, a saber, la del artículo 11.1 LOPJ.

Como vemos, el tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba no es un tema formalista y trivial, sino que atiende a una de las garantías específicas desarrollada por Ley Orgánica, a saber, el artículo 11.1 LOPJ en desarrollo del artículo 24.2 CE.

INTERVENCIÓN PENAL MÍNIMA Y ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: EL MOBBING COMO MODALIDAD DE DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

MARÍA ISABEL MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO

*Profesora Ayudante de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN

Intervención penal mínima y acoso moral en el trabajo: el mobbing como modalidad de delito contra la integridad moral

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 introdujo una nueva figura en el artículo 173.1.2.º CP: el delito de acoso moral en el trabajo. La oportunidad de la intervención penal en este ámbito había generado ya antes de la reforma una viva discusión doctrinal, discusión que en algunos de sus aspectos se ha mantenido tras la modificación legal. En ese debate subyacía la idea de que la mayor parte de estos comportamientos eran ya subsumibles en otros delitos, si bien la práctica jurisprudencial evidenciaba que eran escasas las resoluciones que condenaban las conductas de acoso laboral a través de esas otras figuras. Este trabajo viene a terciar en aquella polémica, para, analizando en detalle las especiales características de este nuevo tipo penal de acoso, poner de manifiesto la insuficiencia de la anterior normativa para sancionar penalmente este comportamiento.

Palabras clave: Acoso moral en el trabajo, mobbing, acoso psicológico, acoso laboral, delito contra la integridad moral.

ABSTRACT

Minimum penal intervention and moral harassment at the workplace: mobbing as a kind of crime against moral integrity

The amendment brought about by the Organic law 5/2010 introduced a new figure in the article 173.1.2.º CP: the crime of moral harassment at the workplace. Previous to the amendment, the possibility of a penal intervention in this field had already generated a strong doctrinal discussion, in many cases, such discussion has continued further to the above mentioned legal modification. Within that debate there was the idea that most of these behaviours were already included in other kind of crimes, although the jurisprudential practice evidenced that only a few court decisions condemned cases of harassment at the workplace through those other figures. This work comes to arbitrate in that polemic, to, by analyzing in detail the special characteristics of this new penal kind of harassment, in order to show the inadequacy of the previous regulatory scheme to sanction this behaviour criminally.

Key words: Moral harassment at the workplace, mobbing, psychological harassment, workplace harassment, crime against moral integrity..

SUMARIO

- I. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y MOBBING: ¿NECESIDAD DE UN NUEVO TIPO PENAL?
 1. Consideraciones preliminares.
 2. Tratamiento jurisprudencial del acoso moral.

3. Valoración doctrinal del acoso moral en el trabajo.

4. Derecho comparado.

II. EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO SUBTIPO DEL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

1. Objeto de protección y contenido de injusto.

2. Diversas cuestiones sobre el ámbito típico.

3. Elementos subjetivos del injusto: crítica.

4. Relaciones concursales.

III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y MOBBING: ¿NECESIDAD DE UN NUEVO TIPO PENAL?

1. Consideraciones preliminares

La creciente sensibilización de la sociedad ante algunos acontecimientos que se suceden en la actualidad ha motivado la aparición de nuevos e importantes retos para el Derecho penal. Existe en la conciencia social una suerte de «fe irracional» en las normas penales⁽¹⁾ propiciada, con mayor o menor fundamento, por la instrumentalización que de las mismas ha llevado a cabo la clase política al pretender supeditar el Derecho Penal a sus intereses⁽²⁾. En este sentido, la respuesta cada vez más agresiva que exige la presión social y mediática frente a determinadas formas de violencia se ha traducido durante el transcurso de la última década en sucesivas reformas del Código Penal —hoy veinticinco—, marcadas todas ellas por dos claros objetivos: endurecer las penas e introducir nuevas formas de incriminación. Y es que solo en muy contadas ocasiones el articulado de las mismas se ha hecho eco de las necesidades puestas de relieve por la doctrina especializada, máxime teniendo en cuenta que la reacción penal no era ni la única, ni la más apropiada y aun siquiera la necesaria para dar respuesta a la mayoría de estos fenómenos sociales.

De entre tales fenómenos, el acoso moral en el trabajo, también llamado *mobbing*⁽³⁾, constituye a día de hoy uno de los de mayor entidad tanto a nivel laboral como social, en la

(1) MARCOS GONZÁLEZ, J. I., en VV.AA.: *La tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de la Ley Penal*, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 13.

(2) CARBONELL MATEU, J. C.: «Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la canalización de la legalidad», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, 2000, p. 15.

(3) El término *mobbing* como acoso moral en el ámbito laboral proviene del verbo inglés *to mob* —acosar— y fue acuñado a mediados de la década de los ochenta por el profesor de psicología de la Universidad de Estocolmo LEYMANN, aunque previamente había sido utilizado por el etólogo alemán LORENZ para estudiar ciertos comportamientos hostiles de los animales, y por el médico sueco HEINEMANN para describir el comportamiento de los niños en los colegios que más tarde se conocería bajo la denominación de *bullying*. Un sector de la doctrina, en cambio, opina que su origen etimológico se encuentra en la expresión latina *mobile vulgus*, que puede traducirse como multitud o muchedumbre. No existe a día de hoy ni a nivel nacional ni internacional una opinión consensuada acerca

medida en que se ha convertido en el medio indirecto, espurio y no confesado más habitual para deshacerse de un trabajador o dejarlo aniquilado y en una situación de marginación en su entorno laboral⁽⁴⁾. En España, dicho concepto se ha ido forjando paulatinamente a lo largo de las dos últimas décadas en la jurisprudencia y en la doctrina laboral, pues no ha sido sino recientemente cuando se ha comenzado a plantear la necesidad de proteger por la vía penal a las víctimas de este tipo de acoso, siendo aun así la literatura jurídica oscilante tanto en la apreciación de la conducta en su relevancia desde el punto de vista penal como, en su caso, en la calificación de los hechos y en su subsunción en el tipo aplicable.

Sin perjuicio de la discusión doctrinal existente al respecto, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio —en vigor desde diciembre del mismo año—, se ha introducido en el Código penal un precepto que tipifica dicha conducta en el párrafo 2.º del apartado 1.º del artículo 173 del Código, ubicándola en el marco del Título VII, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», aparentemente como modalidad de delito contra la integridad moral, aunque atribuyéndole penológicamente idéntico castigo que a éste. Sin embargo, esta especial configuración como delito del acoso moral en el trabajo no ha zanjado el debate abierto en torno a la cuestión. Al contrario, no ha hecho sino incrementar las dudas acerca de su necesidad o, incluso, de su identidad con otras figuras, especialmente con el delito genérico contra la integridad moral⁽⁵⁾. Dicho precepto tiene el siguiente tenor literal:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Dilucidar si en este caso el legislador ha sucumbido a la presión social o se ha regido en cambio por criterios estrictos de política criminal en la justificación de la necesidad

de la conceptualización y determinación de los elementos constitutivos del acoso laboral o *mobbing*, ni siquiera en su denominación. Incluso determinados autores niegan el propio término de *mobbing* o acoso moral por considerarlo inapropiado y hacen referencia a él como acoso psicológico (PIÑUEL y ZABALA), acoso psíquico (GONZÁLEZ NAVARRO) o como presión laboral tendenciosa (GIMENO LAHOZ). Esta falta de uniformidad ha dificultado en gran medida la determinación de las conductas subsumibles en el tipo y, en el ámbito penal, ha incidido notablemente en la configuración del mismo y en su delimitación en relación con otras figuras cercanas. No obstante, todas y cada una de las definiciones ofrecidas confluyen en que, como cualquier forma de violencia, se trata de un fenómeno caracterizado por un proceso de hostigamiento, intimidación y humillación dirigido de una o varias personas hacia otra u otras. El presente trabajo acepta tanto la denominación de acoso moral en el trabajo como la de *mobbing*, aunque se hará referencia a él como acoso moral en el trabajo. Véase al respecto LEYMANN, H.: *Mobbing: la persécution au travail*, Seuil, 1996, pp. 26 y 27; JURADO SEGOVIA, A.: *El acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, La Ley, 2008, p. 33; GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa: el mobbing desde la óptica de un juez*, Lex Nova, 2005, pp. 43 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)*, Cuadernos Civitas, 2002, pp. 174 y ss.; PIÑUEL Y ZABALA, I.: «El mobbing o acoso psicológico en el trabajo», en *El Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa* (MIR PUIG, dir.), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 17 y 18; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, 2009, pp. 46 a 48.

(4) GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o tutela de la dignidad del trabajador*, Federación de Servicios Públicos de UGT de Madrid, 2003, p. 14.

(5) PÉREZ MACHÍO, A I.: *Comentarios al Código Penal*. Art. 173 CP, La Ley, 2010, p. 682.

de establecer una regulación penal y de poner en marcha el mecanismo más agresivo de protección y control social del Estado exige necesariamente examinar desde un punto de vista estrictamente técnico su adecuación conforme a las exigencias del principio de intervención mínima, ello teniendo en cuenta el acusado rigor con que juega en esta área del ordenamiento jurídico el principio de legalidad. Así pues, habrá que atender, por una parte, a la magnitud de la lesión que los actos de acoso moral generan, a efectos de delimitar si se trata o no de una cuestión ajena a la esfera penal, y, por otra, determinar si el Derecho penal brindaba ya una respuesta eficaz antes de la reforma identificando, en su caso, al amparo de qué tipo penal ésta se ofrecía⁽⁶⁾.

En consecuencia, constituirá el objeto del presente estudio la valoración de la oportunidad de la tipificación del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva del principio de *ultima ratio* a través del análisis de la jurisprudencia y la doctrina española tanto anterior como posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Junto a lo anterior, se analizará la regulación penal aprobada en los países de nuestro entorno. Todo ello conformará los correspondientes epígrafes de la primera parte del trabajo. A continuación, en la segunda parte, se realizará una confrontación de los anteriores apartados con el tipo penal recientemente aprobado para así examinar críticamente la adecuación y necesidad de la respuesta penal ofrecida por el legislador español.

2. Tratamiento jurisprudencial del acoso moral

La aceptación de la protección penal del acoso moral en el trabajo por parte de los órganos jurisdiccionales ha sido tardía aunque con una evolución constante a lo largo de la última década. Este proceso, más acuciado durante los últimos años, es susceptible de ser dividido en cuatro fases cuya exposición y contenido se detalla a continuación.

I. En un principio, la jurisprudencia se mostraba totalmente reacia a castigar las conductas de acoso moral en el trabajo, al entender que se trataba de una cuestión de orden puramente laboral⁽⁷⁾, valorable solo en la calificación del despido como improcedente o, en casos extremos pero no infrecuentes, en la de accidente laboral⁽⁸⁾. En este sentido, la estricta firmeza con que en este ámbito juega el principio de intervención mínima constituía la baza más importante para negar que los actos de acoso, aunque constitutivos de una clara agresión moral, revistiesen la entidad suficiente para ser considerados punibles⁽⁹⁾.

(6) MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela penal frente al acoso moral en el trabajo: ventajas e inconvenientes de una estrategia de defensa posible», *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 7/2002, p. 90.

(7) Véase, *ad exemplum*, AAP Vizcaya (Sección 2.ª) núm. 438/2010, de 10 de junio (ARP 2010\1345).

(8) Se atribuía la calificación de accidente laboral al diagnóstico de graves enfermedades que, con carácter crónico, padecían trabajadores sometidos a comportamientos empresariales de trato peyorativo, humillación y hostigamiento psicológico. Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de diciembre de 2005, en la que el demandante padecía irritabilidad, preocupaciones en forma de rumiación sobre el problema durante todo el día, impotencia, frustración, sensación de angustia muy ocasional, desmotivación, alteraciones transitorias del sueño, inquietud y cefaleas.

(9) Para la jurisprudencia penal, la mera presencia de una atmósfera laboral deteriorada no justificaba la necesidad de intervención penal, aun cuando pudieran identificarse elementos de acoso, pues consideraba que el ordenamiento laboral ofrecía suficientes mecanismos de reacción ante las acciones colusivas contra el ejercicio de la actividad lab-

II. Sin embargo, la extensión y gravedad de este fenómeno condujo poco tiempo después a una nueva corriente de pronunciamientos en la que se planteaba la necesidad de tutelar a las víctimas de este acoso, apareciendo entonces un importante interrogante: ¿existe una total ausencia en el ámbito penal de regulación legislativa y, por tanto, el comportamiento es atípico, o resulta posible incardinarlo en alguno de los tipos vigentes?⁽¹⁰⁾ Se valoraron al efecto los delitos de lesiones, coacciones, amenazas, calumnias, injurias, contra la libertad y, muy especialmente, los delitos de trato degradante y contra los derechos de los trabajadores⁽¹¹⁾. De entre estos últimos, el delito de imposición de condiciones ilegales *ex art.* 311 CP fue sin duda el que más protagonismo tuvo, aun a pesar de la existencia de un aparente consenso sobre la imposibilidad de encuadrar todas las conductas de acoso moral en el elemento objetivo del tipo⁽¹²⁾.

III. Comenzaron a castigarse en la jurisprudencia menor comportamientos de acoso moral en el trabajo como faltas del art. 620 CP⁽¹³⁾. Así, por ejemplo, la SAP Tarragona de 26 de abril de 2004; la SAP Ourense núm. 67/2005, de 7 de noviembre, que revocó la sentencia absolutoria del JP núm. 1 Ourense, núm. 18/2004, de 21 de diciembre, condenando al Director de una emisora de radio como autor de una falta de vejaciones; la SJI núm. 1 Vitoria-Gasteiz de 29 de junio de 2007, confirmada por SAP Álava de 21 de noviembre de 2007, que condenó también en virtud de una falta de vejación injusta, aunque, asimismo, en esta última se absolvió de otra de amenazas; y la SAP Lleida núm. 360/2008, de 20 octubre, que confirmaba la SJI núm. 4 Lleida de 13 de febrero de 2008, condenando por una falta continuada de coacciones.

oral (AAP Tarragona de 6 de mayo de 2006). Así, la SJS Vigo de 28 de febrero de 2002 declaraba que existía «consenso unánime en que su prevención y remedio debe abordarse preferente desde el plano del derecho laboral, reservando la intervención penal para los casos de especial gravedad», a lo que añadía el AAP Bilbao de 28 de noviembre de 2006 que «sólo así se salvaguarda la función del derecho penal como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira».

(10) El AAP Barcelona de 15 de septiembre de 2003, cuyo tenor literal ha sido reproducido por un importante número de resoluciones dictadas con posterioridad, fue el primero en afirmar que la ausencia de tipo específico no impedía la persecución de conductas acosadoras susceptibles de ser incardinadas en el ámbito de protección de otros preceptos penales.

(11) Puede encontrarse un exhaustivo análisis en la SAP Madrid 14 de marzo de 2008.

(12) Con carácter excepcional, la SAP Asturias 234/2005, de 9 de noviembre, aplicó el delito de imposición de condiciones laborales ilícitas (art. 311.1 CP) ante la imposibilidad de condenar al acusado por un delito contra la integridad moral, que no había sido objeto de acusación. Asimismo, la Sentencia afirma que debe prevalecer sobre el 173, que califica de tipo general y subsidiario o residual, en virtud de los principios de especialidad y alternatividad. Condenan en virtud de este delito: STS núm. 2140/1994, de 12 de diciembre, junto con prevaricación administrativa del art. 404; STS núm. 995/2000, de 30 de junio, que lo aplica a un contrato de esclavo; AAP Barcelona de 17 de septiembre de 2004, que entiende que los hechos son indiciariamente constitutivos de un delito de imposición de condiciones laborales ilegales del art. 311 CP o de coacciones *ex art.* 172 CP; SAP Asturias núm. 234/2005, de 9 de noviembre. Sin embargo, se negó a los supuestos de vacío profesional: STS de 12 de diciembre de 1994, SJP Jaén de 27 de septiembre de 2006.

(13) Ya en 2003 la SAP Sevilla de 8 de diciembre de 2003 había adelantado que, sin perjuicio de las acciones que ante los órganos del orden jurisdiccional social pueda ejercer la denunciante, su objeto «no es tanto si efectivamente existió el acoso moral denunciado, sino si los concretos actos que la denunciante atribuye al denunciado, de resultar acreditados, podrían ser constitutivos de alguna de las faltas del art. 620.2 CP».

IV. Excepcionalmente, en casos extremos de manifiesta certeza probatoria⁽¹⁴⁾ y flagrante gravedad⁽¹⁵⁾ de los hechos se condenó a los acusados por un delito contra la integridad moral *ex art.* 173.1 CP. La concurrencia de estas dos circunstancias —la primera de carácter procesal, y la segunda sustantivo— sirvió para desvirtuar el carácter atípico que se venía atribuyendo a los actos de acoso moral en el trabajo⁽¹⁶⁾, lo que, a la sazón, supuso el reconocimiento de la protección por la vía penal del acoso moral en el trabajo, al menos en sus manifestaciones más graves⁽¹⁷⁾. Dicho reconocimiento tuvo lugar con carácter más temprano en la jurisprudencia menor que en la doctrina del Tribunal Supremo.

3. Valoración doctrinal del acoso moral en el trabajo

En la doctrina, los posicionamientos a favor y en contra de la necesidad de introducir en el Código Penal un tipo específico sobre acoso moral en el trabajo han sido, cuanto menos, heterogéneos, e incluso se han mantenido tras la entrada en vigor, en diciembre de 2010, de la Ley 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal⁽¹⁸⁾.

(14) *Ad exemplum*, en la SAP Madrid de 28 de mayo de 2003 se analiza la calificación de la causa de la baja como una enfermedad como «*mobbing*» o acoso moral en el trabajo. El Tribunal entendió, siendo seguido en su criterio por las restantes resoluciones, que «puede entenderse acreditada la realidad de la enfermedad padecida por el apelante, pero no existe certeza suficiente para poder atribuir ese padecimiento a la conducta que se imputa al denunciado», de manera que no le resultó posible adquirir «una convicción plena que pueda sustituir el criterio del Juzgador de instancia, por lo que aplicando el principio *in dubio pro reo*, debe confirmar la sentencia apelada».

(15) En este sentido, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, el AAP de Vizcaya de 10 de junio de 2010 explicó: «la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso[:].... la gravedad», ya que el art. 173.1 CP es «un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620.2.º CP (vejación injusta)». También AAP Madrid núm. 639/2010, de 30 de diciembre (JUR 2011\149908).

(16) Muy ilustrativo resulta el AAP Barcelona de 15 de septiembre de 2003, el cual destacó especialmente la importancia de acreditar la realización del presupuesto objetivo por parte del sujeto activo, al mismo tiempo que la necesidad de que el hecho se hubiera llevado a cabo con una intensidad tal que se revelasen cortas e insuficientes las consecuencias previstas en sede laboral para aquel tipo de conductas, sobrepasando cualquier previsión socio-laboral e instalándose en sede delictiva. RIVAS VALLEJO explica que en la jurisprudencia penal se barajó el criterio de la suficiencia de la solución jurídica, habiéndose establecido un orden de gradación para la apreciación de las conductas de acoso moral en el trabajo, de forma que únicamente el conocimiento de las más graves correspondería al orden penal, mientras que las restantes quedarían relegadas al orden laboral. Añade LAFONT NICUESA al respecto que, en todo caso, en la esfera criminal es necesario un plus de intensidad en la presencia del acoso que haga insuficiente el castigo que dicha conducta pueda recibir en otras ramas del ordenamiento jurídico, quedando descartado que el hecho de que exista una prueba del acoso moral en el ámbito laboral o contencioso-administrativo determine automáticamente una responsabilidad penal. RIVAS VALLEJO, M.ª P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*, Thomson-Civitas, 2005, p. 136. LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 23.

(17) Son condenatorias: SAP Teruel de 22 de mayo de 2001 en un supuesto de acoso horizontal; la SJP núm. 8 Valencia 151/2005, de 21 de abril, esta vez con la circunstancia agravante de desprecio o discriminación sexual del art. 22.4.º CP; SJP núm. 1 Jaén 330/2006, de 27 de septiembre; SAP Granada núm. 663/2006, de 24 de octubre; y SAP Madrid núm. 4/2010, de 29 de enero, confirmada por STS 945/2010, de 28 de octubre, en concurso con lesiones psíquicas del art. 147.1 CP, entre otras. La SJP Ávila de 28 de junio de 2005 declara compatible este precepto con los delitos de lesiones e imposición de condiciones ilícitas, aunque finalmente acaba absolviendo al acusado.

(18) La presente clasificación toma como punto de referencia el grado de aceptación que la doctrina mantuvo antes y después de la aprobación de la reforma y de la introducción del delito de acoso moral en el trabajo. PÉREZ

I. Un sector de la doctrina abogaba antes de la reforma por la inclusión de un nuevo artículo en el Código Penal que recogiera como conducta punible el acoso moral en el trabajo, al entender que no era posible castigarlo conforme a ninguno de los preceptos vigentes. Dentro de esta corriente era posible distinguir dos posiciones:

I.a) Por un lado, la de quienes consideraban *stricto sensu* que tenía carácter atípico y, por tanto, no era susceptible de ser castigado por la vía penal al no ser abarcado su injusto por ninguno de los preceptos vigentes. De este modo, MIR PUIG exponía que este fenómeno «no viene en la actualidad siendo tratado en su globalidad por ninguno de los preceptos actuales del Código penal y de ahí se propugna la necesidad de su tipificación expresa... a pesar de la existencia de numerosos preceptos en los que puede subsumirse parcialmente»⁽¹⁹⁾. Entiendo que en esta misma línea se manifiesta, aunque no lo afirme explícitamente, POMARES CINTAS cuando explica que no es posible sancionar penalmente el acoso moral en el trabajo con el objeto de reclamar el castigo de aquellos comportamientos que, vinculados a éste, menoscaban otros bienes jurídicos⁽²⁰⁾.

I.b) Por otro lado, los autores que, aun manifestando la ausencia de regulación expresa y la necesidad de aprobar normativa al respecto, basándose en la especial gravedad de ciertas formas con las que se presenta este tipo de acoso, proponían como eventual —aunque inapropiada— solución el castigo de las de mayor magnitud conforme a otros tipos penales citando, al efecto, el delito de lesiones psíquicas del art. 147 CP, el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP y los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311⁽²¹⁾ y 316 CP⁽²²⁾.

MACHÍO efectúa una clasificación en función del bien jurídico a proteger a cuyo contenido se hará más adelante. Véase *supra* I.3.II.

(19) MIR PUIG, C.: «El acoso moral desde la perspectiva social, penal y administrativa», *idem*, CGPJ, Madrid, 2006, p. 7 (del artículo en pdf-recurso de acceso electrónico).

(20) POMARES CINTAS, E.: «¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1.ª), de 20-10-2008, núm. 360/2008», núm. 780 *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2009, p. 4. En idéntico sentido, MIR PUIG, C.: «El acoso moral desde la perspectiva...», *op. cit.*, p. 7. LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral...*, *op. cit.* p. 95; PIÑUEL Y ZABALA, I.: «El mobbing o acoso psicológico...», *op. cit.*, p. 18, entre otros. OVAMT: *El acoso moral «mobbing» en los lugares de trabajo, comprender para intervenir*, Eusko Jaurlaritza, 2004, p. 116.

(21) MORALES GARCÍA, O.: «Mobbing: ¿un hecho penalmente relevante o un delito específico?», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa* MIR PUIG (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 410, 419; MOLINA NAVARRETE, C.: «Violencia moral en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos», en *Mobbing*, Opinión.com, Estudios Jurídicos, 2003; LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: «El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica», en *Mobbing*, Opinión.com, Estudios Jurídicos, 2004; JUANES PECES, A.: «El fenómeno del mobbing en el ámbito castrense», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, MIR PUIG (dir.), 2007, p. 264.

(22) En este sentido, SERRANO OLIVARES indicó que «con todo y a falta de tipificación penal específica, son diversos los tipos penales eventualmente aplicables a las conductas de acoso moral». En idéntico sentido, AGRA VIFORCOS consideraba que el art. 311 CP sería perfectamente aplicable a las situaciones de hostigamiento más graves entendidas como formas de violencia psicológica extrema, reiterada y prolongada capaces de conducir al extrañamiento social de la víctima en el marco laboral y causarle alteraciones en su salud tanto corporal como psíquica, mientras que sería una conducta subsumible en la previsión penal del art. 316 por grave incumplimiento de las obligaciones legales en materia preventiva poner en serio peligro la salud no sólo física sino también psíquica del empleado no adoptando ninguna medida tendente a prevenir o moderar las conductas hostigadoras del acoso. Por otra parte, ESCUDERO MORATALLA negó la posibilidad de castigar conforme a un delito contra los derechos de los traba-

II. Otro sector de la doctrina consideraba que no era necesaria su tipificación, pues su castigo, en todas las formas y modalidades, resultaba viable de acuerdo con tipos penales ya existentes⁽²³⁾. Con el fin de buscar dicho acomodo, se propusieron diversidad de preceptos del Código penal con los que el acoso moral en el trabajo guardaba una relación más o menos estrecha. PÉREZ MACHÍO efectuó una clasificación de tales autores tomando como punto de referencia la diversidad de bien jurídico a proteger: aquellos que lo encuadraban en los delitos contra los derechos de los trabajadores⁽²⁴⁾, quienes consideraban que se trataba de un atentado contra la integridad moral⁽²⁵⁾, siendo aplicable el tipo del art. 173.1 CP, y los que atribuían a la conducta un carácter pluriofensivo⁽²⁶⁾, dispersando su

jadores al entender que ninguno de ellos cuadra con el concepto aceptado de acoso moral en el trabajo, entendiendo sin embargo aplicables a los casos de mayor gravedad los delitos de lesiones y tratos degradantes. Véase ESCUDERO MORATALLA, J.F.; POYATOS Y MATAS, G.: *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, 2004, p. 282. AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, 2004, pp. 205 a 207. SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Colección Estudios, 2005, p. 267.

(23) MOLINA NAVARRETE indicaba al respecto que «el verdadero problema del acoso moral en el trabajo desde su perspectiva penal no reside en discernir si está o no tipificado en el Código Penal, sino más bien en determinar cuál de los diversos tipos penales existentes permite solucionar mejor el problema». Véase MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela penal frente...», *op. cit.*, p. 90.

(24) El sector doctrinal que se decantaba a favor de su castigo conforme a los delitos contra los derechos de los trabajadores adoptó, a partir de que cierta corriente jurisprudencial de lo social calificara el acoso moral en el trabajo como causa de accidente laboral, como especial punto de referencia la Instrucción de la Fiscalía General 1/2001, de 29 de mayo, sobre siniestralidad laboral, que ponía de manifiesto la escasa persecución penal de los delitos contra derechos de los trabajadores reivindicando el castigo de tales conductas. Autores como CUBILLO RODRÍGUEZ advirtieron de que el recurso al art. 316 CP debería hacerse efectivo en aquellos casos en los que el sujeto activo fuera el propio empresario o éste, en tanto espectador, adoptase una actitud de manifiesta pasividad una vez detectada la situación de acoso. Véase CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *Tratamiento jurídico del mobbing*, Ramón Areces, 2008, pp. 87 y 88. A favor, MOLINA NAVARRETE, C.: «La respuesta del Estado de Derecho ante el acoso moral en el trabajo», *Diario de Noticias La Ley*, de julio de 2002, p. 11. A favor de la aplicación parcial al fenómeno del acoso moral del art. 311 CP se manifiesta POMARES CINTAS, quien afirma que el delito del art. 311 se convierte pues en la sede adecuada para el tratamiento penal del acoso basado en estrategias organizativas de la actividad laboral ... y puede abarcar también las hipótesis de hostigamiento grave derivado de un solo acto, pero con efectos análogos a una reiteración de comportamiento. Para la autora cuando no concurren los requisitos del art. 311 se puede acudir al art. 173.1 como tipo residual. Véase POMARES CINTAS, E.: «El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal», 97, *Cuadernos de política criminal*, 2009, p. 99.

(25) Ésta fue la corriente adoptada en su momento por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 que, en aplicación del art. 173 a los supuestos de violencia psicológica, señaló que «el delito contra la integridad moral del artículo 173 permite el castigo tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por el delito, sin embargo, reiteradas o sistematizadas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral». RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *El acoso moral en el trabajo*, DIJUSA, 2004, pp. 86 y ss. BLANCO VAREA, M. J. y LÓPEZ PARADA, J.: «La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral», *Diario La Ley* de 25 de marzo de 2002, recurso electrónico. CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)», en *Estudios penales en homenaje al profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 3 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico). TRABADO ÁLVAREZ, C.: «La regulación penal del delito de mobbing en España», núm. 7718 *Diario La Ley*, 2011, p. 6 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(26) VARELA, B.: «El acoso moral o mobbing en el trabajo», *El Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 283.

castigo entre multitud de preceptos penales⁽²⁷⁾. De entre tales corrientes, se impuso como mayoritaria aquella que mantenía la identidad del delito de acoso moral en el trabajo con el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, existiendo incluso quienes aún hoy tachan de redundante la reforma operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, y reducen la cuestión a un mero problema de carácter interpretativo⁽²⁸⁾.

III. Como se ha dejado entrever, la introducción de una figura específica en el Código penal por parte de la Ley 5/2010, de 22 de junio, recogiendo el desvalor de la conducta de acoso moral en el trabajo, no ha zanjado el debate ya que, mientras un sector de la doctrina se ha manifestado conforme a dicha inclusión, el sector restante la ha censurado totalmente. Por tal razón, el presente estudio dedicará su atención a confrontar críticamente la adecuación y necesidad de la respuesta penal ofrecida por el legislador español, aunque no sin antes tener en cuenta la regulación existente en los países de nuestro entorno.

4. Derecho comparado

A nivel europeo la regulación penal del acoso moral en el trabajo es prácticamente nula. Aunque multitud de países han aprobado en las dos últimas décadas legislación en el ámbito laboral con finalidades esencialmente preventivas y reparadoras, la mayoría de ellos no han introducido ninguna norma en su Código penal, e incluso algunos carecen de normativa alguna al respecto, ya sea en el ámbito laboral, administrativo o penal⁽²⁹⁾.

El primer país que modificó su Código penal para introducir un precepto en el que poder subsumir hechos relativos al acoso laboral fue Bélgica que, a través de la Ley 10/1998, de 30 de octubre, de reforma del Código penal (art. 2), introdujo un artículo 442 bis ru-

(27) REBOLLO VARGAS, R.: «Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal», tomo 60, Fasc/Mes 1 *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2007, p. 237. PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 45 y ss.

(28) De este modo, PÉREZ MACHÍO afirma que algunas conductas de acoso moral lesionan una pluralidad de bienes jurídicos reconducibles al reconocimiento del menoscabo sufrido por la dignidad humana y que, en verdad, un estudio detenido de la normativa en vigor pone de relieve que ya existía en el Derecho Penal un precepto eficaz, el delito contra la integridad moral, capaz de reprimirlo en los casos más graves. En una línea similar, MEJÍAS GARCÍA añade que la acción penal debería utilizarse de forma restrictiva, reservándose para los supuestos más graves de acoso y, como único medio de protección, en aquellos casos en que el empresario tenga conocimiento y no lo haya sancionado. Recientemente, CARMONA SALGADO insiste en que se podía haber recurrido sin excesivos problemas de legalidad al tipo genérico del art. 173.1, siempre que hubiera existido voluntad para ello. Véase nota 23 y específicamente para esta nota: CARMONA SALGADO, C.: «Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010», 81 *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, p. 3 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico). PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Mobbing y...*, *op. cit.*, p. 130. PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Comentarios, op. cit.*, p. 682. MEJÍAS GARCÍA, A.: «Presión laboral tendenciosa. Medios de protección», en CARBONELL VAYÁ, E.J.; GIMENO NAVARRO, M.A. (dir.): *El acoso laboral, antes llamado mobbing: un enfoque integrador de los aspectos pericial, psicológico, preventivo y jurídico*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 205.

(29) Suecia fue el primer Estado europeo que aprobó legislación sobre acoso moral en el trabajo a través de la Ordenanza sobre acoso moral en el Trabajo de 1993, integrada por seis secciones en las que se ofrece una definición del fenómeno, técnicas y medidas de prevención, detección y corrección de una conducta de acoso y procedimientos para ofrecer apoyo a la víctima. También su Ley de Prevención de Riesgos Laborales recoge medidas al respecto, hecho que en cierta manera posibilitaría configurar el acoso moral en el trabajo como un delito contra los derechos de los trabajadores.

bricado «Du Harcelement» en el Capítulo IV, «Des attentats a la liberté individuelle et a l'inviolabilité du domicile, commis par des particuliers», del Título VIII, «Des crimes et des délits contre les personnes», del Libro II con el siguiente tenor: «Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs, ou de l'une de ces peines seulement. Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée».

Por otra parte, a través de la Ley 35/2007, de 10 de mayo, contra la lucha de determinadas formas de discriminación, se añadió un subtipo agravado en el art. 442 ter, que dispone: «Dans les cas prévus par l'article 442bis, le minimum des peines correctionnelles portées par cette article peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale».

Sin dejar de resaltar su desafortunada redacción, cabe decir que se trata de un precepto muy amplio en el que pueden quedar subsumidas cualesquiera modalidades de acoso (laboral, escolar, inmobiliario...), opción, sin duda alguna, poco acertada en términos de técnica jurídica debido a la inseguridad que su abstracción puede ocasionar en el plano práctico, principalmente en la definición de qué se entiende por acoso⁽³⁰⁾. No obstante lo anterior, tal grado de abstracción permite, como se ha expuesto, la subsunción del acoso moral en toda su extensión, es decir, de todos aquellos episodios de acoso con independencia de su la naturaleza, origen y de la condición de los sujetos intervinientes, también los producidos en el ámbito laboral. Buena prueba de que ésta es la intención del legislador belga lo constituye el hecho de que la reforma operada por la Ley 35/2007 no ha ido dirigida a introducir mayor concreción en la conducta de acoso, sino a añadir y especificar las circunstancias en que éste considera el acoso especialmente grave.

Poco tiempo después de la primera reforma acometida por Bélgica en su Código penal, Francia introdujo a través de la Ley 73/2002, de 17 de enero, de Modernización Social, bajo el título «Du harcèlement moral», una Sección 3.ª bis en el Capítulo II, «Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne», del Título II, «Des atteintes à la personne humaine», del Libro II, «Des crimes et délits contre les personnes» de su Código penal, comprensivo del artículo 222-33-2, que reza: «Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou

(30) MIR PUIG critica dicho precepto al considerar que por su carácter ambiguo y poco delimitado sistemáticamente puede asimilarse a las coacciones en la medida en que se encuentra ubicado entre los delitos contra la libertad de las personas, interpretándose que es éste, la libertad, el bien que queda protegido en dicho precepto. MIR PUIG, C.: «El mobbing o acoso moral o psicológico en el trabajo en la reforma penal», en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, pp. 18 a 20.

mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende»⁽³¹⁾.

Como indica MIR PUIG⁽³²⁾, en dicho precepto se protegen tanto los derechos de los trabajadores como su dignidad y salud psíquica y mental, lo que implica una mayor semejanza respecto a la configuración del acoso moral en el trabajo en el Código Penal español. Sin embargo, desde una perspectiva de política legislativa no resulta adecuado entremezclar bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza, a saber, los derechos de los trabajadores y la integridad moral, puesto que puede inducir a confusión en la determinación de los propios elementos configuradores del tipo.

En Italia, pese a varios intentos, no se dispone todavía de una regulación penal específica en materia de acoso moral en el trabajo. A tal efecto, la doctrina italiana propone reconducirlo a un delito de lesiones del artículo 590 del Código penal italiano, en la medida en que puede ser causa de una enfermedad profesional.

En Alemania la integridad moral carece de autonomía sistemática, lo que impide que estas prácticas puedan quedar incursas en tipo específico alguno. Por tal razón, para la doctrina no toda conducta de acoso moral en el trabajo es jurídico-penalmente relevante, de la misma manera que entiende que existen preceptos penales al amparo de los que castigar aquellas que sí deban serlo. Se citan, entre ellos, principalmente los delitos de lesiones tanto dolosas como culposas (§ 223 y 230 del StGB respectivamente), coacciones (§ 240 StGB), y ofensa, difamación y calumnias (§ 185 a 187 StGB).

II. EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO SUBTIPO DEL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

1. Objeto de protección y contenido de injusto

I. El bien jurídico protegido en el delito de acoso moral en el trabajo es la integridad moral. Se tutela, pues, la inviolabilidad de la persona frente a comportamientos que causen sentimientos y padecimientos degradantes, humillantes o de instrumentalización en el seno de una relación laboral⁽³³⁾. CARMONA SALGADO realiza la siguiente afirmación respec-

(31) La Ley de Modernización Social introdujo además los artículos 122-49 y 122-54 en el Código Laboral francés, en los que se estableció prácticamente la misma definición del acoso moral en el trabajo que en el Código penal. La introducción de tales reformas fue cuanto menos precipitada, en la medida en que el acoso moral ya había sido reconocido por los órganos judiciales franceses y constituía un importante reclamo de la sociedad francesa. Aun así, tan sólo había transcurrido un año desde lo que puede denominarse la primera condena judicial por acoso moral en el trabajo en Francia. Así, el Tribunal de grande instance de La Roche sur Yon castigó en 2001 por un delito contra los derechos de los trabajadores —concretamente contra las condiciones de trabajo que vulneran la dignidad de la persona del artículo 225-14 del Código Penal francés—, a un empresario que humillaba hasta tal punto a sus empleados que les impedía mover la cabeza, hablar o sonreír, obligándoles incluso a permanecer trabajando de pie durante toda la jornada laboral.

(32) No se comparte la crítica efectuada por dicho autor respecto de que el acoso moral se castigue en el Código penal francés con menor pena que el delito de lesiones. Ambas figuras no resultan equiparables, por lo que a sus elementos configuradores se refiere y, aun menos, en el contenido de injusto y desvalor que prevén cada una de tales conductas. MIR PUIG, C.: «El mobbing o acoso moral...», *op. cit.*, pp. 18 a 20.

(33) El presente estudio se adhiere a la doctrina mayoritaria y a lo que, a la vista de su ubicación sistemática, ha considerado el legislador penal. Por tal razón, no se dedicará espacio a analizar esta cuestión pero sí se puntualizará, de

to del art. 173 CP que, entiendo, también resulta aplicable al acoso moral: «el dato de mayor relevancia que puede manejarse a la hora de estimar o no la existencia de este delito es la humillación o vejación injusta que se infiere al sujeto pasivo, al que se hiere gravemente en fuero interno, infravalorándolo, despojándolo de su cualidad de ser humano, reduciéndolo a la condición de simple objeto, lo que implica negarle que es un fin en sí mismo»⁽³⁴⁾.

No obstante, el abanico de modalidades comisivas con que el acoso moral se presenta en la práctica ha suscitado un amplio debate doctrinal que merecería la pena recordar también en este apartado⁽³⁵⁾, existiendo diversas opiniones al respecto:

a) La estrecha relación que esta forma de acoso guarda con el ámbito laboral condujo a un sector de la doctrina a defender su subsunción en aquellos delitos en los que se protegen los derechos de los trabajadores, recogidos en el Título XV del Código penal, comprensivo de los arts. 311 a 318 CP, especialmente en las conductas previstas en los arts. 311 y 316. Sin embargo —sin perjuicio de la inexistencia de consenso en su determinación⁽³⁶⁾— el objeto jurídico de dichos preceptos legales es, con carácter general, la protección de los derechos mínimos de los trabajadores con trascendencia colectiva nacidos de la relación laboral⁽³⁷⁾, mientras que en el delito de acoso moral en el trabajo lo es la integridad moral en tanto derecho individual e intrínseco de toda persona por el hecho de serlo, independientemente de las condiciones y derechos que objetivamente ostente por su condición de trabajador⁽³⁸⁾. Ello impide su subsunción, a mi juicio, tanto en el art. 311 como en el 316 CP.

a.1) De un lado, de la conducta descrita en el art. 311 se produce la lesión de derechos generados con motivo de la relación laboral, mientras que la integridad moral se reconoce en tanto derecho fundamental a toda persona por el mero hecho de ser-

acuerdo con PÉREZ MACHÍO, que la idea de integridad moral forma junto a la integridad física, que engloba la física en sentido estricto y también la psíquica, el vínculo de la integridad personal reconocida en el art. 15 CE, presentándose su contenido esencial en dos aspectos: uno positivo, como derecho a un trato digno, el que corresponde a toda persona por serlo; y otro negativo, como garantía frente a la agresión y violencia externa que, sin consentimiento del titular, lesione tal derecho (derecho que subyace a la prohibición de tortura, tratos inhumanos y degradantes). CARMONA SALGADO se refiere específicamente a la integridad moral en el ámbito delictivo del acoso moral en el trabajo como la capacidad del trabajador de desarrollar su propia personalidad en el plano laboral y, a efectos de perfilar su contenido, trae a colación la definición de integridad moral recogida en la STS de 6 de marzo de 2000 como «una manifestación directa de la dignidad humana que comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano». Véase CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, pp. 47 y 51. PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, pp. 76 y ss. y p. 99. También, URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*, Editorial Bomarzo, 2009, pp. 69 y ss.

(34) CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 50.

(35) Véase *supra* I.3.II.

(36) Véase NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 21 y ss.

(37) COLLADO GARCÍA, L.: «Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo —mobbing—. Diferencias con otras figuras», en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12/2004, Consejo General del Poder Judicial, p. 62.

(38) PÉREZ MACHÍO, A. I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, p. 136. En idéntico sentido, GARCÍA CALLEJO, «Protección jurídica contra...», *op. cit.*, p. 136.

lo⁽³⁹⁾. Así, la violencia moral para atentar contra cualquier derecho nacido de dicha relación hallaría sanción penal con base en el art. 311 pero no la derivada del acoso moral en el trabajo⁽⁴⁰⁾.

- a.2) Por otro lado, la aplicación del art. 316 implicaría el reconocimiento del acoso moral en el trabajo como una modalidad de riesgo laboral, susceptible de derivar en accidente de trabajo⁽⁴¹⁾. Para ello se exigiría además la existencia de un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física del trabajador que, en ningún caso, parece poder predicarse en el presente supuesto⁽⁴²⁾.
- b) Por otra parte, dentro de un episodio de acoso, incluso en la misma unidad de tiempo, pueden tener lugar acciones susceptibles de lesionar no sólo el bien jurídico integridad moral sino también otros derechos fundamentales protegidos penalmente. Esta identidad temporal, unida a la versatilidad de conductas con que el acoso moral en el trabajo se presenta en la práctica y a la pluralidad de consecuencias que de tal circunstancia pueden derivarse, es lo que condujo en su momento a otro sector doctrinal a defender el carácter pluriofensivo de este delito y a reconducir el bien jurídico protegido a la dignidad personal, sin tener en cuenta que ésta conforma únicamente un valor superior del ordenamiento jurídico siendo inherente, por tanto, al contenido esencial de todos los derechos fundamentales⁽⁴³⁾. Se trata, en definitiva, de conductas que exceden la esfera delictiva del acoso moral en el trabajo, debiendo ser castigadas conforme a los preceptos correspondientes por la vía del concurso⁽⁴⁴⁾.
- c) En último lugar, el sector doctrinal mayoritario se basó en la identidad de bien jurídico protegido para defender la sanción del acoso moral en el trabajo ya conforme al delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP párrafo 1.º, postura que se ha visto reforzada por la reforma de 2010, que lo ha introducido en el segundo párrafo de este precepto⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, como más adelante se verá, a pesar de que comparten idéntica previsión penológica, el nuevo delito recoge requisitos no exigidos por el tipo ge-

(39) A favor, CRUZ MÁRQUEZ, B.: «La aplicabilidad del delito de trato degradante cometido por particulares (art. 173.1 del CP) frente al acoso moral en el trabajo», vol. 3, núm. 7-8 *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2010, p. 4 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico). En contra, POMARES CINTAS, E.: «El acoso en el trabajo basado...», *op. cit.*, p. 90.

(40) MIR PUIG, C.: «El acoso moral en el trabajo (Mobbing) y en la escuela (Bullying) y el Derecho Penal», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 94/2006, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 76.

(41) CRUZ MÁRQUEZ, B.: «La aplicabilidad del delito...», *op. cit.*, p. 4 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(42) BLANCO VAREA, M. J. y LÓPEZ PARADA, J.: «La vía penal integrada...», *op. cit.*, recurso electrónico.

(43) Esta idea se ha visto reflejada en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que alude expresamente al concepto de dignidad. A favor, BARQUIN SANZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Editorial Bosch, 2001, p. 65. PÉREZ MACHÍO: «Mobbing y...», *op. cit.*, p. 77.

(44) Véase *supra* II.4. A favor, URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en...*, *op. cit.*, p. 58. LA-FONT NICUESA, L.: *El delito de...*, *op. cit.*, p. 94. MOLINA NAVARRETE: «La tutela penal...», *op. cit.*, p. 91.

(45) Teniendo en cuenta, como ya se ha apuntado, que el bien jurídico protegido en el acoso moral en el trabajo es la integridad moral, resulta plenamente adecuada la ubicación sistemática del nuevo precepto regulador del delito de acoso moral en el trabajo y, en consecuencia, más acertada la opinión de aquellos autores que pretenden la equiparación de las conductas de acoso moral en el trabajo a la prevista en este tipo penal. A favor, FERNÁNDEZ PALMA,

nérico que justifican su tipificación autónoma y le hacen convertirse en una modalidad específica de delito contra la integridad moral, y no en *lex specialis* respecto del tipo genérico⁽⁴⁶⁾.

II. Estrechamente vinculada a esta cuestión se halla la relativa a la forma en que debe afectarse el bien jurídico. Existen, al respecto, dos posturas contrapuestas:

- a) El parecer mayoritario entiende que se trata de un delito de resultado en el que es necesario que el sujeto pasivo sienta la presión del acoso, quedando fuera del ámbito típico consumado tanto los supuestos en los que la presión no ha sido percibida por el destinatario como aquellos en que su resistencia personal imposibilite la afección del bien jurídico⁽⁴⁷⁾. Atribuirle esta calificación como delito de resultado permite extender la punición por dos vías: en primer lugar, apreciar la comisión en grado de tentativa; y, en segundo lugar, aceptar ciertas formas de autoría como la comisión por omisión, extendiendo además la responsabilidad penal al empresario que, ante una situación manifiesta de acoso, hubiera adoptado una actitud de absoluta pasividad, dada su posición de garante *ex art. 20 ET y art. 14 LPRL*⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, no comparto esta configuración del resultado en los términos expuestos, pues entiendo que la ponderación de la entidad de los actos de hostigamiento y de la afección al bien jurídico debe responder a parámetros puramente objetivos, independientes de la percepción subjetiva del sujeto pasivo⁽⁴⁹⁾.

Más acertada, en caso de optar por la estructura típica de resultado, me hubiera parecido la opinión sostenida por algunos autores en relación con el tipo genérico contra la integridad moral del art. 173.1.1.º CP, cuando afirman que supone la unión de una acción (trato degradante) y un resultado (menoscabando gravemente la integridad moral)⁽⁵⁰⁾. En mi opinión, extrapolando esta postura al delito de acoso moral en el trabajo hallaríamos como resultado la existencia de una situación de grave acoso laboral y como acción la realización de actos hostiles y humillantes dirigidos a la creación

R.: «Acoso laboral e inmobiliario (arts. 172.1, párrafo tercero y 173.1 párrafos segundo y tercero CP)», en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Aranzadi, p. 152.

(46) En contra, MIR PUIG, C.: *El mobbing desde...*, *op. cit.*, p. 735.

(47) A favor de la configuración del acoso moral en el trabajo como un delito de resultado: ACALE SÁNCHEZ, M., «Acoso moral», en *Diccionario Crítico de las Ciencias Sociales*, ROMÁN REYES (dir.), publicación electrónica; BARQUÍN SANZ, J.: *Delitos contra...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87; CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 53 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico); GIMENO LAHOZ, R.: *La presión...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83; MIR PUIG, C.: *El mobbing desde...*, *op. cit.* p. 736; MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela penal...», *op. cit.*, p. 82 a 84; OVAMT: *El acoso moral «mobbing» en los lugares de trabajo, comprender para intervenir*, Eusko Jaurlaritza, 2004, p. 111; URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en...*, *op. cit.*, p. 65; VICENTE ROJO, J.; CERVERA, A. M.: *Mobbing o acoso laboral*, Tébar, 2005, p. 53; y VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.: «Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1997/2005, p. 352, entre otros.

(48) OVAMT: *El acoso moral...*, *op. cit.*, p. 117.

(49) LAFONT NICUESA, L.: *El delito de...*, *op. cit.*, p. 207. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 44. OVAMT: *El acoso moral...*, *op. cit.*, p. 125.

(50) TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Comentarios al Código Penal*, QUINTERO OLIVARES (dir.), Aranzadi, p. 930. PÉREZ MACHÍO, A. I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, p. 262.

de ese clima de degradación en el trabajo. Aun así, considero que tanto en uno como en otro caso, menoscabar gravemente la integridad moral, como conseguir sumir a la víctima en situación grave de acoso, no suponen más que la expresión de la idoneidad de la conducta que debe exigirse en todo caso para lograr la afección al bien jurídico, razón por la cual la estructura responde mejor, a mi juicio, con ser un delito de mera actividad.

- b) A favor de su configuración como delito de mera actividad se sitúa un número reducido de autores que interpretan que si bien el acoso moral en el trabajo tiende, en última instancia, a degradar y a humillar al trabajador, el único elemento material determinante de la conducta es la creación de una situación objetiva de acoso⁽⁵¹⁾. Desde esta perspectiva, en contraposición con las posibilidades que se abren con la configuración anteriormente comentada, no podría apreciarse la comisión en grado de tentativa —punición que me parece difícil aceptar aun afirmando que se trata de un delito de resultado—, a la vez que el comportamiento indiferente del empresario sería únicamente perseguible como delito de omisión del deber de impedir delitos *ex art.* 450.1 CP⁽⁵²⁾.

2. Diversas cuestiones sobre el ámbito típico

Del tenor literal del art. 173.1 2.º CP se desprende que el elemento objetivo del tipo está integrado por una situación de grave acoso, resultado de un conjunto de actos hostiles o humillantes que no constituyen trato degradante y que se producen en el seno de una relación laboral o funcional mediante el prevalimiento de una situación de superioridad. A continuación se procederá a analizar cada uno de estos elementos.

I. En primer lugar, la conducta viene delimitada estrictamente por la conjunción de una serie indeterminada de «actos hostiles o humillantes» que sitúan al trabajador en una situación de acoso, actos que pueden ser de muy diversa naturaleza, tanto materiales como inmateriales. En mi opinión, a diferencia de lo que sucede en el tipo genérico contra la integridad moral⁽⁵³⁾, tales actos aisladamente considerados carecen de la entidad suficiente para ser calificados ni siquiera como una falta del art. 620 CP, pero su sistematicidad y reiteración prolongada en el tiempo⁽⁵⁴⁾ provoca la degradación del clima laboral hasta el punto de sumir al sujeto pasivo en la situación de acoso moral⁽⁵⁵⁾. Es, por tanto, la conver-

(51) BLANCO VAREA, M. J. y LÓPEZ PARADA, J.: «La vía penal integrada...», recurso electrónico; PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, p. 145; y, respecto del tipo genérico, TAMARIT SUMALLA, J.M.: «De las torturas y otros delitos...», p. 930; PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, p. 262; REBOLLO VARGAS, R.: «Los delitos contra la integridad moral...», *op. cit.*, p. 220.

(52) PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, pp. 156 a 163.

(53) Véase *infra* nota 65.

(54) Debe exigirse una cierta proximidad temporal entre los actos hostiles, pues es inherente al propio concepto de acoso la repetición continuada del hostigamiento que culmina el elemento material de la conducta. A favor de esta exigencia POMARES CINTAS, E. y OTERO GONZÁLEZ, P.: «El acoso laboral (mobbing) (art. 173)», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), Tirant lo Blanch, 2010, p. 203; y REBOLLO VARGAS, R.: «Los delitos contra la integridad moral...», *op. cit.*, p. 217.

(55) MIR PUIG se refiere a tales actos como un conjunto de «microofensas o microtraumatismos repetitivos». MIR PUIG, C.: «El acoso moral...», *op. cit.* p. 237. En igual sentido, CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 47; y FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario...», *op. cit.*, p. 155.

gencia en una unidad de intención que resulta de aunar el elemento material y el elemento temporal lo que confiere relevancia penal a ese conjunto de actos hostiles que de forma individualizada carecerían de relevancia penal⁽⁵⁶⁾. Además, como se ha expuesto⁽⁵⁷⁾, la calificación como tal debe llevarse a cabo a través de criterios puramente objetivos, evitando que dependa de las concretas consecuencias que experimente el sujeto pasivo⁽⁵⁸⁾, pues el doblegamiento de su voluntad es independiente en la consideración de la conducta como lesiva del bien jurídico⁽⁵⁹⁾.

A pesar de que lo anterior permite, en mi opinión, contar con una tipicidad razonablemente configurada, no pueden dejar de apuntarse dos críticas formuladas a la descripción de este elemento típico:

- a) Algunos autores han puesto de manifiesto su falta de taxatividad, al entender que la indefinición con que se describe la conducta impide ofrecer una completa y acabada delimitación de los supuestos de aplicación⁽⁶⁰⁾. Comparto la idea de que el único intento de determinación de la conducta que ha llevado a cabo el legislador a través de la introducción de los adjetivos «hostiles» y «humillantes» ha supuesto una inadecuada limitación del ámbito de aplicación del precepto por los motivos que en la crítica tercera se expondrán.
- b) Al mismo tiempo se ha afirmado que la literalidad del término actos implica la restricción del campo aplicativo del precepto en la modalidad de la comisión por omisión en la medida en que se considera que requiere la realización de un acción material positiva consistente en un hacer pero nunca en un no hacer. Esta crítica no puede compartirse. Desde mi punto de vista, la expresión «actos hostiles y humillantes» no debe inducir al error de considerar como única forma de comisión la modalidad activa. El contenido del término «actos» no debe equipararse con un mero movimiento o expresión corporal, sino que debe atenderse al significado que acompaña a ese hacer psico-físico humano y que guarda con él relación directa, dotándolo de sentido propio⁽⁶¹⁾. Para ello, es necesario valorar cada acto en su contexto y, a su vez, en el seno del proceso global del acoso para obtener el sentido de cada acto en sí. Bien es verdad que esta tarea será más difícil de realizar en el ámbito de la omisión, pero no deben negarse sus efectos.

(56) URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en...*, *op. cit.*, p. 59.

(57) Véase *infra* II.2.II.

(58) PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.* p. 51.

(59) MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra...*, *op. cit.*, p. 44.

(60) FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario...», *op. cit.*, p. 156. MIR PUIG, C.: «El acoso moral...», *op. cit.*, p. 217. En sentido precisamente opuesto se defendió ya antes de la reforma —de forma muy minoritaria— la necesidad de establecer una delimitación conceptual amplia, justificada en que la realidad difusa con que el acoso se exterioriza en la práctica imponía ofrecer una definición de carácter instrumental y no constreñida a una lista tipificada de conductas sino a una lista abierta que permitiese atender a las específicas y particulares circunstancias del caso concreto. ESCUDERO MORATALLA, J. F. y POYATOS Y MATAS, G.: *Mobbing...*, *op. cit.*, p. 48. AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral... op. cit.*, p. 110.

(61) VIVES ANTÓN, T., citado en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito», *RECPC* 01-13 (1999), recurso electrónico.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que, existiendo ya un episodio de acoso claramente establecido, uno de los actos integrantes del mismo consista en lo siguiente: debe votarse el ascenso del trabajador acosado y el grupo de trabajadores que actúan como sujetos activos del acoso deciden no presentarse a la reunión para evitar que se dé el quorum suficiente para que la decisión de ascenso se pueda adoptar. Sin duda, se trata de una conducta de no hacer, pero el significado que a través de ella se pretende transmitir a la víctima del acoso, a mi juicio, permite considerarlo claramente como un acto hostil contra esa persona.

- c) Por último, un amplio número de autores considera, además, inadecuada y redundante la propia inclusión de la expresión «actos hostiles y humillantes». De un lado, porque se confunden los efectos que el acoso debe acarrear (efecto de humillación o degradación) con los medios o modos idóneos para provocarlos, insistiendo en que el menoscabo de la integridad moral puede lograrse sin necesidad de actos en sí mismos hostiles o humillantes⁽⁶²⁾. De otro, porque se considera innecesaria la exigencia explícita de reiteración de actos, pues parece comprendida en el sentido literal del término acoso la repetición de actos similares o idénticos realizados contra una persona⁽⁶³⁾. Y, efectivamente, con la expresión «actos hostiles o humillantes» se está aludiendo no al efecto de la situación de acoso sino a los medios comisivos con los que éste se presenta cuando la vulneración del bien jurídico integridad moral puede conseguirse sin actos que revisitan dichas características. Sin embargo, a mi juicio, el principal problema que plantea el precepto es la propia indeterminación de los conceptos «hostil» y «humillante».

II. En segundo lugar, el art. 173.1.2.º CP exige que tales actos, «sin llegar a constituir trato degradante, supongan un grave acoso contra la víctima». A diferencia del tipo genérico contra la integridad moral del art. 173.1.1.º CP⁽⁶⁴⁾, se califica como grave el acoso y no los actos hostiles concretos en los que éste se materializa⁽⁶⁵⁾. De este modo, la nota de

(62) POMARES CINTAS, E. y OTERO GONZÁLEZ, P.: «El acoso laboral...», *op. cit.*, p. 201. En el mismo sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante», núm. 7534 *Diario La Ley*, 2010, p. 3 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(63) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 4 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(64) En el tipo genérico, el concepto de trato degradante debe interpretarse en relación con la intensidad de la situación de humillación o envilecimiento y no con la frecuencia temporal de la misma, hecho que no impide que sea la repetición de la conducta lo que determine la gravedad del atentado a la integridad moral. Con ello se pretende poner de relieve que no se está excluyendo la reiteración como posible conducta del delito del 173.1.º párrafo 1.º sino que tal característica resulta inherente al tipo objetivo del delito de acoso, mientras que su concurrencia puede tener lugar facultativamente en el delito de trato degradante. GARCÍA CALLEJO entiende que la razón por la que no cabe incardinar el acoso laboral en el delito de trato degradante estriba en que éste no cuenta con un elemento de reiteración, siendo la persistencia temporal la esencia del delito. Por el contrario, la mayoría de la doctrina, entre la cual se sitúa en este punto el presente trabajo, opina conforme a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre malos tratos domésticos, que el delito contra la integridad moral del art. 173 permite el castigo tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas, no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo, en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave por erosión a la integridad moral. En contra de la opinión aquí sostenida, GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección...*, *op. cit.*, p. 132. A favor, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra...*, *op. cit.*, p. 38.

(65) POMARES CINTAS, E.: *El acoso en el trabajo basado en...*, *op. cit.*, p. 79.

gravedad se consigue por la acumulación de actos individuales que no pueden calificarse como tales pero que considerados en su conjunto cumplimentan el tipo objetivo. La suma de todos estos actos individuales es lo que coloca a la víctima en una situación de grave acoso, siendo esta circunstancia y no cada acto en particular la que integra el desvalor del resultado, esto es, la afectación del bien jurídico integridad moral⁽⁶⁶⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina se encuentra dividida en el nivel de gravedad que cada uno de los actos individuales que integran el acoso debe ostentar observados desde la perspectiva del tipo genérico contra la integridad moral del párrafo 1.º del art. 173 CP.

- a) Por una parte, se afirma que éstos, ni en sí mismos considerados, ni tenidos en cuenta en su conjunto, pueden llegar a ostentar la magnitud del trato degradante exigido por el tipo genérico⁽⁶⁷⁾. Se critica, pues, que el acoso moral en el trabajo se castigue con idéntica penal que el delito contra la integridad moral.
- b) Por otra parte, algunos autores entienden que el nivel de gravedad exigido por el trato degradante se alcanza por la reiteración continuada de los actos individuales de acoso⁽⁶⁸⁾, de manera que la sanción de todos aquellos actos que no revisieran la gravedad extrema del trato degradante deberían quedar relegados a una simple falta del art. 620 CP o al ámbito administrativo⁽⁶⁹⁾. Esta asimilación al nivel de gravedad exigido por el trato degradante es la que conduce a los defensores de esta corriente a afirmar una mera relación de especialidad entre ambos tipos, pues la única diferencia radicaría en el ámbito donde se produce el acoso, a saber, en el seno de una relación laboral o funcionarial.

La nota de extrema gravedad, inherente a los tratos degradantes, no concurre en la figura de acoso moral en el trabajo. Y esta circunstancia es la que, a mi juicio, posibilita radicar esta forma de acoso en sede delictiva y obligaba al legislador a introducir una nueva tipicidad para castigar esta conducta, por encima de una simple falta de vejaciones injustas y por debajo del delito contra la integridad moral⁽⁷⁰⁾. De este modo, mientras que el delito contra la integridad moral debe aplicarse restrictivamente a los supuestos en que tenga lugar un grave y extremo trato degradante⁽⁷¹⁾, el tipo de acoso moral en el trabajo permite aplicar la misma pena a conductas con un nivel de injusto menor que, aisladamente

(66) FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario...», *op. cit.*, p. 155.

(67) FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario...», *op. cit.*, p. 155. MIR PUIG, C.: «El acoso moral...», *op. cit.*, p. 237. URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en...*, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

(68) CARMONA SALGADO, C.: «Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010», núm. 81 *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, p. 2 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico); PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Mobbing y...*, *op. cit.*, p. 140; POMARES CINTAS, E. y OTERO GONZÁLEZ, P.: «El acoso laboral...», *op. cit.*, p. 200, entre otros.

(69) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 5.

(70) De acuerdo con PÉREZ MACHÍO, las conductas vejatorias del art. 620.2 CP si bien poseen el propósito de humillar, vejar y afrentar a la persona en cuanto a tal, carecen del dato de instrumentalización y cosificación de la víctima. En PÉREZ MACHÍO: *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 275. También SÁNCHEZ GARRIDO, J.A.: «La consideración penal del mobbing», núm. 7612 *Diario La Ley*, 2011, p. 11 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(71) GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica...* *op. cit.*, p. 132.

consideradas, carecerían de relevancia penal, pero que consideradas en su conjunto son lo suficientemente graves como para ser consideradas delito.

Esta configuración implica que tendrán que independizarse del conjunto de actuaciones constitutivas de acoso moral en el trabajo las que aisladamente consideradas constituyan un trato degradante, que se castigarían con base al tipo genérico de delito contra la integridad moral del art. 173.1.1.º CP, y aquellas que carezcan de la entidad suficiente para ser castigadas no ya como un delito contra la integridad moral, sino ni siquiera como un delito de acoso moral en el trabajo, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el acoso no puedan calificarse como grave, las cuales deberán subsumirse en el art. 620.1 o 2 CP⁽⁷²⁾.

En consecuencia, el delito de acoso moral en el trabajo no se configura, por tanto, como un tipo especial respecto del delito contra la integridad moral, sino como un subtipo agravado por cuanto atribuye penológicamente idéntico castigo que el delito genérico a una conducta con un nivel de injusto menor.

III. En tercer lugar, el acoso moral en el trabajo debe producirse «en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional»⁽⁷³⁾. Al respecto, resulta interesante observar cómo la principal razón que condujo a la doctrina a pretender la sanción del acoso moral en el trabajo a través de los preceptos dedicados a delitos contra derechos de los trabajadores radicó en la peculiar vinculación jurídica existente entre los sujetos intervinientes, esto es, la existencia de una relación laboral.

En mi opinión, sin embargo, la relación laboral opera como un límite puramente funcional convirtiendo el delito en especial en la medida en que solo puede cometerlo quien está inmerso en una relación laboral y con motivo de ésta. En efecto, se trata de un fenómeno que se produce en el seno de las relaciones interpersonales creadas en el contexto del trabajo y, por ende, sus formas de manifestación presentan múltiples conexiones con la relación jurídica que entre empresario y trabajador configura el contrato de trabajo⁽⁷⁴⁾, pero el hecho de que el ámbito geográfico en el que se desarrollan las prácticas de acoso sea habitualmente el lugar de trabajo no instituye a éste en un elemento esencial para su

(72) CARMONA SALGADO considera, en cambio, que la aplicación de la falta del art. 620.2.º CP debe quedar excluida dada su levedad. CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 38. A favor, URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en...*, *op. cit.*, p. 58.

(73) Una cuestión muy debatida en la doctrina antes de la reforma de 2010 era la posible aplicación del precepto dentro de la Administración. Ninguna referencia aparecía al respecto en el Anteproyecto de 2006, en cuya Exposición de Motivos únicamente se ponía de relieve la ausencia de una regulación expresa del *mobbing*, dejando entrever las dificultades de sanción que tal circunstancia ocasionaba en la jurisprudencia. Su inclusión tuvo lugar a través del Proyecto de 2007, donde se hacía referencia expresa en la Exposición de Motivos a la voluntad del legislador de entender aplicable la redacción del precepto, que permaneció inalterado, tanto a las relaciones jurídico-privadas como a las relaciones jurídico-públicas, es decir, las producidas en el marco funcional. La idea de englobar la relación funcional se mantuvo en el anteproyecto de 2008, en el que se dio una nueva redacción al párrafo segundo del art. 173.1 CP aludiendo genéricamente a las relaciones de contenido contractual. Finalmente, la cuestión fue zanjada con la introducción de una mención expresa a la posibilidad de comisión de la conducta en el ámbito de una relación funcional que actúa como *lex specialis* frente al art. 175 CP. Véase MIR PUIG, C.: «El *mobbing* o acoso moral o psicológico en el trabajo en la reforma penal», en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, pp. 730 a 733.

(74) RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *El acoso moral...*, *op. cit.*, p. 34.

conceptualización jurídica⁽⁷⁵⁾. Su configuración como un delito especial tiene lugar en una esfera más abstracta, la de la relación personal, que en ningún caso guarda vinculación alguna con el elemento de la ubicuidad en la atribución a la conducta de relevancia penal. De este modo, entiendo que el acoso moral se producirá siempre que exista una relación laboral entre los sujetos y que los diferentes actos hostiles y humillantes se produzcan en el seno y como consecuencia de dicha relación. Así, a mi juicio, no se quebrará este elemento cuando el acoso moral se produzca en el domicilio o en cualquier otra parte distinta del lugar de trabajo. Piénsese, por ejemplo, en aquellos trabajadores que desarrollan su jornada laboral en casa o en los casos en que los comportamientos hostigadores no se ciñan únicamente al transcurso de la jornada laboral en el centro de trabajo, sino que incluyan llamadas o envíos de cartas al domicilio del acosado, etc. Por otra parte, considero que deberían quedar excluidos todos aquellos comportamientos que, aun siendo acosadores, no guarden una relación directa con la relación laboral, *ad exemplum*, que sean consecuencia de una riña familiar o de una pelea entre amigos.

Por lo que se refiere al contenido de este elemento típico, creo que la relación de trabajo debe ser concebida en sentido amplio, es decir, ambos sujetos deben depender funcionalmente de la empresa aunque orgánicamente dependan de otra entidad, como en el caso de los trabajadores de empresas de trabajo temporal⁽⁷⁶⁾. Quedan excluidos, en consecuencia, el cliente de la empresa como sujeto activo y los trabajadores autónomos como sujeto pasivo del delito⁽⁷⁷⁾.

IV. En último lugar, siguiendo el tenor literal del texto, el acoso debe producirse también «prevaliéndose de su relación de superioridad»⁽⁷⁸⁾. La doctrina es unánime en considerar,

(75) PÉREZ MACHÍO, A. I.: «Mobbing y...», *op. cit.* p. 141.

(76) Y ello no entra en contradicción con la negación del límite geográfico que, a causa de la influencia del concepto psicológico de acoso moral en el trabajo, se ha impuesto en la doctrina como elemento configurador del acoso. En este sentido, GIMENO LAHOZ entiende que la necesaria exigencia como requisito conceptual de este límite reside en que fuera de la empresa la persona tiene mayor libertad, tanto de reacción como para la elusión del hostigamiento; pero también en que fuera del lugar del trabajo —fuera del ámbito de organización y dirección— la capacidad de supervisión empresarial y reacción disminuye drásticamente. Como se ha expuesto, el presente estudio no comparte esta idea al entender que, en el ámbito penal, supondría privar parcialmente de eficacia a la norma penal en la medida en que se estaría impidiendo con ello la persecución de un amplio número de conductas lesivas del bien jurídico protegido que, al no resultar sometidas a dicho límite, deberían calificarse como atípicas. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que no existe un lugar fijo de trabajo, como el de los vendedores ambulantes, o en los actos llevados a cabo fuera del lugar de trabajo, *ad exemplum* en la propia casa del acosado. MARTÍNEZ ABASCAL incide en que la identificación de ese entorno no debe realizarse bajo un criterio restrictivo, pues obrando de este modo quedarían al margen de la figura conductas que objetivamente la integran y su prevención y protección resultarían menoscabadas. GIMENO LAHOZ, R.: *La presión...*, *op. cit.*, pp. 84 y 85. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *El acoso moral en el trabajo. Claves para su protección extrajudicial*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 41. MIR PUIG, C.: «El mobbing o...», *op. cit.*, p. 735. Véase también MIR PUIG, C.: «El acoso moral en el trabajo (mobbing) y...», *op. cit.*, p. 58.

(77) Respectivamente, JURADO SEGOVIA, A.: *El acoso moral en...*, *op. cit.*, pp. 136 y 137; y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 3 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(78) El Derecho laboral distingue en atención al sujeto activo según el acoso se reciba de compañeros (*mobbing* horizontal), superiores o inferiores jerárquicos (*mobbing* vertical descendente y *bossing* o *mobbing* vertical ascendente, respectivamente), aunque se comienza a hablar de acoso mixto. En ningún caso debe atribuirse relevancia penal más allá de lo puramente terminológico a dicha clasificación. RUBIO DE MEDINA, M.^a D.: *Extinción del contrato laboral por acoso moral*, Editorial Bosch, 2010, p. 17.

aun a pesar de escasas críticas admitiendo que con ello se crea una situación injusta⁽⁷⁹⁾, que el acoso solo puede ser ejecutado por un círculo reducido de personas que ostentan sobre el acusado una relación de superior jerarquía que permita darle órdenes⁽⁸⁰⁾. De este modo, se excluye como autores a los trabajadores de igual o inferior rango (acoso horizontal y vertical ascendente), así como a aquellos que contribuyen a generar el clima que éste reclama, los cuales deberían quedar relegados al ámbito administrativo sancionador⁽⁸¹⁾.

En mi opinión, con lo anterior se ha adoptado una posición excesivamente apresurada por lo que respecta a esta cuestión. Una comparación con la agravante genérica de abuso de superioridad y con el tipo de acoso sexual previsto en el art. 184 CP, que considero de obligada referencia, demuestra que en la interpretación de este requisito se está obviando que la relación de asimetría puede darse siempre que exista un poder fáctico que permita un mayor control del ambiente⁽⁸²⁾ y disminuya las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, situándolo en una posición de vulnerabilidad y dependencia que revista una verdadera gravedad objetiva. Dicha superioridad del acosador puede proceder de circunstancias físicas pero también psíquicas ajenas a ésta, como podrían ser la antigüedad, la actuación conjunta con otros compañeros o la mayor fortaleza de carácter⁽⁸³⁾. La interpretación de este requisito en otro sentido que no fuera considerarlo inherente al tipo objetivo podría dar lugar a una doble punición contraria al principio *non bis in idem* en el momento en que se aplicara la agravante de abuso de superioridad.

3. Elementos subjetivos del injusto: crítica

La única forma de comisión del delito de acoso moral en el trabajo es el dolo de primer grado, integrado por el conocimiento y la intención de llevar a cabo todos los actos idóneos para realizar la parte objetiva del tipo. No se comparte, por tanto, la opinión de aquellos autores que exigen también la concurrencia de un componente teleológico dirigido, según el sector más restrictivo, a la autoeliminación del trabajador o su salida de la organización⁽⁸⁴⁾,

(79) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 3. POMARES CINTAS, E.: «El Derecho penal ante el acoso en el trabajo el proyecto de reforma penal de 2009», núm. 105 *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, recurso electrónico.

(80) POMARES CINTAS explica respecto del Proyecto de reforma de 2009: «No señala expresamente que la superioridad sea laboral o jerárquica, pero también es cierto que el término relación significa que debe mediar entre el sujeto activo y el pasivo una situación de jerarquía laboral y, por tanto, apunta directamente a la modalidad de abuso del superior sobre el subordinado». CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 38. FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario...», *op. cit.*, p. 155. OVAMT: *El acoso...*, *op. cit.*, p. 117. POMARES CINTAS, E.: «El Derecho penal ante...», *op. cit.*, p. 204. POMARES CINTAS, E. y OTERO GONZÁLEZ, P.: «El acoso laboral...», *op. cit.*, pp. 202 y 203.

(81) MORALES GARCÍA, O.: «Mobbing...», *op. cit.*, p. 23.

(82) Así, por ejemplo, SAP Granada, Sec. 1.ª, 663/2006, de 24 de octubre, que condena por trato degradante del art. 173.1 a unos menores que durante días insultaron, desobedecieron, escupieron y amenazaron a los educadores del centro en el que aquéllos estaban internados. BARQUIN SANZ, J.: *Delitos...*, *op. cit.*, p. 68. Sentencia recogida en NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 6 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(83) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 3 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(84) RUBIO DE MEDINA expone que tienen por finalidad hacer el vacío al trabajador afectado con la finalidad de que dimita en su trabajo como única vía de escape del sufrimiento provocado por el acoso moral. Provocan deter-

y, según otro sector que matiza el requisito anterior, a la creación de un ambiente hostil para el trabajador⁽⁸⁵⁾.

Las pretensiones del sujeto activo pueden ir orientadas a objetivos distintos y de muy diversa naturaleza: el logro de un determinado puesto de trabajo, la venganza, la propia aniquilación o exclusión personal del sujeto pasivo de un determinado grupo de dominio... e incluso una suerte de voluntad enderezadora de la propia conducta del trabajador con la consiguiente creencia de la adecuación de la misma, hecho que, en ningún caso, le niega el carácter antijurídico. Siendo así, no debe confundirse el carácter doloso del acoso —basado en la intención de destruir y humillar al sujeto— con exigir que se persiga una determinada finalidad para declarar cumplimentada la conducta típica⁽⁸⁶⁾. Las eventuales finalidades de los sujetos carecen, en este sentido, de interés jurídico-penal, siendo suficiente la concurrencia de la lesión dolosa del bien jurídico integridad moral⁽⁸⁷⁾.

Lo anterior, esto es, la negación de la existencia de un elemento subjetivo trascendente, no es óbice, sin embargo, para afirmar la concurrencia de un elemento subjetivo adicional. A mi juicio, la voluntad de humillar y degradar al sujeto pasivo sumiéndolo en una situación de grave acoso informa la conducta del delito hasta el punto de convertirlo en un delito de tendencia interna intensificada⁽⁸⁸⁾. Este fin último del sujeto activo, que no busca nada más allá de la realización de la acción típica, confiere a la conducta del acosador un sentido subjetivo específico que la hace relevante en el ámbito penal.

4. Relaciones concursales

El acoso moral en el trabajo supone la lesión de un determinado bien jurídico: la integridad moral. No obstante, como se ha puesto de manifiesto anteriormente en este estudio⁽⁸⁹⁾, es posible que la conducta venga acompañada dentro de la misma unidad de tiempo de acciones susceptibles de afectar a otros derechos protegidos penalmente. Cuando esta circunstancia se produzca, tales acciones deberán castigarse separadamente por la vía del concurso sin alteración de las reglas generales, en buena parte de supuestos como un concurso ideal medial de delitos y real el resto⁽⁹⁰⁾. Esta idea viene a ser confirmada, además, por la

minados cuadros físicos, psicológicos o laborales en el acosado. CARMONA SALGADO dedica un apartado completo a delimitar las fases del proceso ejecutivo y los efectos que ocasiona en la víctima, recogiendo en su quinta fase el abandono del trabajo o huida de la organización como fin último del acosador. RUBIO DE MEDINA, M.^a D.: *Extinción...*, *op. cit.*, p. 19. CARMONA SALGADO, C. «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 29 a 33.

GIMENO LAHOZ, R.: *La presión...*, *op. cit.*, p. 81.

(85) MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «El acoso moral...», *op. cit.*, pp. 39 y 40.

(86) JURADO SEGOVIA, A.: «El acoso moral...», *op. cit.* p. 143. En idéntico sentido, PÉREZ MACHÍO: *Mobbing y...*, *op. cit.*, p. 57; y MIR PUIG, C.: *El acoso moral...*, *op. cit.*, p. 182.

(87) PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Mobbing y...», *op. cit.*, pp. 56 a 58. POMARES CINTAS, E.: «El acoso en el trabajo basado...», *op. cit.*, p. 76. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M. y LAFONT NICUESA, L.: «Acoso moral», en *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario*, 2006, Aranzadi, p. 113.

(88) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. PG, L. 10/144*.

(89) Véase *supra* II.1.

(90) La doctrina mayoritaria entiende que se trata de un concurso real, si bien algunos autores se decantan por entender que se produciría un concurso de delitos ideal. Véase MORALES GARCÍA, O.: «Mobbing...», *op. cit.*, p. 28. PÉREZ MACHÍO, A.I.: «Concreción...», *op. cit.* p. 52; y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. M.: *Los delitos...*, *op. cit.* p. 1. A

previsión contenida en el art. 177 CP, que establece el carácter autónomo de este delito y lo dota de contenido propio⁽⁹¹⁾.

Así, por ejemplo⁽⁹²⁾, cuando la conducta del delito de acoso moral venga acompañada de un claro atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo deberá castigarse, además, por un delito de acoso sexual⁽⁹³⁾, agresión o abuso sexual. En caso de producirse un menoscabo de la integridad física o psíquica del trabajador, deberá apreciarse un concurso con el delito de lesiones⁽⁹⁴⁾ o, en caso extremo, con el de homicidio imprudente. Si se atenta contra el honor, la intimidad o la libertad, con los delitos de injurias, calumnias, revelación de secretos, coacciones y amenazas. Además, el acoso producido en el seno de una relación funcional podría dar lugar a la concurrencia de un delito de prevaricación⁽⁹⁵⁾, de mediar resolución injusta, o de tráfico de influencias, al igual que a un delito contra los derechos de los trabajadores en el ámbito laboral privado⁽⁹⁶⁾. Y, por último, cuando la intensidad de una conducta aislada alcance la magnitud del trato degradante de tal forma que ésta pudiera disgregarse del propio episodio de acoso, dicho comportamiento debería sancionarse por la vía del delito contra la integridad moral, excluyéndolo con ello de la serie de los que pueden integrar el delito de acoso moral en el trabajo.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, 2004.

ACALE SÁNCHEZ, M. «Acoso moral», en *Diccionario Crítico de las Ciencias Sociales*, ROMÁN REYES (dir.), publicación electrónica.

BARQUIN SANZ, J.: *Delitos contra la integridad moral*, Editorial Bosch, 2001.

BLANCO VAREA, M. J. y LÓPEZ PARADA, J.: «La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral», *Diario La Ley* de 25 de marzo de 2002, recurso electrónico, y *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (2002).

CARBONELL MATEU, J. C.: «Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la canalización de la legalidad», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, 2000.

favor del concurso ideal con el delito de lesiones y real el de acoso sexual, CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, p. 53.

(91) LAFONT NICUESA, L.: *El delito...*, *op. cit.* p. 257.

(92) Véase AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral...*, *op. cit.*, pp. 110 y 111, además de 195 y ss. BLANCO BAREA & LÓPEZ PARADA, «La vía penal...», *op. cit.*, recurso electrónico. CARMONA SALGADO, C.: «Cuestiones generales y...», *op. cit.*, pp. 28, 50 y 55. ESCUDERO MORATALLA, J.F.: *Mobbing...*, *op. cit.*, p. 52. LAFONT NICUESA, L.: *El delito...*, *op. cit.*, pp. 95 y 169 y ss. POMARES CINTAS, E.: «¿Existe dificultad...», *op. cit.*, p. 7 (del artículo en pdf, recurso de acceso electrónico).

(93) Así podría haberse aplicado en la SJP núm. 8 Valencia núm. 151/2005, de 21 de abril.

(94) Igualmente, podría haberse aplicado en la SAP Madrid núm. 4/2010, de 29 de enero.

(95) Así podría haberse aplicado en la SAP Ávila núm. 16/2005, de 4 de febrero.

(96) Así podría haberse aplicado en la STS núm. 995/2000, de 30 de junio.

- CARMONA SALGADO, C.: *Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)*, *Estudios penales en homenaje al profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- «Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010», núm. 81 *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011.
- COLLADO GARCÍA, L.: «Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo —mobbing—. Diferencias con otras figuras», en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12/2004, Consejo General del Poder Judicial.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *Tratamiento jurídico del mobbing*, Ramón Areces, 2008.
- CRUZ MÁRQUEZ, B.: «La aplicabilidad del delito de trato degradante cometido por particulares (art. 173.1 del CP) frente al acoso moral en el trabajo», vol. 3, núm. 7-8, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2010.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F.; POYATOS Y MATAS, G.: *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, 2004.
- FERNÁNDEZ PALMA, R.: «Acoso laboral e inmobiliario (arts. 172.1, párrafo tercero y 173.1 párrafos segundo y tercero CP)», en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Aranzadi.
- GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa: el mobbing desde la óptica de un juez*, Lex Nova, 2005.
- GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o tutela de la dignidad del trabajador*, Federación de Servicios Públicos de UGT de Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)*, Cuadernos Civitas, 2002.
- JUANES PECES, A.: «El fenómeno del mobbing en el ámbito castrense», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007.
- JURADO SEGOVIA, A.: *El acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, La Ley, 2008.
- LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2008.
- LEYMANN, H.: *Mobbing: la persécution au travail*, Seuil, 1996.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: «El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica», en *Mobbing-Opinión.com*, *Estudios Jurídicos*, 2004.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I., en VV.AA.: *La tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de la Ley Penal*, Thomson-Aranzadi, 2006.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *El acoso moral en el trabajo. Claves para su protección extrajudicial*, Tirant lo Blanch, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito», *RECPC* 01-13 (1999), recurso electrónico.
- MEJÍAS GARCÍA, A.: «Presión laboral tendenciosa. Medios de protección», en CARBONNEL VAYÁ, E.J.; GIMENO NAVARRO, M.A. (Dir.): *El acoso laboral, antes llamado mobbing: un enfoque integrador de los aspectos pericial, psicológico, preventivo y jurídico*, Tirant lo Blanch, 2008.

- MIR PUIG, C.: *El acoso moral desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Ídem, CGPJ, Madrid, 2006.
- «El acoso moral en el trabajo (Mobbing) y en la escuela (Bullying) y el Derecho Penal», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 94/2006, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
 - «El mobbing o acoso moral o psicológico en el trabajo en la reforma penal», en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010.
 - *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Julio César Faria, 2004, p. 281.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela penal frente al acoso moral en el trabajo: ventajas e inconvenientes de una estrategia de defensa posible», *Revista de Relaciones Laborales*, núm.7/2002.
- «La respuesta del Estado de Derecho ante el acoso moral en el trabajo», *Diario de Noticias La Ley*, de julio de 2002.
 - «Violencia moral en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos», en *Mobbing-Opinión.com, Estudios Jurídicos*, 2003.
- MORALES GARCÍA, O.: «Mobbing: ¿un hecho penalmente relevante o un delito específico?», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, 1999.
- NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1998.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante», núm. 7534 *Diario La Ley*, 2010, recurso electrónico.
- OVAMT: *El acoso moral «mobbing» en los lugares de trabajo, comprender para intervenir*, Eusko Jaurlaritz, 2004.
- PÉREZ MACHÍO, A I.: *Comentarios al Código Penal*, La Ley, 2010.
- *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2007.
 - *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, 2005.
- PIÑUEL Y ZABALA, I.: «El mobbing o acoso psicológico en el trabajo», en MIR PUIG (Dir.), *El Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- POMARES CINTAS, E.: «¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1.^a), de 20-10-2008, núm. 360/2008», núm. 780 *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2009.
- «El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal», 97, *Cuadernos de política criminal*, 2009.
 - «El Derecho penal ante el acoso en el trabajo el proyecto de reforma penal de 2009», núm. 105 *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2010, recurso electrónico.
- POMARES CINTAS, E. y OTERO GONZÁLEZ, P.: «El acoso laboral (mobbing) (art. 173)», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ALVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), Tirant lo Blanch, 2010.

- REBOLLO VARGAS, R.: «Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal», tomo 60, fasc./mes 1, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2007.
- RIVAS VALLEJO, M.^a P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*, Thomson-Civitas, 2005.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *El acoso moral en el trabajo*, DIJUSA, 2004.
- RUBIO DE MEDINA, M.^a D.: *Extinción del contrato laboral por acoso moral*, Editorial Bosch, 2010.
- SÁNCHEZ GARRIDO, J.A.: «La consideración penal del mobbing», núm. 7612 *Diario La Ley*, 2011.
- SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Colección Estudios, 2005.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Comentarios al Código Penal*, QUINTERO OLIVARES (dir.), Aranzadi, 2011.
- TRABADO ÁLVAREZ, C.: «La regulación penal del delito de mobbing en España», 7718 *Diario La Ley*, 2011.
- URRUTICOETXEA BARRUTIA, M.: *La vía penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*, Editorial Bomarzo, 2009.
- VARELA, B.: «El acoso moral o mobbing en el trabajo», en *El Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- VICENTE ROJO, J.; CERVERA, A. M.^a: *Mobbing o acoso laboral*, Tébar, 2005.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, 2009, pp. 46 a 48.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M.: «Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1997/2005.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M. y LAFONT NICUESA, L.: «Acoso moral», en *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario*, 2006, Aranzadi.

PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS CRIMINALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

FRANCISCO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ

*Fiscal Delegado de Cooperación Internacional en la Fiscalía Provincial de Málaga.
Punto de contacto de la Red Judicial Europea*

RESUMEN

Propuestas para mejorar la eficacia de la recuperación de activos criminales en un contexto de crisis económica

El arsenal normativo que ha sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años y que ha modernizado definitivamente el decomiso como consecuencia accesoria del delito, tanto en su regulación normativa como en su vertiente procesal, requiere una actualización del modelo investigador que ponga en valor las investigaciones financieras y el establecimiento de agencias especializadas y multidisciplinarias que apoyen institucional y sistemáticamente a las autoridades judiciales en la localización, recuperación, administración y disposición de los activos delictivos como modelo más eficaz en la lucha contra el crimen organizado.

En este año 2012, se han publicado la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea y el Informe de la 5.ª Ronda de Evaluaciones Mutuas sobre delitos e investigaciones financieras, documentos en los que, ante la situación económica que atraviesa Europa y la falta de la eficacia esperada en materia de recuperación de activos, se proponen normas mínimas a fin de reforzar la confianza mutua entre los Estados Miembros en materia de embargo y decomiso y recomendaciones a éstos y a las instituciones de la Unión Europea para impulsar investigaciones financieras sólidas, planificadas en estrategias nacionales a largo plazo y coordinadas a nivel europeo, en base al principio de reconocimiento mutuo consagrado en el Tratado de Lisboa.

En esa dirección, el presente artículo, tras resaltar la importancia de las investigaciones financieras, abordar

ABSTRACT

Proposals to improve the effectiveness of criminal assets recovery within an economic crisis situation

The mine of regulations that have been implemented in our legal system in the last years and which has definitively modernized forfeit as an additional consequence of crime, so much in its normative regulation as in its procedural side, it is necessary to update the investigating model in order to enhance financial investigations and to set specialized and multidisciplinary agencies that give institutional and systematic support to judicial authorities in the location, recovery, management and regulation of criminal records as a more effective model in the fight against organized crime.

In 2012, it has been published the Directive's Proposal, of the European Parliament and of the Council about freezing attachment and seizure of those products from crimes in the European Union and the Report of the 5th Round of Mutual Appraisals about crimes and financial investigations, documents in which in view of the current European financial situation and the lack of the expected effectiveness as regards to assets recovery, some minimal regulations are proposed in order to reinforce mutual trust among Member States as regards to seizure and forfeit and advices to them and to the institutions of the European Union to boost solid financial investigations, planned in long term national strategies and coordinated at European level based on the mutual acknowledgment principle established by the Treaty of Lisbon. In that direction the current article, after standing out the importance of the financial investigations, tackling the new issue of forfeit not based on sentences from the view of international cooperation and the need for

la novedosa cuestión del decomiso no basado en condena desde la perspectiva de la cooperación internacional y la necesidad de remodelar el diseño dado por el art. 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las Oficinas de Activos Nacionales, aboga por el establecimiento de una agencia multidisciplinar insertada en la Fiscalía española.

Palabras clave: Recuperación de activos, crimen organizado, investigación financiera, decomiso sin condena, confiscación civil, oficinas de recuperación de activos (AROs), oficinas de administración de activos (AMOs).

restructuring the design given by the art. 367 septies of the Code of Criminal Procedure to the offices of national assets, it pleads for the establishment of an multidisciplinary agency within the Spanish Prosecution Service.

Key words: Assets Recovery, organized crime, financial investigation, forfeit without sentence, civil confiscation, assets recovery offices (AROs), assets management offices (AMOs).

SUMARIO

- I. EL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DELICTIVOS COMO PRIORIDAD ESTRATÉGICA DE LA UE. DICOTOMÍA ENTRE EL MARCO LEGAL EN CONSTRUCCIÓN Y LOS RESULTADOS DE SU APLICACIÓN.
 - II. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE UNA INVESTIGACIÓN PATRIMONIO-CRIMINAL ADECUADAMENTE PLANIFICADA.
 - III. EL DECOMISO NO BASADO EN CONDENA.
 1. **El decomiso sin condena penal (decomiso civil). ¿Es posible incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico?**
 2. **Dificultades en el reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones de embargo preventivo y de decomiso dictadas por autoridades judiciales europeas.**
 3. **Art. 5 de la Propuesta de Directiva de 12-3-2012 y su posible implementación en España.**
 - IV. LA NECESARIA REMODELACIÓN DE LAS OFICINAS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN ESPAÑA.
 1. **Origen y marco legal de las Oficinas de Recuperación de Activos.**
 2. **Antecedentes y regulación de las Oficinas de Recuperación de Activos en España.**
 3. **Estadísticas disponibles.**
 4. **Modelos de Derecho Comparado.**
 - A) Francia.
 - B) Bélgica.
 - C) Países Bajos.
 - D) Italia.
 - E) Reino Unido.
 5. **Reformas necesarias a nivel nacional y europeo.**
-

I. EL DECOMISO Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DELICTIVOS COMO PRIORIDAD ESTRATÉGICA DE LA UE. DICOTOMÍA ENTRE EL MARCO LEGAL EN CONSTRUCCIÓN Y LOS RESULTADOS DE SU APLICACIÓN

Como consecuencia de una nueva estrategia diseñada a nivel europeo en la lucha contra la criminalidad organizada, el decomiso y recuperación de los productos del delito han experimentado un «*giro copernicano*», pasando a representar un papel protagonista en la política criminal de nuestro país. Impulsado por la influencia del Derecho internacional y en particular del Derecho de la Unión Europea, el decomiso se ha sacudido su condición de materia secundaria, prácticamente residual, que hasta entonces había tenido en el Derecho y el procedimiento penal patrio. El marco jurídico material y procesal ha sido, más que reformado, renovado con vistas a dotarlo de una mayor eficacia en la lucha contra el crimen organizado. En efecto, en los últimos años hemos podido comprobar cómo el instituto jurídico del decomiso ha sufrido una auténtica transformación en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en su regulación propiamente sustantiva (arts. 127 a 129 del Código Penal) como en su vertiente procesal, con las nuevas leyes sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras de embargo preventivo y confiscación fruto de la implementación de instrumentos normativos de la Unión Europea basados en el principio de reconocimiento mutuo⁽¹⁾. Pese a ese llamativo e interesante esfuerzo normativo, la valoración que podemos hacer de la aplicación de este entramado normativo es desigual y claramente insuficiente.

La recuperación de activos es un concepto ya popularizado gracias a la colonización normativa que venimos experimentando, que tiene su epicentro en diversas fuentes del Derecho internacional⁽²⁾ y sus réplicas más recientes y sucesivas en instrumentos normativos emanados de la Unión Europea. No obstante ello, el resultado de dichas sacudidas es desigual, ya que las legislaciones domésticas de los diferentes Estados miembros han implementado de manera heterogénea y poco armonizada esta normativa. A ello se une que, en su aplicación final al caso concreto, los operadores no acaban de sacar el máximo provecho de la nueva regulación recién estrenada, produciéndose una anómala infrautilización de las posibilidades que la misma ofrece, en una situación que pudiera denominarse de *obsolescencia normativa*⁽³⁾ y que se debe a distintas razones, entre la que se ha destacado una política normativa europea carente de visión global, pero también el peso de la tradi-

(1) En el artículo titulado «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», que fue publicado en el núm. 34 de la *Revista de Derecho Penal*, 3.^{er} cuatrimestre de 2011, año XI, me centro en el análisis de las reformas normativas aludidas, por lo que dicho estudio sirve de antecedente al presente artículo..

(2) Como en el marco del Consejo de Europa: el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (STE núm. 141, denominado el «Convenio de 1990»), que ha sido firmado y ratificado por todos los Estados del Consejo de Europa (incluyendo los Estados miembros de la UE) e incluso por Australia; el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (STE núm. 198), que a día de hoy ha sido firmado por 20 Estados miembros de la UE (y por la propia UE el 2-4-2009) y ratificado por 12 de ellos. Procedentes de otro marco organizativo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), que ha sido firmada y ratificada por prácticamente todos los Estados Miembros de la UE, en la que encontramos una Sección específica referida a la recuperación de activos.

(3) P. 104 del artículo «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos» citado en nota a pie de página 1.

ción jurídica⁽⁴⁾ en jueces y fiscales. De ese modo, la intensa actividad de las Instituciones de la Unión Europea para hacer del decomiso y la recuperación de activos delictivos un instrumento estratégico de primer orden en la lucha contra el crimen organizado, poniendo a disposición de los Estados miembros todo un abanico de instrumentos encaminados a proporcionar la arquitectura normativa más completa de la que se ha dispuesto nunca en esta materia, sorprendentemente ha dado lugar a la mencionada inquietante infrautilización y, desde el punto de vista institucional, a la conservadora opción de sustituir las reformas estructurales necesarias por un mero «*lavado de cara*» de organismos ya existentes, que arrastran unas dotaciones materiales y humanas claramente insuficientes para la ingente tarea a realizar.

A este frustrante panorama se suma el desconcierto de las autoridades judiciales españolas ante instituciones desconocidas en nuestro sistema legal, pero unánimemente recomendadas en el espacio judicial europeo a fin de reforzar la eficacia de la recuperación de activos. Me refiero a las solicitudes de auxilio judicial internacional relacionadas con resoluciones de embargo o confiscación no basadas en condena (*non-conviction based* —*NBC*— *forfeiture/confiscation orders*), cuyo reconocimiento y ejecución parece chocar con nuestro ordenamiento, pese a que ni reserva ni declaración alguna se hizo por España en los Instrumentos de Ratificación invocados en ellas. La realidad es que el apoyo incondicional de España a las solemnes y acertadas declaraciones programáticas supranacionales procedentes de instituciones de la Unión Europea no se traduce, o repercute, en una auténtica y perceptible mejora de la eficacia de las investigaciones financieras nacionales. Por el contrario, la recuperación de activos procedentes del delito en clave interna sigue teniendo algunas lagunas y escasos resultados prácticos pese a que nuestro territorio es bien conocido por ser el mayor receptor de activos delictivos de la Unión Europea, y a pesar de que la estimación de ganancias criminales no solo no disminuye, sino que aumenta alarmantemente en Europa y en el resto del mundo en una economía cada vez más globalizada.

La Comunicación de la Comisión titulada con el popular lema⁽⁵⁾ «Que el delito no resulte provechoso»⁽⁶⁾, como documento programático de referencia, describe con lucidez y claridad el fragmentado, incoherente y confuso *status quo* normativo existente y propone un decálogo de las prioridades estratégicas para mejorar la investigación financiera en la Unión Europea en la lucha contra el crimen organizado. En dicha renombrada Comunicación, junto a las mejoras legislativas señaladas, se apostaba rotunda y audazmente por otras de mayor calado y capacidad de penetración, no exentas de problemas constitucionales, así

(4) Como reflejan los informes de aplicación emitidos por la Comisión sobre las Decisiones Marco 2005/212/JAI [COM(2007) 805 final de 17-12-2007], 2003/577/JAI [COM(2008) 885 final de 22-12-2008] y 2006/783/JAI [COM(2010) 428 final de 23-8-2010], que de acuerdo con la evaluación de impacto de la Propuesta de Directiva de 12-3-2012, «muestran que los Estados miembros han sido lentos a la hora de la transponerlas y que a menudo las disposiciones pertinentes se han aplicado de forma incompleta o incorrecta».

(5) «Crime does not pay» era el título de una serie de comics estadounidense publicadas entre 1942 y 1955 por *Lev Gleason Publications* que llegó a competir en popularidad y ventas con los comics de superhéroes. *Crime Does Not Pay* fue también el título de una serie de entregas radiofónicas retransmitidas por la cadena de radio de Nueva York WMGM basadas en unos cortos cinematográficos de la MGM que comenzaron en 1935 y duraron hasta el año 1952.

(6) «Productos de la delincuencia organizada – Garantizar que “el delito no resulte provechoso”», COM (2008) 766 final de 20-11-2008.

como por la rápida puesta en funcionamiento de verdaderos organismos de recuperación de activos que, partiendo de un flexible intercambio de información para facilitar el seguimiento de los bienes de origen delictivo, extienda sus competencias a los procedimientos de decomiso, a fin de facilitar la adecuada gestión de los bienes incautados por las autoridades judiciales. Dicha relevante declaración ha sido desarrollada por otros documentos europeos en los que se trata de enseñar una salida a la preocupante situación provocada por el inexorable avance del crimen organizado en un contexto de crisis económica, a la que el laberíntico marco normativo existente no solo no ofrece soluciones, sino que está entorpeciendo la necesaria eficacia de las investigaciones financiero-patrimoniales y consecuente recuperación de activos de origen delictivo en la Unión Europea.

Entre dichos documentos destacan el «Programa de Estocolmo» de 2009⁽⁷⁾, verdadera «hoja de ruta» quinquenal de la UE que marca como prioridad estratégica el decomiso de activos de origen delictivo en una línea de actuación dirigida a «*estrangular*» financiera y patrimonialmente las organizaciones criminales hasta conseguir su «*muerte civil*». Posteriormente, y en desarrollo de dicha política, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en sus conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos adoptadas en junio de 2010⁽⁸⁾, aboga por aplicar un enfoque más coordinado entre los Estados miembros y que redunde en un decomiso más eficaz y amplio de activos de origen delictivo. Concretamente, el Consejo insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de reforzar el marco jurídico para instaurar unos regímenes más eficaces para el decomiso de terceros y el decomiso ampliado. Asimismo, recomiendan medidas para preservar el valor de los activos durante todas las fases del proceso desde su localización hasta la final disposición de los recuperados.

La respuesta de la Comisión no se hizo esperar, y en su Comunicación titulada «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción»⁽⁹⁾ anunció la presentación de una propuesta legislativa con objeto de reforzar el marco jurídico de la UE en materia de decomiso, en particular para facilitar en lo posible, teniendo en cuenta las diferencias de las legislaciones domésticas y los obstáculos existentes hasta entonces para su aceptación, el decomiso de activos patrimoniales transferidos a terceros allegados y el decomiso ampliado, y para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso no basado en condena o confiscación civil entre los Estados miembros. En la misma línea, el Parlamento Europeo adoptó en octubre de 2011 un informe de propia iniciativa sobre la delincuencia organizada, en el que pide a la Comisión que proponga una nueva legislación sobre decomiso lo antes posible, incidiendo de nuevo en la necesidad de articular normas sobre el uso eficaz del decomiso ampliado y el decomiso no basado en condena, disposiciones que permitan el decomiso de activos transferidos a terceros y normas que atenúen la carga de la prueba en ejecución de condenas en todo lo referente al origen de los activos en su posesión⁽¹⁰⁾.

(7) Programa de Estocolmo: «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» (DOUE C 115/01, de 4-5-2010).

(8) Documento del Consejo de la UE núm. 7769/3/10 REV3.

(9) COM(2010) 673 final de 22.11.2010.

(10) Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, adoptado el 25 de octubre de 2011, documento A7-0333/2011.

Por estar directamente relacionado con esta materia, no quisiera dejar de mencionar un reciente (febrero de 2012) e interesante estudio elaborado por el Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales de la Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo a petición de su Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos, titulado «La necesidad de una nueva legislación en la UE permitiendo que los activos confiscados a las organizaciones criminales sean utilizados por la sociedad civil y en concreto para fines sociales»⁽¹¹⁾, publicado en sintonía con la Resolución del Parlamento Europeo⁽¹²⁾ dirigida al Consejo sobre el desarrollo de un espacio de justicia criminal en la UE y la necesidad de aprobar «sin dilaciones» un instrumento legislativo sobre «decomiso de los activos financieros y bienes de las organizaciones criminales y su reutilización para fines sociales». En dicha investigación se proporcionan una serie de recomendaciones impregnadas de visión de futuro, que van desde una nueva Directiva en materia de decomiso (publicada al mes siguiente), a la muy acertada creación de una Oficina de Recuperación de Activos Europea, que dispondría de una Base de Datos y un Fondo de recuperación de activos también a nivel supranacional, que permitirían la ansiada armonización y dotarían de coherencia al desarrollo de esta ineludible política criminal europea.

La primera de dichas recomendaciones con vistas a robustecer el marco normativo se ha plasmado en la Propuesta de Directiva publicada el pasado mes de marzo⁽¹³⁾, con la que se inicia el procedimiento legislativo para reformar materialmente la regulación de embargo preventivo y decomiso⁽¹⁴⁾. En dicha iniciativa normativa, basada en todo momento en el irrenunciable principio de reconocimiento mutuo, consagrado en el Tratado de Lisboa, encontramos normas mínimas en materia de decomiso directo, decomiso del valor, decomiso ampliado, decomiso no basado en condena (en circunstancias limitadas) y decomiso de terceros, que vendrían a reemplazar y completar alguno de los instrumentos existentes⁽¹⁵⁾, pero no todos, dotando de mayor coherencia y solidez al marco normativo vigente. La adopción de esas normas mínimas intenta armonizar en mayor medida los regímenes de embargo preventivo y decomiso de los Estados miembros, a fin de facilitar la confianza mutua y la cooperación transfronteriza eficaz. Esta propuesta se incluye en el programa de trabajo de la Comisión para 2011 como decisión estratégica integrante de una iniciativa

(11) Este documento puede ser localizado en Internet: <<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>> <<http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>>.

(12) Resolución 2009/2012(INI) de 7 de mayo de 2009, disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1076794&t=e>>.

(13) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, Bruselas, 12-3-2012. COM (2012) 85 final. 2012/0036 (COD). {SWD (2012) 31 final} {SWD(2012) 32 final}.

(14) Debe tenerse en cuenta que si el decomiso tuvo su adecuada armonización sustantiva previa, con una normativa de mínimos sobre el decomiso ampliado fijada en la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, el embargo preventivo carece de un concepto mínimamente armonizado a nivel europeo, ya que la Decisión Marco del Consejo 2003/577/JAI, de 22 de julio, tiene una evidente naturaleza procesal, respondiendo exclusivamente al principio de reconocimiento mutuo en el reconocimiento y ejecución transeuropea de las resoluciones judiciales de embargo preventivo, sin que le precediera normativa alguna que fijara los criterios mínimos que debían inspirar su regulación en la Unión Europea, más allá de la Acción Común 98/699/JAI y de la Decisión Marco 2001/500/JAI, de ámbito material idéntico y muy limitado.

(15) La nueva Directiva sustituiría tan solo a la Acción Común 98/699/JAI y, en parte, a las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI.

política más amplia destinada a proteger la economía lícita de la infiltración de la delincuencia, junto a las medidas para hacer frente a la corrupción⁽¹⁶⁾ y de lucha contra el fraude en la UE⁽¹⁷⁾. Es muy interesante comprobar cómo a nivel de política europea el decomiso y la recuperación de activos no se consideran aisladamente o como una materia específica de cooperación penal, sino que se contextualizan y relacionan con la protección de la economía lícita, siendo dicha propuesta una iniciativa que pretende contribuir al crecimiento económico en Europa, de conformidad con la estrategia de la UE para 2020⁽¹⁸⁾, lo que resulta absolutamente relevante en el presente contexto de crisis económica.

El pasado mes de agosto se ha publicado el Informe Final de la 5.ª Ronda de Evaluaciones mutuas sobre «delincuencia financiera e investigaciones financieras»⁽¹⁹⁾. En línea con lo comentado anteriormente, dicho documento, que contiene las conclusiones y recomendaciones de los detallados informes nacionales previamente elaborados en esta ronda de evaluaciones que comenzó en 2009⁽²⁰⁾, no duda en señalar al crimen organizado transnacional como el mayor desafío que amenaza la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa⁽²¹⁾, con una rotundidad que hace de esta materia no una necesidad más, sino una prioridad, a pesar de que la amenaza del crimen organizado no esta económicamente precisada.

La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de 12 de marzo de 2012 refleja que estimaciones de Naciones Unidas cifran el importe total del producto de la delincuencia a escala mundial en \$2,1 billones, es decir el 3,6% del PIB mundial⁽²²⁾. A nivel de la Unión Europea, dentro de esta carestía generalizada de estadísticas oficiales fiables y completas en la UE, los datos disponibles son igualmente alarmantes. La valoración de impacto que acompaña a dicha Propuesta de Directiva dedica un apartado a la insuficiente recuperación de activos criminales en la UE⁽²³⁾. En efecto, solo algunos Estados miembros disponen de estadísticas medianamente fiables por su amplitud y fuentes manejadas en

(16) COM (2011) 307 y 308, 309 y C (2011) 3673 final de 6-6-2011.

(17) COM (2011) 376 final de 24-6-2011.

(18) COM (2010) 2020 final de 3-3-2010. Véanse también las conclusiones del Consejo sobre prevención de crisis económicas y apoyo de la actividad económica, de 23-4-2010 (documento del Consejo 7881/10), punto 7d.

(19) Documento del Consejo de la UE publicado en Bruselas el 2 de agosto de 2012 con el núm. 12657/12 GENVAL 51, al que acompaña un *addendum* más pormenorizado..

(20) Rumania: 17640/2/09 REV2; Austria: 6508/2/10 REV2; Francia: 7251/2/10 REV2; Hungría: 7711/2/10 REV2; Bélgica: 9518/2/10 REV2; Bulgaria: 8586/2/10 REV2; Reino Unido: 9636/2/10 REV 2; Países Bajos: 11989/1/10 REV 1; Malta: 14069/2/10 REV 2; Letonia: 14873/2/10 REV 2; Luxemburgo: 15644/3/10 REV 3; Estonia: 17768/2/10 REV 2; Polonia: 8298/2/11 REV 2; Italia: 10989/2/11 REV 2; Portugal: 12286/2/11 REV 2; Eslovaquia: 13574/3/11 REV 3; Grecia: 7614/2/12 REV 2; Finlandia: 7613/2/12 REV 2; Alemania: 16269/2/11 REV 2; Lituania: 17073/2/11 REV 2; Irlanda: 18514/2/11 REV 2; Chipre: 9302/1/12 REV 1; Suecia: 8639/12; República Checa: 11812/1/12 REV 1; Eslovenia: 11482/1/12 REV 1; Dinamarca: 12659/12, y España: 12660/12.

(21) Página 4 del documento 12657/12, publicado en Bruselas el 2 de agosto de 2012 por el *Working Party on General Matters including Evaluations* [GENVAL 51].

(22) Según las estimaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, «Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organised crime», octubre de 2011.

(23) Apartado 4.1 del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Evaluación de Impacto que acompaña a la Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre el embargo preventivo y decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea. Bruselas, 12 de marzo de 2012 SWD (2012) 32 final.

relación a los importes recuperados anualmente de la delincuencia (como Reino Unido⁽²⁴⁾ e Italia⁽²⁵⁾). Por ello, debemos hacernos una idea de la magnitud de la situación a la que hacemos frente y de la eficacia de la respuesta que recibe, a partir de otros parámetros, como el número de procedimientos de embargo preventivo y decomiso en la UE y el número de condenas penales dictadas por los órganos jurisdiccionales en delitos graves y relacionados con la criminalidad organizada. La comparación de estos números revela claramente lo exiguo de las cantidades recuperadas y la ineficacia de nuestro sistema judicial en este campo. El balance es más preocupante aún si se tienen en cuenta los ingresos estimados de los grupos de la delincuencia organizada. Las cifras que se barajan presentan un clamoroso contraste entre los importes recuperados anualmente en la Unión Europea⁽²⁶⁾ y los resultados del floreciente y lucrativo negocio de la delincuencia organizada en Europa. Es más, comparando dichos datos anualmente (el valor de los activos recuperados *versus* ganancias criminales), en cualquier caso, se trataría de una aproximación conservadora y prudente, ya que no tiene en cuenta las cantidades no decomisadas de ejercicios anteriores que permanecen recuperables.

Todo ello nos lleva a concluir que la proporción de activos criminales recuperados es muy baja y el balance de resultados en esta materia es realmente escaso, por no decir decepcionante. Pese a lo expuesto, y en el contexto de una política presupuestaria presidida por los recortes y la austeridad derivada de la situación de permanente inestabilidad económica por la que atravesamos, una inversión pública en la actividad de la confiscación de activos delictivos es erróneamente considerado por los gobernantes en algunos Estados miembros como no prioritaria, debido a su coste y aparente poca rentabilidad. De ese modo, nos encontramos en una situación desconcertante, ya que mientras la bolsa oculta de ganancias procedentes de la criminalidad organizada aumenta exponencialmente en un caldo de cultivo propicio, como es el de la economía sumergida y opaca, la política económica presidida por la austeridad y los recortes en el sector público considera de hecho un gasto evitable la inversión de fondos para desarrollar una verdadera política de recuperación de activos procedentes del delito con organismos eficaces y bien dotados para ello. Parece evidente que, lejos de hacerle objeto de restricciones y recortes presupuestarios, se deberían incrementar las partidas destinadas a mejorar la cooperación entre las Unidades de Inteligencia Financiera (FIUs), las Oficinas de Recuperación de Activos (AROs), las unidades policiales y las aduaneras y/o fiscales, tanto a nivel nacional como internacional. Se trataría de invertir en la fortaleza y primacía del Estado de Derecho, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica es básica para proteger una economía de mercado legal, y no un mero gasto corriente a reducir. Todo ello sin perjuicio de potenciar el uso optimizado de las posibilidades y recursos disponibles ya que, como veremos en el apartado siguiente, persis-

(24) En el Reino Unido, según una estimación oficial de 2006, los ingresos de la delincuencia organizada ascendían a £15 mil millones al año. Entretanto, la *Joint Asset Recovery Database* (JARD) del RU documentaba en aproximadamente £125 millones de libras esterlinas el valor de los activos recuperados ese año (ver anexo 6 de la Evaluación de Impacto).

(25) En Italia los productos de la delincuencia organizada blanqueados en 2011 se estiman en 150 mil millones EUR y los costes de la corrupción en 50-60 bn al año (Banco de Italia e Informe del Tribunal de Cuentas de 2011, respectivamente).

(26) Por ejemplo, en 2009 se recuperaron 189 millones EUR en el Reino Unido y 60 millones EUR en los Países Bajos.

te una generalizada infrautilización a nivel doméstico y transnacional de los instrumentos normativos con los que contamos para ejecutar órdenes de embargo con vistas a un ulterior decomiso de manera eficaz, superando esta situación que, por mantenida en el tiempo, ha adquirido la condición de endémica.

Un factor que dificulta enormemente la eficacia en la recuperación de los activos patrimoniales con origen en las actividades del crimen organizado, además de la desproporcionada y progresiva carga de trabajo que soportan las autoridades policiales, tributarias y judiciales⁽²⁷⁾ españolas, es la dimensión frecuentemente transnacional que dicha materia tiene cuando se investiga una organización criminal. Ello dificulta enormemente su localización y aseguramiento, teniendo en cuenta que debemos acudir a formales solicitudes de auxilio internacional, que requieren recabar previamente una suficiente inteligencia financiera, además del permanente dilema de hacer frente a la heterogeneidad de los diferentes sistemas legales en esta materia⁽²⁸⁾.

Entre los 27 Estados miembros de la UE, España tiene, desgraciadamente, un protagonismo indiscutible en materia de recuperación de activos. En efecto, el sureste de nuestro país es geoestratégicamente señalado por Europol como uno de «*los cinco ejes criminales de la UE*»⁽²⁹⁾ de manera que, año tras año, encabezamos el ranking de los informes anuales de Eurojust⁽³⁰⁾ como el Estado que recibe un mayor número de solicitudes en relación a activos delictivos localizados en su territorio. Sin duda estos datos publicados en los informes anuales de estas dos relevantes instituciones europeas en materia de cooperación penal muestran claramente la importancia destacadísima de nuestro país en la confiscación transnacional. En el Informe anual de Eurojust correspondiente a 2011⁽³¹⁾, España es el Estado miembro más requerido de asistencia, consolidando la perspectiva pasiva que siempre ha predominado en nuestra cooperación internacional en materia penal. Campo en el que podemos comprobar cómo cada vez son más frecuentes las solicitudes de auxilio que se refieren a investigaciones financieras previas o directamente referidas a peticiones de embargos preventivos, bloqueos de cuentas bancarias o, incluso, a las decisiones de decomiso⁽³²⁾.

(27) Jueces y fiscales comparten la condición de autoridad judicial cuando actúan en el ámbito o en materia de cooperación internacional. En efecto, en la declaración contenida en el Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, en relación con el art. 24 del mismo, se declara expresamente *que* «A los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales:», junto a «Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria», «los miembros del Ministerio Fiscal».

(28) Conclusiones de la división de Justicia y Asuntos Internos del Consejo de la UE sobre decomiso y recuperación de activos de junio de 2010, recogidas en el documento del Consejo núm. 7769/3/10 REV3, de 28 de mayo de 2010.

(29) Anexo 6 del *Organised Crime Threat Assessment 2011* de Europol (OCTA2011)

(30) En la p. 29 del Informe anual de Eurojust de 2010 en la tabla de Activos decomisados con la asistencia de Eurojust aparece reiteradamente España como país cuya asistencia es requerida, al hallarse en nuestro territorio bienes, ganancias y activos procedentes de los delitos investigados en otros Estados Miembros.

(31) P. 76 del Informe anual de 2011

(32) Del total de los 95 Expedientes de Cooperación Internacional abiertos y ejecutados en la Sección de cooperación Internacional de la Fiscalía Provincial de Málaga en 2011, como consecuencia de la recepción de solicitudes formales de auxilio judicial europeo, al menos 45 de ellos se referían a investigaciones financieras (principalmente deman-

Situada la cuestión principal en su contexto europeo y nacional, analizaré a continuación la situación y planteamiento actual de las investigaciones patrimonio-financieras en España, reivindicando su relevancia. Posteriormente, partiendo de las importantes reformas legales ya aprobadas y publicadas en los últimos años en esta materia⁽³³⁾ y la reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, me centraré en dos cuestiones relacionadas con la cooperación internacional que entiendo constituyen dos interesantes desafíos a los que debemos enfrentarnos en esta materia. En primer lugar, una novedosa y problemática cuestión del decomiso no basado en condena. La pregunta es muy simple: ¿Qué hacer ante las solicitudes de reconocimiento y ejecución transfronteriza de resoluciones de embargo y decomiso dictadas en procedimientos no penales? Pese a que no hay recomendación, estudio o publicación reciente que no defienda su incorporación a los sistemas legales europeos o, al menos, la flexibilización de los requisitos legales con vistas a su reconocimiento, su encaje en nuestro ordenamiento es realmente complicado y no existe un criterio claro de cómo abordar estas solicitudes. Por último, una cuestión organizativa o institucional indispensable para que la innovadora normativa de que disponemos sea realmente eficaz: la necesidad de aprovechar este momento de *impasse* para sacar adelante una Oficina de Recuperación de Activos moderna y con vocación de futuro en sus planteamientos y dotación, apostando por agencias multidisciplinares y especializadas situadas en la estructura de la Fiscalía o con un Fiscal al frente de las mismas.

¿Por qué elegir estas dos cuestiones? Además de por su incuestionable importancia, por una razón de oportunidad, ante la deficiente respuesta dada a ellas hasta el momento. La primera se trata de una cuestión prácticamente inédita y sin respuesta articulada. Respecto de las Oficinas de Recuperación de Activos, la solución dada hasta el momento se antoja insuficiente en su planteamiento, ya que no está a la altura de la enorme misión que está llamada a desempeñar hoy en día en nuestro país y, consecuencia de ello, paralizada en su desarrollo reglamentario, ya que se trata de un traje sin estrenar al que ya le saltan las costuras.

II. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE UNA INVESTIGACIÓN PATRIMONIO-CRIMINAL ADECUADAMENTE PLANIFICADA

Como la define DEL CERRO⁽³⁴⁾, la investigación patrimonial, con carácter general, está constituida por un conjunto de actos o diligencias encaminadas a la localización de deter-

dando información bancaria en base al Protocolo de 2001), así como solicitudes de embargo preventivo y confiscación. Ello supone que el 45,26% de las solicitudes recibidas y ejecutadas se referían a la materia de recuperación de activos. Por Estados, destaca Reino Unido con 20 solicitudes, seguida por Países Bajos con 12, y muy de lejos por Francia con 3 solicitudes, Alemania y Polonia con 2 cada una, y un grupo compuesto por Irlanda, República Checa, Italia, Estonia y Suecia con solo una solicitud de auxilio relacionada con dicha materia. En este porcentaje no se incluye la información financiera facilitada como intercambio espontáneo de información informal (art. 7 del Convenio de la UE de 2000).

(33) Ya analizadas en el artículo doctrinal de la nota al pie 1.

(34) José Antonio DEL CERRO, Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, en su ponencia titulada «La investigación patrimonial en el proceso penal. Funciones del Ministerio Fiscal» impartida en el marco del Curso celebrado del 27-29 de septiembre de 2011 en el Centro de Estudios Jurídicos sobre *El embargo preventivo y el decomiso en el espacio judicial europeo*, bajo la dirección de Francisco Jiménez-Villarejo Fernández.

minados bienes, así como la averiguación de su titularidad, gravámenes y demás circunstancias jurídicas que les afectan. El Informe Final de la 5.ª Ronda de evaluaciones mutuas sobre delitos financieros⁽³⁵⁾ e investigaciones financieras⁽³⁶⁾ destaca entre las recomendaciones a los Estados miembros que este tipo de investigaciones se deben llevar a cabo en todos los casos de crímenes graves y relacionados con la criminalidad organizada, más allá de reservarse exclusivamente para los delitos económicos. Además, deberían plantearse desde el primer momento y no retrasarse⁽³⁷⁾ o dejarse para el final del procedimiento, en la fase de ejecución de sentencia. A tal fin, el Informe Final mencionado insiste en un planteamiento primordial para el éxito de la recuperación de activos en una moderna investigación penal: que su seguimiento e incautación se integre sistemáticamente en el planeamiento de una investigación criminal, discurriendo de manera paralela y simultánea a la investigación de los hechos punibles principales y conexos, ya que la ejecución efectiva de una decisión final de decomiso o las penas de multa impuestas en la sentencia a los hechos investigados y declarados probados es un indicador vital de la eficiencia de la primacía del Estado de Derecho frente a la grosera prepotencia del crimen organizado, con efecto disuasorio real. Sin duda la larga duración de estos procedimientos es un inconveniente a tener muy en cuenta, pero, precisamente para superar dicha realidad, el apoyo de oficinas especializadas es, cada vez más, una necesidad ineludible si queremos que la Justicia Penal no resulte claramente ineficaz.

El estudio titulado «Evaluando la eficacia de las prácticas de los Estados miembros de la UE en la identificación, seguimiento, embargo preventivo y decomiso de activos de origen delictivo»⁽³⁸⁾, citado en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, al analizar las prácticas de decomiso de los Estados miembros en 2009, destaca entre las dificultades que minan la investigación financiera y consecuente recuperación de activos en la fase de investigación aquellas derivadas de actitudes e inercias tradicionales, que tienden a focalizar la investigación exclusivamente en su objetivo natural de recabar el material probatorio que permita resolver un crimen determinado y probarlo en juicio. Dicho planteamiento prescinde de la más moderna preocupación por abordar previa o paralelamente una investigación financiera. Por el contrario, existe una tendencia, tan enraizada como errónea, por parte de jueces y fiscales, a evitar y eludir aquélla, al considerarla una distracción de la investigación criminal propiamente dicha, que puede llegar a ponerla en peligro al quitarle tiempo y medios que deberían concentrarse en

(35) Entre los que incluye delitos de falsedades documentales o falsificaciones, las amplias categorías delictivas de corrupción y fraude (especificando fraude de tarjetas de crédito, hipotecas, médicas, de seguros corporativos, cohechos o malversaciones), blanqueo de capitales, sustracciones de identidad y evasiones fiscales.

(36) Bruselas, 2 de agosto de 2012. 12657/12. GENVAL 51.

(37) En ese sentido, el Informe Final de la 5.ª Ronda de Evaluaciones mutuas, en sus recomendaciones a los Estados Miembros (apartado 4.1.1, «Intensificando las investigaciones financieras», p. 22), llega a afirmar que en las medidas cautelares existentes como la incautación provisional, la inversión de la carga de la prueba («*reversed burden of proof*») en relación con el origen ilícito de las ganancias debería ser utilizado más a menudo, por ejemplo, siempre y cuando sean respetados los derechos de defensa y de la presunción de inocencia.

(38) «Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets», Informe elaborado para la Comisión de la UE por la auditoría externa MATRIX Insight/Junio de 2009.

la averiguación de los hechos punibles y no en la identificación y tratamiento de cuestiones relacionadas con los activos patrimoniales.

El línea con lo expuesto, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2010, de 23 de diciembre, de la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, acertada y oportunamente pone en valor dicha investigación intentando contrarrestar su devaluación práctica, por infrutilización de la misma por los fiscales y, consecuentemente, por los jueces españoles. Dicha reticencia a explotar las posibilidades de una investigación patrimonial, normalmente reservada para delitos de blanqueo de capitales con delitos precedentes de tráfico de drogas, no es solo una patología nacional, sino que parece muy extendida en el resto de Europa, como refleja el estudio de 2009 citado en la Propuesta de Directiva, que se destaca cómo «muchos jueces y fiscales a lo largo de toda la UE siguen encontrando la idea y el proceso de la recuperación de activos como algo novedoso que debe ser tratado con precaución». Entre las causas de esta anomalía investigadora en la actuación de las autoridades judiciales debemos situar una inadecuada valoración del principio de proporcionalidad que en algunos países se asocia al decomiso por su naturaleza punitiva (en Francia) o como consecuencia accesoria del delito (Código Penal español). También existe una carencia formativa o déficit de conocimiento de las posibilidades que el ordenamiento jurídico actual ofrece a los jueces y fiscales europeos, tal vez debido a la dispersión legislativa que se ha provocado con la diversidad de opciones elegidas en la implementación de las Decisiones marco, pero también por la falta de actualización de los planes formativos de las Facultades de Derecho en Europa, que actualmente no imparten enseñanzas en recuperación de activos, «menoscabando la futura competencia profesional de jueces y fiscales para resolver casos en esta materia, y limitando su visión y capacidad para utilizar todo el abanico de medidas punitivas que la ley permite». Además, debemos reconocer que persiste una mentalidad, una filosofía subyacente, por la que «la recuperación de activos no es claramente comprendida por muchos jueces y fiscales». El estudio referido pone un ejemplo: «En Francia (...) han existido instancias en las que los jueces se han olvidado aparentemente de hacer el pronunciamiento correspondiente en la sentencia, a pesar de la práctica de prueba en relación a una completa investigación patrimonial realizada por el Juez de Instrucción. No aparece con claridad si esta situación se debe a un déficit de formación o a un déficit de concienciación y conocimiento de la actual legislación por parte de jueces y magistrados experimentados, o si se debe a más fundadas objeciones jurisprudenciales o incluso si están en juego escepticismos de tipo criminológico». Por desgracia dicho ejemplo no es exclusivo de Francia y, si somos sinceros, es plenamente extrapolable a los jueces españoles y, de manera particular, por mor del principio acusatorio, a los fiscales españoles, entre los que me incluyo.

Volviendo a la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado, la investigación patrimonial en el ámbito penal ha de estar necesariamente relacionada con la investigación del hecho delictivo en una relación de complementariedad, de manera que una adecuada metodología investigadora debería conciliarlas desde un primer momento procesal, teniendo en cuenta lo siguiente:

- En primer lugar, que nuestro ordenamiento permite ejecutar conjuntamente la acción civil y penal; la investigación patrimonial (en pieza separada de responsabilidad civil) sería necesaria para localizar bienes de origen lícito que permitan afian-

zar el pago de las genéricamente denominadas responsabilidades pecuniarias, que incluyen la responsabilidad civil —*ex delicto*— derivada de la infracción penal, las costas procesales y la multa; se trata de un motivo que combina la naturaleza reparadora de las indemnizaciones por perjuicios causados a la víctima y las preceptivas costas procesales, con la punitiva consustancial a la multa.

En ese sentido, es importante distinguir con claridad la investigación patrimonial referida a la efectividad de la responsabilidad civil *ex delicto*, orientada a la determinación de los bienes del infractor y demás responsables civiles, con el objeto de reparar los daños y perjuicios causados, asegurando el ejercicio de acciones civiles, de aquella otra investigación del patrimonio criminal encaminada a la determinación e incautación de los bienes relacionados con la actividad delictiva, integrada por las actuaciones enmarcadas en el ámbito del proceso penal dirigidas a la averiguación de actividades delictivas y a la aplicación de las sanciones o consecuencias correspondientes. Solo esta última constituye la investigación patrimonio-criminal *strictu sensu*⁽³⁹⁾.

- En segundo lugar, y en todo caso, la investigación financiera debería estar orientada a la localización e incautación de bienes relacionados con la actividad delictiva⁽⁴⁰⁾, actuación que constituye un instrumento de primer orden para hacer frente a diversas manifestaciones delictivas, en particular a las realizadas por grupos organizados, por cuanto incide directamente en las ganancias ilícitamente obtenidas con las que éstos se financian.
- En tercer lugar, la investigación criminal puede tener una finalidad más amplia que la del decomiso y extenderse a la identificación y obtención de material probatorio de interés para la averiguación del *iter criminis* de un delito económico y que no sea necesariamente decomisible, ya que a través de la concreción de determinados flujos y movimientos patrimoniales (trazabilidad o «*rastros que deja el dinero*») se pueden obtener los elementos probatorios claves de la comisión de diversas infracciones como el blanqueo de capitales y modalidades defraudadoras.

(39) Ilustrando a Jueces, fiscales y demás profesionales del Derecho en esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español establece con claridad dicha diferencia. Basta citar que la sentencia de la Sala 2.^a, núm. 56/1997, de 20 de enero, ya estableció dicha diferenciación al señalar que «el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una “pena accesoria”, y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una “consecuencia accesoria” de la pena (art. 127 CP de 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil “*ex delicto*”. (...) La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición». Más recientemente la sentencia de la misma Sala núm. 202/2007, de 20 de marzo, en el mismo sentido expresa que «los decomisos sólo podrán considerarse correctos si los bienes decomisados hubieran sido adquiridos con dinero procedente en su totalidad de delito o delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes (en el caso que estamos examinando), bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios y operaciones posteriores (decomiso subrogatorio)».

(40) Incluso, a estos efectos pueden ser objeto de la investigación los bienes de origen lícito, cuando no puedan ser aprehendidos los anteriores, dada la posibilidad de incautarlos en el marco del comiso de valor equivalente.

La primera de las indicadas finalidades tiene por objeto la localización de bienes de origen lícito para el afianzamiento y posterior embargo de las expresadas responsabilidades pecuniarias, mientras que las dos últimas constituyen la investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal.

Pese a que en ocasiones puede existir un solapamiento o coincidencia entre el perjuicio y el producto del delito, sobre todo en categorías delictivas defraudatorias en las actuaciones de investigación patrimonial orientadas a la realización de la responsabilidad civil derivada del delito y las dirigidas a la determinación de los bienes relacionados con la actividad delictiva, nuestra jurisprudencia⁽⁴¹⁾ ha señalado que el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito que constituía una «*pena accesoria*» en el antiguo artículo 48 del Código Penal de 1973 o una «*consecuencia accesoria*» del delito (art. 127 Código Penal de 1995). En cualquier caso, en relación con la filosofía subyacente tras el decomiso, que en ocasiones no parece clara, debemos tener en cuenta que el decomiso es cosa distinta de la responsabilidad civil *ex delicto*, que constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El decomiso, por el contrario, guarda relación con las penas y con el Derecho sancionador, de ahí su inicial carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición como medida clave de la recuperación de activos delictivos. Si damos una vuelta de tuerca más a la cuestión de la naturaleza jurídica del decomiso, debemos considerar que, tras el Código Penal de 1995, ésta no coincide totalmente con la de la pena. En efecto, al pasar de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria del delito y desprenderse de su esencialidad punitiva, no requiere *strictu sensu* el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad⁽⁴²⁾, siendo posible su aplicación incluso en los casos en los que no se imponga pena a persona condenada alguna por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido, siempre que se demuestre la «*situación patrimonial ilícita*» (art. 127.4 CP)⁽⁴³⁾. Como recuerda QUINTERO OLIVARES, surge aquí un parecido con la receptación civil, pues también en la participación a título lucrativo prevista en el art. 122 del Código Penal se parte de que la restitución de los bienes es independiente de la inexistente responsabilidad penal de quien los posee.

El contenido del decomiso, y el de las medidas de aseguramiento que le preceden, ha desplazado el acento en muchos sistemas legales de nuestro entorno, de su inherente y

(41) Desde la STS núm. 56/1997, de 20 de enero, hasta la más reciente STS núm. 202/2007, de 20 de marzo. Como señala la jurisprudencia del TS (STS núm. 16/2009, de 27 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre), «Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito».

(42) Como recuerda la Instrucción 1/2005 de la FGE, el art. 127.3 del CP (tras la reforma de LO 15/2003), el cambio de naturaleza que el comiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria.

(43) En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de Sentencia sino la de Auto. En tales supuestos el órgano judicial competente, con carácter previo a adoptar la resolución de decomiso previsto en el art. 127.4, debería dar un previo trámite de audiencia con fines contradictorios en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el art. 24 CE (ej.: herederos del acusado fallecido).

relativamente sencilla finalidad de conservación de elementos probatorios, característica propia del *instrumentum sceleris* y del *objetum sceleris*⁽⁴⁴⁾, hacia la más compleja finalidad de obtener y recuperar la propiedad de los bienes procedentes de las ganancias del delito (*productum sceleris*). Con ello, se ha introducido una investigación independiente y separada de la causa principal en la que se aceptan, incluso, limitaciones y excepciones a las reglas procesales que rigen el proceso principal (como la presunción de inocencia y la alteración de la carga de la prueba). La *confiscation order* en otros sistemas legales, como los de *common law*, alcanza un carácter reparador y preventivo en su pretensión de evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones, que, por diluir su naturaleza sancionadora, no forma ya necesariamente parte de la pena impuesta en la sentencia definitiva a ejecutar.

El desarrollo normativo de la institución del decomiso tiene como factor desencadenante la lucha contra el narcotráfico, con la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal. Recientemente, la lucha contra la criminalidad organizada le ha dado el impulso definitivo a esta figura en la última reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se incorpora a nuestro Derecho penal el decomiso ampliado, basado en la presunción de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o por delito de terrorismo. Al analizar esta asombrosa evolución conviene tener en cuenta que, sobre las ganancias procedentes de operaciones de tráfico de drogas anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ya en su Pleno de 5 de octubre de 1998, consciente de que con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que, por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado y que generalmente los bienes incautados procedían de operaciones anteriores, acordó extender el decomiso siempre que se tenga por probada dicha procedencia delictiva y se respete, en todo caso, el principio acusatorio⁽⁴⁵⁾. Por lo tanto, la Sala 2.^a reunida en Pleno de 5 de octubre de 1988, a fin de superar una interpretación restringida que llegara a resultados absurdos, asumió

(44) Siguiendo la clasificación tradicional en la materia que distingue entre la aprehensión-confiscación de los instrumentos con los cuales ha sido cometida la infracción (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objetum sceleris*) y del producto y los beneficios del delito (*productum sceleris*). Como subraya GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, profesor de la Universidad Complutense, en «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», en la normativa supranacional, como en nuestro ordenamiento jurídico, estas tres figuras reciben un tratamiento unitario, si bien en los sistemas jurídicos germánicos se distingue entre *Einziehung*, en relación con las dos primeras manifestaciones —para referirse al decomiso de los efectos e instrumentos delictivos— y *Verfall* —para designar la privación de las ganancias ilícitas—.

(45) «Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión: El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio». La jurisprudencia a partir del Pleno no jurisdiccional (STSS núm. 1040/2005, de 20 de septiembre, núm. 911/2010, de 21 de octubre), exige (SSTS núm. 31/2003, de 16 de enero, núm. 1528/2002, de 20 de septiembre), además de una relación directa de lo decomisado con la actividad ilícita enjuiciada (STS núm. 235/2001, de 20 de febrero), que en todo caso se respete el principio acusatorio.

una interpretación más amplia del término ganancia que superaba su identificación con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, permitiendo el decomiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad. En esa línea, y como consecuencia de la necesidad de armonización normativa impuesta por la Decisión Marco de 2005, la LO 5/2010 encontró el terreno abonado gracias a dicha doctrina extendiendo a la criminalidad organizada el criterio ya sentado jurisprudencialmente a propósito de los delitos de tráfico de drogas (art. 374 CP). El legislador clarifica nuestra regulación estableciendo una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio incautado cuestionado respecto del delincuente que actúe en el seno de una agrupación criminal, pero no al que lo haga individualmente aunque se trate de delitos continuados, cuya concreción de una ganancia a un delito determinado resulta especialmente compleja. Por ello, la posibilidad de decomisar el patrimonio desproporcionado a los ingresos debería extenderse y servir también como criterio para los delincuentes no integrados en ninguna clase de organización.

Cuando nos referimos al decomiso ordinario, pese a tratarse de una consecuencia accesorio de la pena, éste no es ajeno al principio de proporcionalidad. De ese modo, el art. 128 CP establece que «Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente». No obstante, hay que precisar que el artículo 128 del Código Penal únicamente se refiere a los efectos e instrumentos de la infracción criminal sin mencionar las ganancias, lo que en aras del principio de taxatividad significa que la incautación de los beneficios ilícitos no queda afectada por la aplicación de esta cláusula de proporcionalidad. En cualquier caso, lo expuesto se refiere al decomiso ordinario, ya que como quiera que el decomiso ampliado se aplica a efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo, el denominado «*test de proporcionalidad*» resultaría absolutamente improcedente e innecesario.

En relación al principio de presunción de inocencia, de generalizada e indiscriminada invocación, debemos establecer con precisión su relación con el decomiso ampliado. Es decir, si colisiona o no con dicha modalidad del decomiso. La presunción legal *iuris tantum* incluida en la nueva regulación del decomiso ampliado, pese a que supone una inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes decomisables, no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada⁽⁴⁶⁾. Tal y como aparece configurada, opera respecto de

(46) El art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988 ya sugería a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito de los bienes susceptibles de decomiso, en la medida en que ello fuera compatible con los principios informadores de los derechos internos, y en igual sentido el art. 12.7 de la antes citada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de diciembre de 2003, hecha en Mérida (México), contemplaban la posibilidad de que los Estados parte pudieran exigir del delincuente la demostración del origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello fuera conforme con los principios de su normativa interna y con la índole de los respectivos procedimientos judiciales.

personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él. El despliegue de las consecuencias aparejadas al decomiso ampliado, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado.

Muy esclarecedora es la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 219 y núm. 220/2006, de 3 de julio, donde se establecían con toda claridad los límites del derecho a la presunción de inocencia en relación con el decomiso, declarando que la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria justifican el comiso ordinario de los bienes (con más razón aplicable al ampliado) no está referida al principio de presunción de inocencia, puesto que este derecho «implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (...). La presunción de inocencia opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia».

En los demás supuestos regulados en el art. 127 del Código Penal sigue manteniéndose la necesidad de probar la relación directa entre el bien objeto de comiso y la infracción enjuiciada, si bien este criterio ha de considerarse matizado en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que siguiendo el acuerdo adoptado en el citado Pleno de 5 de octubre de 1998, no exige que se acredite que todos y cada uno de los bienes que resulten objeto de comiso proceden directamente de los concretos hechos enjuiciados, bastando a dichos efectos que se pruebe su procedencia de la actividad delictiva. Por tanto, la prueba relativa a la procedencia de los bienes ha de versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que, siguiendo la doctrina expresada antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 en la STS núm. 450/2007, 30 de mayo, «podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente

del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión».

III. EL DECOMISO NO BASADO EN CONDENA

Entre las reformas legislativas que se tratan de impulsar desde Bruselas destaca la reiterada recomendación a fin de que se facilite el reconocimiento mutuo de las confiscaciones civiles o sin condena (*non-conviction based —NCB— forfeiture/confiscated orders*). No existe documento reciente emanado de las Instituciones de la UE que no insista en la conveniencia de recoger esta modalidad de decomiso o, al menos, reconocer las solicitudes internacionales que en ella se apoyan. Así nos encontramos que la renombrada Comunicación de la Comisión sobre los productos de la delincuencia organizada adoptada el 20 de noviembre de 2008, y titulada «Que el delito no resulte provechoso»⁽⁴⁷⁾, ya hace un llamamiento a considerar seriamente esta posibilidad entre la respuesta normativa en materia de decomiso a la criminalidad organizada, superando las diferencias entre los sistemas legales que coinciden en el Espacio Judicial Europeo. Igualmente, la Comisión en otra Comunicación al Parlamento y al Consejo denominada «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura»⁽⁴⁸⁾ en relación con el objetivo 1, «Desarticular las redes de la delincuencia internacional» en su acción 3 («confiscación de los activos del delito»), proponía entre sus objetivos estratégicos de seguridad interior para 2011, reforzar el marco legal de la UE en materia de decomiso con un tridente de reformas que permitan una más reforzada regulación de la confiscación en relación a terceras partes, confiscación ampliada, así como «facilitar el reconocimiento mutuo entre los estados miembros respecto de las órdenes de confiscación que no estén basadas en condenas penales».

Por otro lado, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea reunidos en junio de 2010, durante la presidencia española, en el documento 7769/2/10 REV 2 CRIMORG 64, de 28 de mayo, con referencia a un estudio de MONEYVAL (Consejo de Europa) sobre los decomisos no basados en condenas, ya invitaba a los Estados miembros «a considerar modos de reconocimiento de los sistemas de *non-conviction-based confiscation*⁽⁴⁹⁾ en aquellos Estados Miembros en los que dichos sistemas no están vigentes, y en particular a examinar, en el marco del reconocimiento mutuo, vías de ejecutar *non-conviction-based confiscation orders* en dichos Estados Miembros».

Sumándose a dicha estrategia común, en octubre de 2011 el Parlamento Europeo adoptó un informe de propia iniciativa sobre la delincuencia organizada que pide a la Comisión

(47) «Productos de la delincuencia organizada – Garantizar que “el delito no resulte provechoso”», COM (2008) 766 final, de 20-11-2008.

(48) Bruselas, 22-11-2010. COM (2010) 673 final.

(49) Como establece el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, que, recordemos, ha sido ratificado por España (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010).

que proponga nueva legislación sobre decomiso lo antes posible, entre otras y en particular normas sobre el uso eficaz del decomiso no basado en condena⁽⁵⁰⁾. En este contexto, la Comisión ha puesto ya sobre la mesa este año una iniciativa legislativa, concretamente la Propuesta de Directiva de 12 de marzo de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea*⁽⁵¹⁾, por la que se establecen normas mínimas para los Estados miembros en materia de embargo preventivo y decomiso de activos de origen delictivo mediante decomiso directo, decomiso del valor, decomiso ampliado, decomiso de terceros y decomiso no basado en condena (en circunstancias limitadas). La adopción de esas normas mínimas está encaminada a armonizar en la mayor medida posible los regímenes de embargo preventivo y decomiso de los Estados miembros, a fin de facilitar y mejorar la confianza mutua y una cooperación transfronteriza más eficaz. En un apartado posterior comentaré su encaje en el Derecho penal español vigente.

Por último, el informe Final de la 5.ª Ronda de Evaluaciones Mutuas sobre investigaciones financieras y delincuencia financiera⁽⁵²⁾, de 2 de agosto de 2012, entre sus recomendaciones a los Estados Miembros dentro del bloque de «Introducción de una más solidad legislación», incluye como punto 18 una recomendación, en la que, partiendo de que los procedimientos civiles sean considerados un suplemento a las acciones ejercitadas en el marco del procedimiento penal, propugna que «Adicionalmente, los Estados miembros deberían considerar la posibilidad de confiscaciones de ganancias ilícitas no basadas en condenas (“non-conviction based confiscation of illicit proceeds”), y el reconocimiento de solicitudes extranjeras de decomisos no basados en condenas».

Por consiguiente, a nivel europeo se plantea abiertamente, con claridad y sin ambages, la necesidad de abordar las reformas legislativas que permitan la introducción en los ordenamientos internos del decomiso sin condena o confiscación civil o, al menos, que se facilite el reconocimiento de las solicitudes de cooperación internacional que pidan la ejecución en nuestro país de dichas solicitudes dictadas por autoridades judiciales no penales en el extranjero.

El origen de esta tendencia lo encontramos fuera del entorno europeo. Concretamente, el reconocimiento de la confiscación civil de activos delictivos se recogía en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC 2003), que, con el fin de facilitar la cooperación internacional en el decomiso, insta a los Estados partes a considerar la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de los productos de la corrupción sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser procesado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados [artículo 54, apartado 1, letra c)]⁽⁵³⁾. Igualmente, la posibilidad de la

(50) Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, adoptado el 25 de octubre de 2011, documento A7-0333/2011.

(51) COM (2012) 85 final.

(52) Documento del Consejo de la UE aprobado en Bruselas el 2 de agosto de 2012, núm. 12657/12. GENVAL 51.

(53) Recordemos que el UNCAC ha sido firmado por España el 16 de septiembre de 2005 y ratificado el 19 de junio de 2006. Asimismo la Unión Europea ha firmado este convenio el 15 de septiembre de 2005 y lo ha aprobado el 12 de noviembre de 2008.

confiscación civil ha sido comúnmente recogida como mejor práctica por la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden en Europa (CARIN)⁽⁵⁴⁾ entre 2005 y 2010, las recomendaciones en materia de decomiso del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de la OCDE⁽⁵⁵⁾, así como en los puntos de vista expresados por el Grupo Lyon-Roma del G8 en su informe⁽⁵⁶⁾, en el que, partiendo de la aplicación del decomiso basado en condena, recomienda esta posibilidad en aquellos casos en los que no es posible el procesamiento penal del acusado debido a su fallecimiento o fuga, por falta de pruebas suficientes necesarias para incoar el enjuiciamiento penal, o por otros motivos técnicos.

Con independencia de que nuestro sistema legal regule finalmente o no la posibilidad de decomiso basado en una condena no penal, la cada vez mayor recepción de solicitudes de reconocimiento y ejecución de órdenes de confiscación civil debe obtener una respuesta uniforme por parte de las autoridades judiciales españolas. En ese sentido, la Fiscalía está llamada a desempeñar un papel muy importante a la hora de elaborar criterios que faciliten una respuesta coherente a solicitudes procedentes del extranjero, basados en el principio de reconocimiento mutuo consagrado en el Tratado de Lisboa, que, recordemos, es la base de la cooperación internacional civil y penal europea⁽⁵⁷⁾. Por lo tanto, son varias las preguntas que nos debemos hacer:

1. El decomiso sin condena penal (decomiso civil). ¿Es posible incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico?

En la mayoría de los Estados miembros, el decomiso es una sanción vinculada a una condena penal. Si fuera aprobada, la Propuesta de Directiva de 12 de marzo de 2012, introduce en su art. 5 una disposición armonizada sobre el decomiso no basado en condena. Aparentemente un nuevo instrumento jurídico se ha puesto en marcha para regular supuestos en los que se aplicara el decomiso sin una condena penal previa, incorporando así al Derecho Europeo la Recomendación núm. 3 del Grupo de Acción Financiera [GAFI] que anima a los países a considerar medidas de incautación «sin que se requiera una condena penal o que requieren que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso», en determinados supuestos tasados:

- i) Cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves⁽⁵⁸⁾, siempre que su valor resulta desproporcionado en relación con los

(54) Esta Red (CARIN) apoyada por la Comisión y Europol es una red internacional de profesionales de la recuperación de activos que incluye expertos (uno en aplicación de la ley y un punto de contacto judicial) de más de 50 países y jurisdicciones, incluidos 26 Estados miembros de la UE. Sus objetivos son intercambiar mejores prácticas y mejorar la cooperación entre organismos en cuestiones de recuperación transfronteriza de activos.

(55) Especialmente la Recomendación 4 del GAFI, revisada en febrero de 2012.

(56) Informe final del proyecto italiano sobre «Decomiso: aspectos jurídicos y cooperación internacional» elaborado en el subgrupo de asuntos penales (CLASG) del Grupo Lyon-Roma del G8.

(57) Art. 82 de la versión consolidada del TFUE firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, siendo el Ministerio Público defensor de la legalidad, no solo nacional, también de la legalidad europea representada en la cúspide de su pirámide normativa por el Tratado de Lisboa.

(58) De hecho la principal base jurídica de la Propuesta de Directiva de 12 de marzo de 2012 es el artículo 83, apartado 1, del TFUE, por lo que su alcance se limita a las infracciones en los ámbitos delictivos del terrorismo, la

ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, es decir que se demuestre siempre la ilicitud de dicha situación patrimonial en condiciones que permitan la contradicción efectiva. El artículo 5 proyectado se refiere a «un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria», por lo que se refiere a un decomiso relacionado con una infracción penal. Ello sería compatible en principio con nuestro ordenamiento. No obstante ello, su ambigua redacción («*un proceso que podría haber dado lugar...*») deja abierta la puerta para que otros Estados miembros puedan decidir si el decomiso debe ser ordenado por los tribunales penales y/o civiles/administrativos. En ese caso, se podría iniciar una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción de que los bienes provienen de actividades delictivas. Presunción *iuris tantum* que implica una inversión de la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes.

- ii) Cuando la persona sospechosa de haber cometido determinados delitos graves haya fallecido, esté en fuga por un determinado período de tiempo o no pueda ser procesada por cualquier otro motivo. Se trata de un enfoque limitado que preside la introducción de disposiciones armonizadas sobre el decomiso no basado en condena de la Propuesta de Directiva de marzo de 2012, que sólo está prevista en circunstancias muy limitadas, esto es, cuando el acusado no pueda ser procesado por causa de fallecimiento, enfermedad o fuga.

Para entrar a analizar esta opción normativa, es importante distinguir las dos modalidades del proceso de confiscación. La modalidad *in personam*, de naturaleza puramente penal, que es parte del proceso criminal dirigido contra el autor del delito base que permite la confiscación. En ese proceso criminal, de encontrarse culpable a la persona imputada, la sentencia impondrá como sanción la confiscación del bien incautado. La modalidad *in rem* se define como un proceso civil que se dirige directamente contra el bien a confiscar, separándolo procesalmente del encausamiento criminal contra el presunto autor del delito. La confiscación penal funciona como castigo de un delito. Por lo tanto, requiere una condena y la posterior incautación por parte del estado de los bienes en cuestión del delincuente. La confiscación civil se basa en el concepto legal (una ficción jurídica) de que la propiedad misma, y no el propietario, ha violado la ley. Por ende, el procedimiento se realiza contra el objeto o la cosa implicada en alguna actividad ilegal, especificada por la ley. A diferencia de la confiscación penal, la confiscación *in rem* no requiere una condena ni un cargo penal oficial contra el propietario. Frente a la confiscación penal, la civil no está sometida al procedimiento penal, y la condena no constituye una condición indispensable. Ello le hace ser en la actualidad un instrumento estratégico para luchar contra el blanqueo de capitales y la criminalidad organizada, ya que permite la confiscación cuando no es posible procesar o condenar por causas no previstas, es decir a pesar de y como alternativa al «fracaso» del proceso penal. Ello ha propiciado que, en el contexto de preocupación por el auge de la criminalidad organizada y las dificultades para conseguir condenas en esta materia, esta

trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. El tráfico ilícito de armas está incluido cuando el delito se comete en el contexto de la delincuencia organizada.

posibilidad haya sido unánimemente impulsada y recomendada desde instancias europeas. Aquí radica la fuente de su atractivo para los encargados del cumplimiento de la ley y, a su vez, la amenaza para aquellos preocupados por preservar las garantías procesales⁽⁵⁹⁾. En cualquier caso, la confiscación civil permite actuar directamente sobre los productos del delito con independencia de la complejidad, dificultades y lentitud inherentes al proceso penal.

En España, la confiscación penal esta necesariamente integrada en el procedimiento penal y por lo tanto debe ser acordada en un procedimiento *in personam*, pese a que no está necesariamente ligada a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, ni siquiera al principio de proporcionalidad en toda su extensión, como hemos analizado anteriormente, al ser legalmente considerada como una «consecuencia accesoria» del delito, lo que incrementa su eficacia al desvincularle del estricto cumplimiento de las exigencias del principio de culpabilidad. En cualquier caso, la confiscación ha de ser siempre declarada, ya sea ordinaria o ampliada, en un procedimiento penal, sin que la resolución que la imponga haya de ser necesariamente una sentencia, ya que el vigente art. 127.4 del Código Penal prevé la posibilidad de imponer el decomiso como consecuencia accesoria del delito desvinculado de la pena impuesta a un condenado. Es decir, se puede declarar el decomiso de bienes procedentes del delito en un Auto o en la misma Sentencia respecto de personas no condenadas «por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido», a las que «no se haya impuesto pena alguna», «siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita». Estos limitados supuestos de decomiso sin condena son los que permite nuestro Código Penal, si bien, como se ha dicho, siempre guardando el principio acusatorio y en el marco procesal irrenunciable de un procedimiento penal, es decir el decomiso ha de ser impuesto por un juez o tribunal penal. En ese sentido, conviene recordar que el procedimiento penal español permite el ejercicio conjunto de las acciones civiles, a diferencia de los sistemas de *common law*, que reconocen las confiscaciones dictadas por tribunales⁽⁶⁰⁾.

Las principales pegadas para su admisión en nuestro ordenamiento como solución alternativa ante el fracaso del proceso penal venían de la mano del principio *ne bis in idem*. En cuanto a la compatibilidad del régimen del decomiso no basado en condena con la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado varias sentencias que respaldan su aplicación en determinados casos. Así, el TEDH en casos de específicos procedimientos nacionales de decomiso no basados en condena; concretamente, en relación con la legislación italiana (Ley de 31 de mayo de 1965), consideró en su sentencia de 22 de febrero de 1994 en el *caso Raimondo v. Italia* (recurso

(59) Incluyendo el principio *ne bis in idem*, ya que se articula como un remedio para superar procesamientos o condenas frustradas que parten de la existencia de procedimientos penales ya cerrados. En principio, no obstante la existencia de precedentes procesales, la confiscación civil no pretende una declaración de culpabilidad o responsabilidad criminal, tan solo que se declare el origen ilícito de los activos patrimoniales teniendo en cuenta dichos antecedentes.

(60) Si bien la expresión «Civil confiscation» es más amplia, ya que integra tanto el decomiso civil como administrativo, a la vista de que la noción «civil» incluye en el *common law* tanto las sanciones impuestas por el juez civil como las impuestas por la autoridad administrativa. Entre los Estados que la regulan se encuentran Reino Unido, Australia, Suráfrica, EE.UU. de América, Ontario en Canadá (2007), Irlanda, Italia, Eslovenia y más recientemente, por ley de 2009, Nueva Zelanda.

núm. 12954/87) que dicha legislación especial suponía una restricción proporcionada de derechos fundamentales en la medida en que constituía un «*arma necesaria*» en la lucha contra la Mafia. En el caso *Walch v. Reino Unido*, en la sentencia dictada en noviembre de 2006 (recurso núm. 43384/05), valorando la aplicación del régimen de decomiso civil del Reino Unido, y en base al criterio ya sentado en sentencias anteriores⁽⁶¹⁾, no se consideró violación alguna de la Convención Europea de Derechos Humanos teniendo en cuenta que el tribunal inglés considerara que la finalidad del procedimiento confiscatorio no era punitiva ni disuasoria, sino recuperadora de activos que no pertenecían legalmente al patrimonio del recurrente. En relación con el principio de presunción de inocencia el TEDH, en el caso *Butler v. UK* (41661/98), referido a la incautación de dinero en metálico, en la sentencia de 27 de junio de 2002, consideró que se trataba de una medida preventiva y que no podía ser comparada con una sanción penal, cuya proporcionalidad había sido testada en un escrutinio judicial.

Como consecuencia del limitado encaje de este recurso legal en nuestro ordenamiento, la confiscación de activos sin condena (NCB)⁽⁶²⁾, acordada por un tribunal civil o administrativo, plantea dificultades de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras por nuestras autoridades judiciales, no tanto por no imponerse a una persona condenada cuanto por tratarse el procedimiento judicial precedente de un procedimiento tramitado ante un orden jurisdiccional no penal. Sin perjuicio de ello, partiendo del art. 33.3 de la Constitución Española, una nueva legislación basada en evidentes motivos de interés social puede introducir esta posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Dificultades en el reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones de embargo preventivo y de decomiso dictadas por autoridades judiciales europeas

La UE promueve la armonización de una regulación del decomiso más amplia, menos encorsetada desde el punto de vista material, y que para su eficacia transnacional estuviera basada en el principio de reconocimiento mutuo y libre circulación de las resoluciones judiciales, tanto en relación a los inmediatos y provisionales embargos como a los definitivos decomisos⁽⁶³⁾.

(61) *Engel y otros v. The Netherlands*, dictada en 1976 (recurso núm. 647).

(62) *Non-Conviction based asset forfeiture*, que el artículo 54 (1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 insta a los Estados parte de la misma a incluir en su legislación nacional a fin de facilitar el decomiso de activos robados NCB cuando el delincuente no puede ser acusado. En ese sentido ver *Recuperación de activos robados, Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, de Theodore S. GREENBERG, Linda M. SAMUEL, Wingate GRANT y Larissa GRAY, publicado en el marco de la Iniciativa para la recuperación de activos robados (Iniciativa StAR), publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture* en 2009.

(63) De ese modo, para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, proclamado como «piedra angular» de la cooperación internacional en la cumbre de Tampere en 1999, se aprobó una «hoja de ruta»: el Programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo previsto en el punto 37 de las conclusiones del Consejo de Tampere (DO C 012, de 15 enero de 2001, p. 10). Este marco de actuación de las instituciones comunitarias ha sido confirmado y completado por una Comunicación de la Comisión de 2005 [Documento COM (2005) 195 final, de 19-05-2005], sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros. De ese modo, a iniciativa de Francia, el Reino Unido, Suecia y Bélgica, se aprobó la Decisión marco sobre reconocimiento de las decisiones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento

Debemos reconocer que el espacio judicial europeo, tanto en materia de Derecho a la Prueba Transnacional como en el campo de las investigaciones patrimoniales y recuperación de activos procedentes del delito, se encuentra actualmente presidido por una realidad confusa, en la que destaca no solo la diversidad de los sistemas legales y legislaciones domésticas, sino la dispersión de instrumentos normativos de carácter supranacional, todos ellos vigentes, que responden a principios, planteamientos y criterios⁽⁶⁴⁾. Lo que en un principio pudo ser muestra y ejemplo de un sabio sistema de yuxtaposición normativa⁽⁶⁵⁾, que permitía aplicar conjuntamente lo mejor y más acertado de diferentes Convenios regionales de asistencia judicial en materia penal, procedentes tanto del Consejo de Europa como de la propia Unión Europea, se ha convertido en un obstáculo para agilizar la cooperación internacional, al coexistir y solaparse con las disposiciones de instrumentos de reconocimiento mutuo que se han ido aprobando en el último decenio.

La inercia en la utilización del tradicional «*exhorto*» o carta rogatoria internacional dificulta la emisión de formularios, que equivalen a una «*orden judicial*» a aplicar en un plazo determinado al vincular de manera más estrecha a las autoridades implicadas, produciéndose un pernicioso «*ius shopping*».

A) Dentro de las posibilidades que pueden darse, la autoridad judicial requirente puede emitir su solicitud en base a instrumentos de derecho convencional basados en la asistencia mutua clásica o tradicional. Entre ellos y a nivel regional europeo, el instrumento internacional más utilizado en Europa para solicitar el decomiso transnacional es el Convenio de 8 de noviembre de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo [ETS. Núm. 141]. En general podemos resumir que la contribución más importante de este convenio se resume en dos aspectos principales:

- Primero, que la confiscación ha de ser ordenada por un tribunal, lo que asegura los derechos del dueño y refuerza el *status* de los derechos de propiedad como el principal de los derechos civiles, sin perjuicio de que la investigación preliminar para identificar los activos patrimoniales adquiridos ilegalmente no tiene que ser llevada a cabo por las autoridades judiciales (art. 3). En cualquier caso, los expertos están de acuerdo en que las confiscaciones acordadas por autoridades administrativas no están incluidas en el ámbito de aplicación de este convenio⁽⁶⁶⁾.

de pruebas, de 22 de julio de 2003. A esta le siguieron en esta materia la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso aprobada el 6 de octubre de 2006.

(64) Lo que afecta no solo a su admisibilidad, pautas de reparto del producto de los bienes decomisados, incluso a criterios competenciales. Respecto de este último, el apdo. 4 al art. 89 bis de la LOPJ reformado por la Ley 3/2010, de 10 de marzo, atribuye la competencia para el reconocimiento y ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso a los Juzgados de lo Penal, mientras el art. 65.2 de la LOPJ mantiene la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para «... la ejecución de una sentencia penal extranjera (...), salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal». Las reformas operadas en dicha ley como consecuencia de la transposición de Decisiones Marco de sanciones pecuniarias (ley 1/2008) y decomiso (Ley 4/2010) no han alterado dicha atribución competencial.

(65) Criterios sobre aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia del art. 30 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969.

(66) Párrafos 19-23 del Informe Explicativo del Convenio 141.

- En segundo lugar, el convenio aclara que el decomiso se entenderá tanto respecto de una pena como de una medida administrativa, lo que sienta las bases para el «decomiso civil» [art. 1, párrafo b), inciso d)], de naturaleza claramente preventiva y no sancionadora⁽⁶⁷⁾.

Si analizamos este instrumento internacional basado en la asistencia judicial internacional clásica no encontramos que su artículo 1 define el significado de los términos «producto», «bienes», «instrumentos», «confiscación» y «delito principal». Los cuatro términos han sido previstos con dos posibles *significados* —«una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien» [art. 1, par. b, item d)]. Un estudio de esta definición de confiscación indica que dentro del significado del Convenio solo un tribunal penal o civil puede emitir una confiscación, que el producto sujeto a decomiso ha de estar relacionado con un delito, aunque no sea el resultado directo de él, y que la confiscación, no obstante tenga la naturaleza de una sanción o pena o de una medida o consecuencia accesoria, siempre ha de tener como resultado la privación definitiva de un bien. En ese sentido, según el art. 8 del Convenio, «las partes se prestarán mutuamente auxilio con el mayor alcance posible...», y el propio Informe Explicativo del Convenio (apartados 15, 23, 36 y 43) parece hacer extensiva la aplicación del convenio a la confiscación civil y a los procedimientos *in rem* siempre que esté relacionada con una actividad delictiva o con bienes producto de las actividades criminales.

La finalidad propia del exhorto internacional es también importante. Cuando se solicita información patrimonial o financiera no debería existir obstáculo alguno para su ejecución, aunque se emita en el marco de (o con vistas a) un procedimiento de confiscación civil. A la misma conclusión debemos llegar cuando la solicitud de auxilio internacional tenga como propósito la adopción de una medida cautelar o provisional, donde podemos encontrar de manera tan clara como específica un apoyo normativo a dicha pretensión en el propio artículo 11 del Convenio de 1990, que en su apartado 1, al regular la obligación de adoptar medidas provisionales, prevé que «A solicitud de otra parte en la que se haya iniciado un procedimiento penal o un procedimiento con fines de confiscación cada parte tomará las medidas provisionales necesarias...». Dicha redacción no ha sido matizada por España en declaración o reserva alguna, lo que parece obligarle como Estado requerido a ejecutar la solicitud, no obstante el criterio *locus regit actum* contenido en el art. 12 del Convenio. Por lo tanto, considero que se debe admitir el embargo preventivo adoptado por un Juez o Tribunal no penal en un procedimiento de «confiscación civil», ya que entraría *a priori* en el ámbito objetivo de aplicación de dicho instrumento internacional, sin perjuicio de la facultad que tiene el Estado requerido de denegar finalmente dicha asistencia en base a una de las causas de denegación previstas en la larga lista del artículo 18, concretamente en el apartado 4, letra d) 1, donde se establece dicha posibilidad de rechazar la coopera-

(67) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido la naturaleza civil de la confiscación civil (*civil forfeiture*) sobre la base de que no implica la imposición de una sanción o pena, sino que son medidas preventivas respecto de la circulación de los productos del delito. A esta conclusión llegó el TEDH en *Butler v. UK* (app 41661/98), de 27 de junio de 2002; *Raimondo v. Italy* [1994], 18 EHRR 237, y *Walsh v. UK* (app 43384/05), de 21 de noviembre de 2006. A similar conclusión llegó en relación con los instrumentos del delito en un supuesto de confiscación aduanera, en *Agosi v. UK* [1986], 9 EHRR 1, y en la conocida sentencia de *Air Canada v. UK* [1995], 20 EHRR 150.

ción cuando «la solicitud no hace referencia a una sentencia condenatoria anterior, ni a una resolución de carácter judicial o declaración en tal resolución en el sentido de que se hayan cometido uno o varios delitos, como consecuencia de lo cual se haya ordenado o se solicita la confiscación».

En cualquier caso, el Convenio de 1990 permite a los Estados parte escoger el enfoque legislativo que le parezca más adecuado con su propio ordenamiento en relación al reconocimiento de la confiscación civil. El uso de la expresión «*civil in rem actions*» en el informe Explicativo del Convenio de 1990 tiene un sentido ilustrativo y no significa que el Convenio cubra solamente este tipo de acciones de confiscación civil.

Donde sí que podríamos encontrar dificultades insalvables, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, es en la ejecución de una orden de confiscación definitiva, ya que el art. 14.1 del Convenio de 1990 vuelve a remitirse a las normas de procedimiento del Estado requerido para la ejecución de órdenes de confiscación, sin que el argumento asegurador que justificaría su inmovilización provisional para evitar que pueda ser destruido o enajenado el bien afectado mientras se decide su confiscación en el procedimiento principal extranjero pueda justificar que persona alguna pueda ser privado de sus bienes y derechos sin cobertura legal nacional por ser contrario al art. 33 de la Constitución Española, salvo que una ley nacional establezca dicha excepción al implementar un instrumento de reconocimiento mutuo con la finalidad de reconocer una resolución extranjera y en base a dicho principio consagrado en el Tratado de Lisboa⁽⁶⁸⁾. Además, recordemos que para garantizar la aplicación homogénea de la ley el art. 65.2 de la LOPJ centraliza las competencias de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por ello, la decisión final no va a recaer en los Juzgados de lo Penal sino en este órgano judicial centralizado, que garantizará una aplicación homogénea en relación a estas solicitudes de ejecución de resoluciones definitivas de confiscación civil⁽⁶⁹⁾.

(68) Lo que no debería extrañarnos pueda suceder con respecto a las consecuencias accesorias, ya que tiene precedentes en nuestro ordenamiento en relación a las penas de multa que se pueden reconocer y ejecutar en España aunque hayan sido impuestas en resoluciones dictadas por autoridades administrativas cuando sean recurribles ante un órgano judicial penal. En ese sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, acertadamente advierte que los jueces españoles pueden verse en la obligación de llevar a cabo «la ejecución en España de las sanciones pecuniarias impuestas por autoridades de otro Estado miembro de la Unión Europea distintas de órganos judiciales», no obstante ser una realidad inexistente en nuestro ordenamiento, en base al principio de reconocimiento mutuo.

(69) Recientemente, el Auto de 19 de julio de 2010 dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el expediente 4 bis/2010 procedente del Exhorto internacional del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Marbella en relación con la orden de confiscación de los bienes dictada por un Tribunal de Nueva York mantuvo dicho criterio de competencia incluso respecto de resoluciones judiciales *post-conviction* que separadamente de la sentencia declaraban la confiscación de bienes procedentes de delito, en este caso blanqueo de capitales en base al art. 65.2. de la LOPJ, que establece la competencia de dicha Sala de lo Penal respecto: «De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal». Sin que su redacción haya cambiado tras la LO 2/2008, de 4 de diciembre, como consecuencia de designación de los Jueces de lo Penal como autoridad judicial competente para el reconocimiento y ejecución de sanciones pecuniarias impuestas por autoridades de la Unión Europea, o la LO de modificación de la LOPJ, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, que atribuye dicha competencia a los Juzgados de lo Penal, mantiene la redacción por la que establece la competencia de la Sala de lo

No podemos olvidarnos de la revisión y actualización del convenio de 1990 abordada con la firma del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (ETS 198), sobre todo al haber sido recientemente ratificado por España⁽⁷⁰⁾. El art. 23 de este Convenio en su apartado 5 contiene una previsión muy significativa sobre recuperación civil de activos patrimoniales: «Las Partes cooperarán en la mayor medida posible, de conformidad con su derecho interno, con las Partes que soliciten la ejecución de medidas equivalentes al comiso que den lugar a la privación del bien y que no sean sanciones penales, cuando dichas medidas sean ordenadas por una autoridad judicial de la Parte requirente en relación con un delito, siempre que se haya probado que los bienes constituyen producto de un delito u otro bien en el sentido del artículo 5 del presente Convenio».

Se trata de un precepto obligatorio («cooperarán») para el que reserva alguna esta permitida. De hecho, en el Instrumento de Ratificación del Reino de España al pie de página referido no se contiene declaración o reserva alguna al respecto. John RINGGUTH, Secretario Ejecutivo de MONEYVAL (Comité de expertos para la evaluación de las medidas anti-blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo del Consejo de Europa), ha señalado que las posibilidades de ejecución de las ordenes de confiscación civil aumentarían considerablemente si más Estados (incluido Reino Unido) ratificaran este convenio. Ignoro si al tiempo de ratificar nuestro país este instrumento normativo internacional tuvo plena conciencia de que se comprometía a aplicar un texto que contenía el precepto imperativo señalado. En cualquier caso, se trata de un compromiso adquirido por nuestro país al que habrá que hacer frente interpretándolo adecuadamente por nuestros tribunales, y en dicha interpretación debería tenerse en cuenta la cantidad de declaraciones, comunicaciones, recomendaciones de mejores prácticas⁽⁷¹⁾ y demás documentos emitidos por instancias europeas con el apoyo institucional de España en los últimos años, en los que se aboga claramente por facilitar el reconocimiento y ejecución de los decomisos sin condena.

B) En cuanto a los instrumentos de reconocimiento mutuo aprobados en el marco normativo de la Unión Europea hasta el momento en esta materia, y con independencia de la preocupante obsolescencia normativa que les caracteriza, nos encontramos que, pese a la aparente exclusión de resoluciones judiciales adoptadas fuera de procedimientos penales, desde la armonización normativa previa de la institución de la confiscación, la Decisión Marco del Consejo 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, en su art. 3, §4, deja la puerta abierta a la «civil forfeiture». En efecto, dicho precepto permite utilizar procedimientos diferentes a los penales para privar al delincuente de su propiedad. Asimismo, la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

Penal de la Audiencia Nacional para conocer del reconocimiento de las órdenes de confiscación y su ejecución solicitada en una comisión rogatoria de asistencia mutua y no en base a un instrumento de reconocimiento mutuo.

(70) Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010.

(71) En la Memoria anual de la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado para el año 2011 se reproducen las conclusiones del *Proyecto Fénix* en el que ha participado la Fiscalía General del Estado española con la portuguesa y la holandesa, y cuyo manual de buenas prácticas recomienda expresamente el «Refuerzo de los mecanismos autónomos de recuperación basados en acciones *in rem* o procedimientos que no requieran condena previa» (<<http://fenix.pgr.pt/proyecto.htm>>).

de resoluciones de decomiso, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁽⁷²⁾, en su artículo 2 —que se corresponde también esencialmente con la definición de la DM de 2005—, establece que «Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional (no dice penal) a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales que tenga como resultado la privación definitiva de bienes...». Entiendo que dicha definición, reproducida fielmente en nuestra Ley 4/2010, de 10 de marzo, permitiría la ejecución en España de las resoluciones de decomiso dictadas no solo por tribunales penales, sino también por tribunales civiles o administrativos, en relación a uno o varios procedimientos penales, es decir a una o varias infracciones penales, con independencia de cuál fuere su resultado final o que hubiere recaído finalmente una sentencia condenatoria.

3. Art. 5 de la Propuesta de Directiva de 12-3-2012 y su posible implementación en España

En primer lugar debe ser destacado que en el procedimiento penal español el ejercicio de las acciones civiles no se produce de manera autónoma o suplementaria al procedimiento penal, sino que, como regla general, ambas acciones civiles y penales no solo pueden ser ejercitadas conjuntamente, sino que, de acuerdo con el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben ser inicialmente ejercitadas de manera simultánea y en el mismo procedimiento penal por el Ministerio Público, quedando siempre la posibilidad a la persona agraviada de renunciar al ejercicio de aquélla y/o reservarse su derecho a ejercitar la acción civil por separado ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Esta salvedad es importante a la hora de analizar la compatibilidad de la confiscación sin condena en nuestro derecho en general.

Sentado lo anterior, el texto proyectado en el art. 5 de la Propuesta de Directiva⁽⁷³⁾, en relación con el decomiso sin condena, se refiere a supuestos tasados o específicos, incluida la rebeldía, siempre y cuando vaya acompañado de las necesarias garantías procesales. Es, por tanto, una propuesta de mínimos. Nos encontramos que parte de un planteamiento

(72) Que desarrolla la medida núm. 19 del documento programático, adoptado en diciembre de 2000, bajo el título de «Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal», por el que se perseguía reforzar la seguridad jurídica en el seno de la Unión Europea mediante la libre circulación de resoluciones penales interlocutorias y definitivas en su espacio judicial, basándose en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de dichas resoluciones, armonizando a tal fin las legislaciones domésticas de cada Estado miembro. Así, entre otras 24 medidas, en el tercer apartado de resoluciones condenatorias la medida núm. 19 abogaba por «Estudiar... en particular, si los motivos de denegación de la ejecución de una resolución de confiscación que cita el artículo 18 del Convenio de 1990 resultan todos ellos compatibles con el principio del reconocimiento mutuo».

(73) El Artículo 5 de la Propuesta de Directiva, bajo el epígrafe «Decomiso no basado en condena», propone la siguiente regulación de mínimos en determinados supuestos: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de productos e instrumentos sin que medie resolución penal condenatoria, tras un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio, cuando:

- a) el fallecimiento o enfermedad crónica del sospechoso o acusado impida su procesamiento; o
- b) la enfermedad, incomparecencia en el proceso o fuga de los sospechosos o acusados impida su procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable y suponga un riesgo grave de prescripción».

prudente que normalmente se vinculará a la existencia de un proceso penal ya iniciado, por lo que, en principio, se compadece con nuestra actual regulación contenida en el art. 127.4 del Código Penal español. No obstante ello, la ambigüedad calculada del artículo proyectado permitiría a aquellos Estados miembros que lo consideren oportuno o compatible con su sistema legal extender este concepto al decomiso basado en un pronunciamiento civil o administrativo y sin conexión necesaria con un proceso penal. De hecho el comentario al art. 5 que contiene el documento explicativo de la Propuesta de Directiva, expresamente se refiere a que el mismo «se aplica al decomiso relacionado con una infracción penal, pero permite a los Estados miembros decidir si el decomiso debe ser ordenado por los tribunales penales y/o civiles/administrativos».

En cualquier caso, el principio de reconocimiento mutuo será el que establezca la solución a dar por parte de las autoridades españolas como autoridades de ejecución. Como es bien sabido, dicho principio propugna la libre circulación de resoluciones judiciales y se basa en la confianza recíproca entre autoridades judiciales, con independencia del orden en el que desempeñen sus funciones jurisdiccionales. Ello garantiza la exigencia del «escrutinio judicial» a la hora de emitir una solicitud relacionada con el decomiso no basado en condena con valoración de la proporcionalidad de la misma y la concurrencia de la necesaria contradicción y demás garantías o derechos fundamentales de las personas afectadas por el reconocimiento y ejecución de un decomiso sin condena, sea un tribunal penal, civil/administrativo el que lo emita. Sin perjuicio de ello, siempre deberían preverse los correspondientes remedios legales ante la autoridad judicial requerida o de ejecución, aunque el fondo del asunto solo podrá desafiarse ante la autoridad judicial que solicita la ejecución del decomiso no basado en condena⁽⁷⁴⁾.

Partiendo de dicha armonización normativa de mínimos, cabe esperar que las mejoras en materia de reconocimiento mutuo den lugar a un aumento de la confianza en el Espacio de Justicia, Libertad y Seguridad de la UE que permitan a España un planteamiento más ambicioso en una perspectiva transnacional, es decir, el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada por un órgano judicial no penal extranjero. Sin duda, en el caso de España, y teniendo en cuenta que la recepción de este tipo de solicitudes no es infrecuente, es previsible que se reciban muchas órdenes de ejecución extranjeras no basadas en condena, cuyos costes adicionales se compensarían sobradamente en virtud del art. 24 de la Ley 4/2010, que implementa la Decisión marco 2006/783/JAI, con arreglo a la cual España como Estado miembro que ejecuta una resolución de decomiso está autorizado a conservar el 50% del valor recuperado.

Por otro lado, desde el punto de vista de la prevención general y especial, tanto su impacto social como en la conducta delictiva repercutirían en una aplicación considerablemente mejor de los procedimientos transfronterizos, obligando a los delincuentes a modi-

(74) Como ya recogen el artículo 16.1 de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales (que implementa la DM 2003/577/JAI), y el art. 23 de nuestra Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (que implementa la Decisión Marco 2006/783/JAI), que regulan con detalle los recursos que pueden interponerse contra los autos de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal que reconozcan y admitan la ejecución de órdenes de embargo y/o de decomiso, respectivamente, si bien los motivos de fondo por los que se haya adoptado la resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión.

ficar sus prácticas con un efecto desplazamiento, que provocaría una evasión de capital de origen delictivo de la UE a otros territorios con normativas más benevolentes. Por ello la aplicación armónica y homogénea de este precepto es tan relevante, ya que evitaría que dicho «*efecto llamada*» no se produzca entre Estados miembros de la UE, con el consecuente impacto final negativo en la economía europea basada en el mercado único.

Por último, subrayar que esta iniciativa para armonizar normas sustantivas debe ir acompañada con la correspondiente y correlativa Directiva que englobe los instrumentos de naturaleza procesal, concretamente la Decisión Marco 2003/577/JAI y la Decisión Marco 2006/783/JAI, reforzando el reconocimiento transeuropeo de resoluciones judiciales de recuperación de activos en base al principio de reconocimiento mutuo.

IV. LA NECESARIA REMODELACIÓN DE LAS OFICINAS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN ESPAÑA

A las dificultades que las recientes reformas legales han tenido en su implementación y aplicación debemos añadir otras limitaciones de tipo estructural u orgánico. Disponer de una normativa penal y procesal muy avanzada sobre el decomiso y recuperación de activos es muy importante, pero no garantiza por sí misma el éxito de esta misión. Por ello, es necesario crear estructuras y organismos especializados para que todas las fases de la recuperación de activos delictivos, desde su búsqueda y localización hasta su final asignación al Estado o a los fines sociales que se determinen, se realice con la máxima eficacia. A fin de limitar la capacidad de penetración de la criminalidad organizada en la economía legal y asegurar la eficacia en la localización, seguimiento e incautación transeuropea de los productos delictivos, resulta necesario mejorar la actual configuración de las Oficinas de Recuperación de Activos [AROs, del inglés: *Asset Recovery Offices*], articulando, desde esta perspectiva institucional, una respuesta rápida y eficaz a la preocupante situación ya descrita. En ese sentido el Informe Final de la 5.^a Ronda de Evaluaciones sobre delitos financieros e investigaciones financieras⁽⁷⁵⁾ destaca entre sus conclusiones el relevante papel de estas oficinas como medio para favorecer una estrecha cooperación con las Unidades de Investigación Financiera (FIUs) y las autoridades judiciales y policiales, partiendo del intercambio espontáneo de información previsto en la Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre, en relación a la cooperación entre Oficinas de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento e identificación del producto u otro bien procedente del delito, utilizando para ello la Decisión Marco 2006/960/JAI, de 18 de diciembre, sobre simplificación del intercambio e información e inteligencia entre servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea.

Pero más allá del estricto cumplimiento de funciones de intercambio de información en fase pre-judicial a través de estructuras flexibles e informales de puntos de contacto integrados en redes, tal y como destaca el Informe del Parlamento Europeo titulado «The need for the new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to

(75) Informe del Consejo de la Unión Europea publicado en Bruselas el 2 de agosto de 2012, núm. 12657/12 (GENVAL 51).

be used for civil society and in particular for social purposes»⁽⁷⁶⁾, el completo marco normativo del que se pretende dotar la Unión Europea, lejos de limitar el papel de las Oficinas de Recuperación de Activos o reducirlas a su mínima expresión, está suspirando por un sistema de comunicación global y más perfeccionado entre las ORAs nacionales que deberían extenderse, potenciarse y ser reconvertidas en oficinas de gestión o administración de activos, productos e instrumentos del delito ya aprehendidos con vistas a su ulterior decomiso, sin perjuicio de su venta anticipada, cuando procediera, o su utilización social o benéfica.

No obstante ello, y pese a que el programa de Estocolmo se refiere a las Oficinas de Recuperación de Activos como elemento fundamental para reforzar la eficacia de las investigaciones financieras y la recuperación de activos⁽⁷⁷⁾, la actual situación económica ha supuesto un importante retroceso en su adecuada configuración, dotación y puesta en funcionamiento. Además, las dificultades inherentes a la localización transfronteriza de las ganancias delictivas hacen que, en general, la productividad del trabajo relativo al decomiso y la recuperación de activos sea escasamente valorado por los gobernantes en algunos Estados miembros, de tal manera que invertir en esta materia no es considerado como una prioridad, sino más bien un gasto evitable en situaciones de crisis con recursos limitados, lo que es claramente un error de planteamiento.

1. Origen y marco legal de las Oficinas de Recuperación de Activos

En desarrollo del Programa de La Haya, aprobado en noviembre de 2004, que abogaba por que se reforzaran los instrumentos para hacer frente a los aspectos económicos de la delincuencia organizada mediante la creación en cada Estado miembro de unidades de inteligencia especializadas en activos delictivos, el 6 de diciembre de 2007 se aprobó la Decisión 2007/845/JAI del Consejo de la UE, *sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*, con el objetivo de establecer una estrecha cooperación entre las respectivas autoridades de los Estados miembros con competencias en el seguimiento de los productos ilegales y otros bienes que puedan ser objeto de decomiso, así como establecer disposiciones que permitan una comunicación directa entre dichas autoridades a fin de dar con los bienes y productos delictivos que se encuentren en los diferentes Estados de la UE. Esta Decisión establece en su artículo primero que «Cada Estado miembro creará o designará un organismo nacional de recuperación de activos a fin de facilitar el seguimiento y la identificación

(76) Elaborado a petición del Comité del Parlamento Europeo sobre Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos (LIBE), en febrero de 2012 y disponible en <<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN> <http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>>.

(77) El programa de Estocolmo se refiere a las AROs cuando, tras declarar que «La confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos», exhorta a los Estados miembros a «mejorar sus capacidades de investigación financiera utilizando todos los instrumentos legales disponibles, a mejorar la coordinación entre las unidades de inteligencia financiera en la lucha contra el blanqueo de capitales, a establecer una base de datos en Europol sobre operaciones sospechosas; a movilizar y coordinar fuentes de información para identificar transacciones sospechosas de efectivo y confiscar el producto del delito; y a facilitar el intercambio de las mejoras prácticas en la prevención y aplicación de la ley, en particular en el marco de la red de agencias de recuperación de activos y de la red europea anticorrupción».

de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil». Las Oficinas de Recuperación de Activos vienen a otorgar base jurídica a los trabajos e intercambios de información que se comenzaron a ejecutar en la Red CARIN (*Camden Assets Recovery Inter-Agency Network*, «Red Camden entre Organismos para la Recuperación de Activos»), una red mundial de profesionales y expertos cuyo objetivo es mejorar el conocimiento mutuo sobre los métodos y técnicas para la identificación transfronteriza, la inmovilización, embargo y decomiso de activos ilícitamente adquiridos, a cuyos puntos de contacto, las oficinas de recuperación de activos, también denominadas AROs como estructuras organizativas más complejas, están encaminadas a apoyar. La Decisión permite a las oficinas de recuperación de activos intercambiar información y buenas prácticas, previa solicitud o de manera espontánea, independientemente de su estatuto (autoridades administrativas, policiales o judiciales). El intercambio de información se realiza con arreglo a las condiciones establecidas en la Decisión Marco 2006/960/JAI2 («la Iniciativa sueca») y con arreglo a las disposiciones aplicables de protección de datos.

El objetivo de estas AROs se describe en la Comunicación que la Comisión dirigió al Consejo y el Parlamento el 20 de noviembre de 2008 sobre «Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso»: Las oficinas deben actuar como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el decomiso. Les corresponde promover, mediante una cooperación reforzada, el seguimiento más rápido posible de los bienes de origen delictivo. En concreto, estas oficinas deberían poder cooperar efectivamente con las unidades de inteligencia financiera y con las autoridades judiciales. En este documento la Comisión propone oficinas con estructura multidisciplinar que comprenda policías y autoridades judiciales, aduaneras, etc. La oficina debe ser capaz de ejercer sus funciones y compartir información con las otras oficinas AROs sin límites derivados del secreto profesional. Las oficinas deben ser los puntos de contacto de las solicitudes de otros países. Deben también realizar estadísticas sobre los embargos y decomisos. En definitiva, el objeto de las Oficinas de Recuperación de Activos es triple: en primer lugar, han de ser un instrumento para la localización de patrimonios relacionados con la actividad criminal; en segundo lugar, tienen que contar con los medios técnicos y jurídicos precisos para la gestión y realización de los bienes incautados; y en tercero y principalmente, deberán constituir el cauce adecuado para el fluido intercambio de información con las Oficinas similares de cada Estado, de forma que se facilite la localización e incautación de activos de forma inmediata, cualquiera que sea el lugar donde los infractores los hayan colocado.

2. Antecedentes y regulación de las Oficinas de Recuperación de activos en España

Los antecedentes de las ORAs nacionales se remontan al oficio que el Ministerio de Justicia envió a la Fiscalía General del Estado en fecha 12 de enero de 2009, en el que comunicaba la necesidad de nombrar puntos de contacto en relación con dos Decisiones de la UE. Por un lado, la Decisión de 2007 sobre oficinas de recuperación de activos y, por otro, la Decisión 2008/852/JAI, relativa al nombramiento de puntos de contacto para la red contra

la corrupción. En dicha comunicación se informaba de que el Ministerio del Interior ya había designado al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO)⁽⁷⁸⁾ como ORA nacional, pero, habida cuenta de que la Decisión de 2007 establece «No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cada Estado miembro podrá crear o designar, con arreglo a su Derecho nacional, dos organismos de recuperación de activos», se estimó oportuno solicitar de la Fiscalía la designación de un punto de contacto. Respondiendo a este oficio se propuso el nombramiento de la Fiscalía Anticorrupción en relación con la Decisión Marco 2008; a la vez, se proponía a la Fiscalía Antidroga como oficina de recuperación de activos en relación con la Decisión Marco de 2007, habida cuenta de que es una de las Fiscalías con mayor actividad en estos aspectos, y conscientes de que se solicitaba una oficina para trabajar junto a la ya designada CICO.

Esta elección inicial y urgente se realizó sin perjuicio de abrir ulteriormente una reflexión conjunta sobre la posible necesidad de creación de un organismo u oficina de carácter mixto. Formalmente, por oficio de la REPER de 19 de marzo de 2009, se designó, a los efectos del art. 1.3 de la Decisión Marco de 2007 (es decir, como ARO), al CICO y a la Fiscalía Antidroga. En la práctica, sin embargo, las unidades que realmente han venido funcionando operativamente en este ámbito como Oficinas de Localización de Activos (ALOs) creadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son, por un lado, la Unidad de Delincuencia Económica y Financiera (UDEF) del Cuerpo Nacional de Policía y, por otro, la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ) de la Guardia Civil. El CICO concentra sus labores de localización como punto de contacto con respecto a las solicitudes internacionales. De ese modo, las OLAs de la Policía Judicial reciben las peticiones extranjeras vía CICO, las tramitan y contestan y, a la vez, mantienen la estadística⁽⁷⁹⁾. El CICO enviaba periódicamente a la Fiscalía Antidroga las estadísticas a través de la Oficina de Localización de Activos y Relaciones Internacionales, UDEF Central Brigada de Blanqueo de Capitales, si bien actualmente, al tener la Fiscalía Antidroga y el CICO consideración de AROs formalmente declaradas ante la UE, se relacionan directamente.

Finalmente, a creación de la Oficina de Recuperación de Activos española se ha realizado en virtud de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, optando el legislador español por radicar orgánicamente esta oficina en el Ministerio del Interior. En efecto, la regulación actual de las AROs viene establecida en la disposición final de la LO 5/2010, en su apartado 3, por el que se modifica nuestra ley procesal añadiendo un nuevo artículo 367 septies⁽⁸⁰⁾ que la sitúa en la Policía Judicial. Con ello se pretende dar respuesta a la

(78) Integrado en la estructura orgánica de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

(79) Con mayor nivel de detalle, el proceso es el siguiente: Cuando el CICO recibe una solicitud de recuperación de activos del extranjero, consulta en el SRI (base de datos conjunta que alimentan tanto GC como CNP) si alguno de los dos cuerpos policiales tiene ya una investigación abierta sobre alguna de las personas respecto de las cuales se pretenden recuperar activos. Si es así, la solicitud se envía a la ALO correspondiente para su tramitación. Si no existe ninguna investigación previa, pero existe algún tipo de indicación geográfica en la solicitud sobre dónde pudieran encontrarse los bienes a recuperar, se envía al cuerpo policial competente por razón de territorio. Si no se dan ninguna de las circunstancias anteriores, una aplicación informática distribuye de forma automática las solicitudes recibidas a GC y CNP, alternativamente.

(80) «El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas

necesidad de un órgano instrumental, centralizado y especializado, que tenga funciones de policía judicial y que, en relación principalmente con procedimientos e investigaciones de delincuencia organizada, auxilie a las Fiscalías y órganos judiciales en la localización e incautación de activos patrimoniales, en el marco de la tramitación de los procedimientos penales por delitos cometidos en el marco de una organización criminal, así como en las labores propias de la última fase de disposición y en su caso distribución⁽⁸¹⁾ de los activos aprehendidos, incluyendo la realización anticipada de los bienes legalmente prevista⁽⁸²⁾.

El legislador español ha concebido dicha Oficina como un instrumento auxiliar de la Administración de Justicia en la investigación de delitos de criminalidad organizada. En relación con la gestión de los bienes incautados, el párrafo tercero del nuevo art. 367 septies se limita a establecer la posibilidad del uso de los bienes intervenidos o decomisados por parte de la Policía Judicial, extendiendo las previsiones vigentes para los delitos de

cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos. Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente. Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada. El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan».

(81) Tal y como dispone el art. 24 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

(82) El artículo 367 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (introducido por la Ley 18/2006), establece:

«1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y previa audiencia del interesado, podrá acordar la realización de los efectos judiciales. Cuando se solicite la realización a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarían perjuicios irreparables.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera».

tráfico de drogas y blanqueo de capitales a la criminalidad organizada, lo que en absoluto le convierte en una oficina de Administración de Activos propiamente dicha (en inglés AMO —*Asset Management Office*—), que sería la previsión más adecuada no solo con visión de futuro, sino para remediar las exigencias del presente.

La Oficina diseñada está todavía pendiente de desarrollo reglamentario en cuanto a su organización y funcionamiento se refiere. En cualquier caso, quedaría dentro de la égida o dependencia orgánica del Ministerio del Interior, si bien funcionalmente dependería de las decisiones de jueces y fiscales con competencias y atribuciones en delincuencia organizada. La pasividad para desarrollar reglamentariamente una Oficina de Recuperación de Activos nacional, que ha sido concebida de manera conservadora y manteniendo más o menos lo ya existente, resulta particularmente incomprensible a la vista de la situación de emergencia del actual contexto económico y la cantidad de solicitudes relacionadas con investigaciones financieras que recibimos en nuestro país. Sin duda, se ha perdido una buena ocasión de crear una verdadera oficina multidisciplinar con un Fiscal al frente, siguiendo el exitoso ejemplo de países de nuestro entorno como Bélgica y Países Bajos que analizaremos a continuación⁽⁸³⁾.

Sin perjuicio del desarrollo reglamentario hay que destacar que en materia de delitos relativos al tráfico de drogas y conexos, cometidos por organizaciones, en la actualidad la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2.o) del Real Decreto 1258/2010, de 8 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social, tiene la función de colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación anticipada de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualquiera de los delitos referidos en el artículo 1 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. En ese sentido, el último párrafo del art. 367 septies LECrim, introducido mediante la Disposición final primera de la Ley 5/2010, de 22 de junio, establece que dicho organismo actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.

3. Estadísticas disponibles

Los escasos datos de que disponemos proceden de las estadísticas de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil sobre recuperación de activos, concretamente procedentes de la Oficina de Localización de Activos (OLA). Durante el año 2010 las peticiones recibidas ascendieron a 46 (29 de las cuales procedían del Reino Unido, 7 de Países Bajos y 4 de Bélgica) y en 2011 a un total de 106 (61 del Reino Unido, 21 de Bélgica y 10 de Países Bajos).

No disponemos de la memoria del Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO)⁽⁸⁴⁾ del año 2011, pero si acudimos a las estadísticas publicadas en su memoria de

(83) Las Oficinas de Recuperación de Activos de Bélgica, *Central Office for Seizure and Confiscation* (COSC), y de los Países Bajos, el *National Criminal Assets Deprivation Bureau* (BOOM).

(84) Integrado en la estructura orgánica de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

2010 sobre recuperación de activos, esta refleja un total de 245 peticiones recibidas en dicho centro como Oficina de Recuperación de Activos. De ellas 162 procedieron de la Agencia contra el Crimen Organizado Grave (*Serious Organised Crime Agency*, SOCA), a las que hay que sumar las 6 recibidas de la Agencia Escocesa de Lucha contra la Delincuencia y la Droga (*Scottish Crime and Drug Enforcement Agency*, SCDEA) como ARO de Escocia, por lo que el porcentaje total de las solicitudes recibidas procedentes del Reino Unido sería del 68,57%. Le siguen, en este orden: Bélgica, Holanda y Francia con 30, 18 y 17 peticiones respectivamente; ya en menor medida se encuentra Lituania con 6 solicitudes, y a continuación otros países como Hungría, Irlanda, Dinamarca y República Checa. De las 245 peticiones reseñadas anteriormente, 107 (44%) dieron resultado positivo, y 138 (56%) negativo. Tomando como referencia las investigaciones abiertas en las 245 peticiones gestionadas, hay un total de 560 personas físicas (92%) y 48 (8%) jurídicas. Prácticamente la mitad de las peticiones ORAs lo son por delito de blanqueo de capitales (49%); el tráfico de drogas ocupa el segundo lugar con el 27%, seguido del delito de fraude (12%).

La valoración total de los bienes localizados durante el año 2010 se estima en casi 25 millones de euros (24.725.749,50 €). Es muy interesante comprobar cómo de los 58 activos localizados, treinta y cinco (35) se ubicaban en la provincia de Málaga (Costa del Sol), correspondiéndose 29 de éstos (82,8%) con solicitudes del Reino Unido.

4. Modelos de Derecho Comparado

En el ámbito europeo existen diferentes modelos de Oficina de Recuperación de Activos, cuyas estructuras varían, unas tienen carácter exclusivamente policial, otras están integradas por diversos organismos administrativos e incluso algunas tienen el carácter de «*agencia interdisciplinaria*» u «*organismo multiagencia*», con intervención incluso de entidades de carácter privado. En relación al modelo a seguir para establecer este tipo de agencias nacionales, no parece del todo claro dónde situarlas, si en el ámbito del Ministerio del Interior o en el ámbito del Ministerio de Justicia, o en la propia Fiscalía General del Estado y qué estructura organizativa deben seguir, así como el repertorio y la extensión de competencias que deben atribuírseles. Tal vez por ello, en su día se optó por utilizar como fuente normativa para su armonización la Decisión, menos exigente en sus objetivos y procedimiento de implementación que la tradicional Decisión Marco.

Como destaca el documento adjunto o adenda al Informe Final de la 5.^a Ronda de Evaluaciones mutuas de 2 de agosto de 2012, la gran mayoría de los Estados miembros han implementado la Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre, estableciendo y designando Oficinas de Recuperación de Activos nacionales. No obstante ello, existen diferencias notables en términos organizativos, recursos y planificación o funciones realizadas por cada una de ellas. Desde el punto de vista organizativo las AROs están situadas dentro de unidades policiales o en las fiscalías (lo que sin duda requiere previamente una singularidad o autonomía presupuestaria en estas oficinas). En efecto, el Informe de la Comisión basado en el artículo 8 de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, *sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito*

o de otros bienes relacionados con el delito⁽⁸⁵⁾, resume que «Los ARO designados hasta el momento presente se han establecido principalmente en los servicios policiales. Los restantes se dividen casi por igual entre los ARO judiciales (por judiciales en el lenguaje europeo deben entenderse o incluirse las Fiscalías) y los ARO dotados de una estructura multidisciplinaria».

Haciendo un recorrido por países de nuestro entorno más próximo o que pueden servirnos de modelo, encontramos:

A) Francia

La legislación francesa en material de decomiso ha sido modernizada recientemente en la Ley núm. 2010-768 de 9 de julio de 2010, a fin de facilitar la congelación y el decomiso de los activos delictivos. Desde un punto de vista institucional, en línea con la reforma referida y en cumplimiento de la Decisión del Consejo 2007/845/JAI, Francia designó como Oficina nacional ARO la Dirección Central de Investigación Judicial (*Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels* —PIAC—). En febrero de 2011 se ha puesto en funcionamiento otra Oficina, la «*Agence de gestion et de recouvrement d'avares saisis et confisqués*» (AGRASC). Bajo la supervisión conjunta del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Finanzas, la AGRASC es responsable de la administración de los bienes embargados o decomisados y de la gestión centralizada del dinero aprehendido en los procedimientos criminales, así como de la venta pública o enajenación de bienes y, si fuere legalmente procedente, su destrucción.

Como regla general, el dueño del bien incautado judicialmente es responsable de su conservación. No obstante ello, bajo determinadas circunstancias legalmente previstas la administración de dichos bienes puede ser encomendada a la AGRASC, que se hará cargo de los costes. Dicha agencia tiene como competencia general la de ayudar y asistir a los juzgados y tribunales y el mantenimiento de una base de datos nacional y centralizada en relación a las decisiones de embargo y confiscación de las que conoce, elaborar un informe de actividades anual que incluya las estadísticas y recomendaciones pertinentes. Una vez que los activos han sido incautados, normalmente por la policía bajo orden judicial, la autoridad judicial decide si se debe delegar su administración a la AGRASC.

B) Bélgica

El Órgano Central para el Embargo y la Confiscación (*Organe Central pour la Saisie et la Confiscation* —OCSC—) fue creado por la Ley de 26 de marzo de 2003 (*Loi du 26 mars 2003 portant création de l'OCSC*) como institución en el seno de la Fiscalía (*Ministère public*). Su objetivo es auxiliar a las autoridades judiciales en casos problemáticos sobre el embargo y comiso de bienes ligados al delito. También interviene en la ejecución de las decisiones judiciales que ordenen el comiso de tales bienes.

Se trata de una institución que ejerce sus funciones bajo la autoridad del Ministerio de Justicia (art. 25). Se crea en el seno de la organización judicial y está integrado por un

(85) Bruselas, 12-4-2011. COM (2011) 176 final.

director y un director adjunto. El director es un Fiscal, que tiene autoridad sobre el personal del OCSC y es el responsable del cumplimiento de sus funciones (art. 17). Tanto el director como el director adjunto, que ejercen sus actividades a tiempo completo, son nombrados por el Ministro de Justicia (previa consulta con el *Collège des Procureurs Généraux* o Consejo Fiscal) por un mandato de cinco años, renovable dos veces. También pueden ser cesados por el Ministro de Justicia.

En cuanto al personal, el Ministro de Hacienda y el del Interior pueden destinar a funcionarios de la Agencia Tributaria y de la Policía Federal (art. 19). Además se puede recurrir a consultores, incluidos también magistrados (art. 24). Todos los funcionarios que presten sus servicios en el Órgano Central están obligados a guardar secreto de los asuntos que conozcan en cumplimiento de sus funciones (art. 23).

Las funciones del órgano central (art. 3) son muy amplias, y comprenden la investigación patrimonial de los bienes que pueden proceder de un delito, la administración de los bienes embargados, el diseño de la política en este ámbito, así como la ejecución de las sentencias que impongan el comiso. En concreto, corresponde al órgano central prestar asistencia a las autoridades judiciales en la averiguación, persecución e investigación de delitos, así como en la ejecución de las órdenes de embargo de los bienes ligados al delito, el ejercicio de la acción pública para lograr el decomiso de tales bienes y la ejecución de las sentencias y decisiones con carácter de cosa juzgada que impongan la confiscación especial de tales bienes.

Entre sus tareas está la elaboración de dictámenes, de oficio o a petición, para el Ministro de Justicia y la Fiscalía, sobre las normas a elaborar y la política a seguir en la materia, así como su aplicación por los Fiscales, la Policía y los servicios del Ministerio de Justicia encargados de la ejecución de las sentencias condenatorias que impongan el comiso especial de bienes localizados fuera de Bélgica, y su aplicación por los jueces de instrucción y el director del Registro de la Propiedad. En lo que se refiere a los bienes embargados, le corresponde proceder a la enajenación anticipada de dichos bienes, cuando ello fuere legalmente, así como la gestión y administración de los mismos de acuerdo con la autorización y las instrucciones de la Fiscalía o de los Jueces de Instrucción, respectivamente. Por último, una vez que se imponga el comiso en una sentencia, le corresponde coordinar su ejecución. En cuanto a la asistencia judicial mutua internacional, le corresponde redactar informes y desarrollar acuerdos de cooperación o memorandos de entendimiento con instituciones extranjeras semejantes.

El modelo belga es singularmente recomendable para nuestro país por tratarse de un modelo exitoso, hasta el punto de que Europol ha contado con el apoyo técnico y la cooperación del OCSC para establecer un «*technical advisory team*» que asista sobre el terreno a los Estados miembros que lo soliciten para establecer (o remodelar) las AROs nacionales⁽⁸⁶⁾. Además, como es bien sabido, Bélgica es de los pocos Estados miembros que conservan en su organización judicial al juez de Instrucción, por lo que su sistema es particularmente propicio para ser tenido en cuenta por España.

(86) En total este Equipo ha intervenido en 12 misiones financiadas por el programa EC ISEC, habiendo visitado por ejemplo Hungría para asistirle en la preparación de su recientemente diseñado sistema de recuperación de activos.

C) Países Bajos

Si el sistema belga es exitoso, sin duda se debe a que tomó de modelo al sistema holandés. Por ello, debemos hacer una mención obligada a la Oficina de Recuperación de Activos holandesa, auténtica referencia en el continente europeo, y de la que recientemente pudimos tener un conocimiento cabal, gracias a su participación en el denominado «Proyecto Fénix»⁽⁸⁷⁾.

La denominación por la que se conoce a esta oficina en los Países Bajos es por el acrónimo BOOM (*Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie, Prosecution Service Criminal Assets Deprivation Bureau*). La Oficina de Privación de Activos de Origen Delictivo es una agencia multidisciplinar integrada en la Fiscalía. En efecto, en el año 2005 la Junta de Fiscales elaboró una Directiva para proporcionar información y explicaciones a los fiscales sobre el uso de las disposiciones relativas al comiso especial. La directiva concretó el papel del *Prosecution Service Criminal Assets Deprivation Bureau* (BOOM), como una unidad específica dentro de la Fiscalía. El personal del BOOM conforma una oficina multidisciplinar y está integrado por juristas y especialistas en el rastreo y localización de activos. En total el BOOM está dotado de 75 personas y dispone de 5 oficinas regionales. Por lo tanto tiene una organización descentralizada, lo que, de acuerdo con la Adenda al Informe Final de la 5.ª Ronda de Evaluaciones Conjuntas sobre delincuencia financiera e investigaciones financieras del Consejo de la UE⁽⁸⁸⁾, debe considerarse sin duda una buena práctica en esta materia, y que sería plenamente extrapolable y recomendable en un país con la extensión geográfica de España.

Entre sus funciones principales se encuentran:

- Asistir o asesorar a la Fiscalía sobre la legislación relativa al comiso.
- Ayudar al Fiscal en los casos que precisen la aplicación de la legislación sobre el comiso. El equipo de asistentes del BOOM puede ayudar también a los fiscales en la gestión de las investigaciones en materia de comiso.
- El BOOM no sólo presta asistencia a los fiscales en materia de comiso de activos, sino que puede también llevar a cabo investigaciones por sí mismo, sobre todo en casos complicados.

Sin duda, se trata del modelo a seguir de acuerdo con las experiencias y conclusiones del Proyecto Fénix anteriormente aludido. No en balde, el Informe Final de la 5.ª Ronda de Evaluaciones sobre investigaciones financieras destaca, entre las mejores prácticas a seguir en esta materia, el «innovador planteamiento administrativo holandés para la lucha contra el crimen organizado».

(87) Proyecto *Criminal Justice* de la Comisión Europea; se trataba de un grupo de trabajo multinacional para la elaboración de un Manual de Buenas Prácticas en la Recuperación de activos y funcionamiento de las Oficinas de Recuperación de Activos en el marco de la Decisión 2007/845/JAI. En dicho proyecto participó la Fiscalía General del Estado española, la Procuraduría General de la República portuguesa y el Gabinete de Recuperación de Activos de los Países Bajos (*Bureau Ontnemingswetgeving OM —BOOM—*) situada en la Fiscalía Nacional de los Países Bajos. Las conclusiones y trabajos de dicho proyecto están disponibles en la página web: <<http://fenix.pgr.pt/proyecto.htm>>.

(88) P. 11 en sus comentarios sobre la propuesta de descentralización regional de las AROs en Austria.

D) Italia

En febrero de 2010, la Agencia Nacional para la Administración y Uso de los activos Incautados y Confiscados al Crimen Organizado (*Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione del Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata*, ANBSC) fue establecida bajo la responsabilidad del Ministerio del Interior y la supervisión y control del Tribunal de Cuentas, y finalmente regulada de acuerdo con la Ley núm. 50, de 31 de marzo de 2010. La ANBSC ha sustituido a la *Agenzia del Demanio*, actuando como enlace con las autoridades judiciales para asistirles en relación con el embargo de bienes procedentes del delito y encargarse de la administración de los bienes incautados descargando a la administración de justicia y al poder judicial de tan penosa carga hasta que recaiga la decisión final de decomiso⁽⁸⁹⁾.

La agencia, de acuerdo con los datos reflejados en el Informe de la 5.^a Ronda de Evaluaciones Mutuas, administra más de 11.000 activos patrimoniales, incluyendo 1.400 empresas y miles de apartamentos y hectáreas de terrenos distribuidos por toda Italia, si bien concentrados en particular en Sicilia (44,04%), Campania (14,86%), Calabria (14,36%), Lombardía (8,49%) y Puglia (8,31%). En octubre de 2010 se proyectó una base de datos para la administración de activos delictivos a establecer en Reggio di Calabria con conexión a los sistemas de la Agencia Tributaria, Policía y otras entidades públicas. En 2011 trabajaban aproximadamente 30 funcionarios en la Agencia con dos sedes centrales: una en Roma y otra en Reggio di Calabria. Existen planes para establecer oficinas descentralizadas en Palermo, Milán, Nápoles y Bari.

La ley núm. 159/2011 reformó las leyes existentes a fin de atribuir a la ANBSC competencias para administrar y preservar todos los bienes incautados y decomisados, incluyendo la administración de empresas y negocios. Esta agencia es también la encargada del destino final de las propiedades confiscadas, de acuerdo con lo resuelto por la autoridad judicial, sustituyendo en este papel al conocido como *Prefetti*. La previsión legal sobre el destino de los bienes confiscados, en particular los bienes raíces, es que sean transferidos al Estado para ser utilizados por las autoridades judiciales (jueces y fiscales), fuerzas y cuerpos de seguridad o protección civil o para usos sociales de la Administración Regional y Local.

La ANBSC publica en un informe anual datos y estadísticas (disponibles en internet⁽⁹⁰⁾) con detalles sobre los bienes incautados y decomisados, su utilización y destino. Los activos consistentes en dinero en metálico o títulos valores que sobren de las indemnizaciones a las víctimas de organizaciones tipo Mafia y de los costes de gestión y mantenimiento de activos delictivos son ingresados en el *Fondo Unico Giustizia* o en el Ministerio de Economía y Finanzas. El *Fondo Unico Giustizia* fue creado para recaudar todos los ingresos procedentes de multas y otros títulos, que mantiene y distribuye al Ministerio de Justicia y al Ministerio del Interior.

El Gobierno de la República Italiana, de acuerdo con la Decisión 2007/845/JAI, ha designado recientemente como punto nacional ARO al Servicio Internacional de Coopera-

(89) Evaluation Report Fifth Round of Mutual Evaluations. «Financial Crime and Financial Investigations». Report on Italy, 2011. Documento del Consejo de la UE núm. 10989/2/11, publicado en Bruselas el 20 de julio de 2011.

(90) <<http://www.benisequestraticonfiscati.it/AgenziaNazionale/beniConfiscati.html>>.

ción Policial enclavado en la Dirección Central de la Policía, de igual manera a la agencia multidisciplinaria ANBSC y sin que esté clara su relación con la ANBSC en relación con la administración de activos, siendo probablemente la inteligencia policial su ámbito de actuación.

E) Reino Unido

La legislación y procedimientos del Reino Unido en esta materia se regulan en la Ley de Ganancias del Delito de 2002 (*Proceeds of Crime Act 2002* o PoCA 2002)⁽⁹¹⁾, que fue reformada en la Ley del Crimen Organizado Grave y la Policía de 2005 (*Serious Organised Crime and Police Act* o SOCPA 2005)⁽⁹²⁾, que establecen un régimen legal muy flexible y amplio en relación a la extensión de las órdenes de restricción y de embargo que pueden dictar las autoridades judiciales a solicitud de un fiscal, pero también de un investigador financiero acreditado. En relación con la administración de los activos incautados los tribunales tienen un amplio poder de discreción para nombrar auditores especializados a tal fin, un receptor o depositario denominado *management receiver*. Los gastos generados por la administración son deducidos de los propios activos administrados, incluso si el acusado es finalmente absuelto. Si no hay bienes suficientes para pagar los gastos del *receiver* entonces la Fiscalía deberá hacer frente a dichas costas. El *management receiver* preservará los activos hasta el dictado de una orden de confiscación en la que se nombra un *enforcement receiver*, que normalmente recaerá en la misma persona.

De acuerdo con la Decisión 2007/845/JAI, el Reino Unido designó dos ARO: la Agencia de Lucha contra la Delincuencia Organizada Grave (*Serious Organised Crime Agency*, SOCA) para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y la Agencia Escocesa de Lucha contra la Delincuencia y la Droga (*Scottish Crime and Drug Enforcement Agency*, SCDEA) para Escocia. La Agencia de Recuperación de Activos (*Assets Recovery Agency*, ARA) fue creada en virtud de la Ley de 2002 como un departamento no gubernamental que sólo responde ante el Parlamento. En materia de comiso penal de los bienes derivados de un delito, la agencia puede llevar a cabo investigaciones para apoyar a cualquier organismo de aplicación de la ley en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte implicada en el enjuiciamiento de delitos. Ante la ineficacia recaudatoria de la ARA debido a la duración de los procedimientos, en 2004 fue incorporada a la Agencia de Delitos Graves (SOCA) en una estrategia global de lucha contra la criminalidad organizada. Al mismo tiempo, tras la definitiva entrada en vigor de la PoCA el gobierno británico decidió implementar un sistema de incentivación que afectaba a la policía, así como a los Tribunales de la Corona, las Fiscalías (*Crown Prosecution Service*) al SOCA y a la Agencia tributaria (*Her Majesty's Revenue and Customs*). En base a él, se les adjudicaría un 50% de las ganancias confiscadas. La estrategia puesta en marcha ha funcionado y permitido destinar recursos a las fuerzas policiales de todo Reino Unido, hasta el punto de que en 2009 el gobierno decidió extender el uso de los bienes confiscados a las comunidades locales, canalizándose para financiar todo tipo de proyectos con fines sociales.

(91) Capítulo 29 de la PoCA 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/pdfs/ukpga_20020029_en.pdf>.

(92) Capítulo 15 de la SOCPA 2005, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/15/pdfs/ukpga_20050015_en.pdf>.

El siguiente cuadro muestra el incremento progresivo de la recuperación de activos en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte desde el año 2003 al 2008⁽⁹³⁾:

2003-2004	54,5 millones de libras esterlinas
2004-2005	84,4 millones de libras esterlinas
2005-2006	96,0 millones de libras esterlinas
2006-2007	125,3 millones de libras esterlinas
2007-2008	135,7 millones de libras esterlinas

5. Reformas necesarias a nivel nacional y europeo

Como hemos podido comprobar, disponer de una normativa penal muy avanzada en materia de decomiso (ya sea del valor equivalente, como el comiso ampliado u otras formas de comiso) no garantiza el éxito en la recuperación de activos. Por ello, es necesario crear organismos de recuperación de activos (ORAs). Profundizando en los objetivos de la Decisión 2007/845/JAI, cuyo establecimiento consideraba prioritario, el Consejo de la UE incluyó entre sus conclusiones en materia de decomiso y recuperación de activos, publicadas el 28 de mayo de 2010⁽⁹⁴⁾, una serie de invitaciones a los Estados miembros encaminadas a:

- Garantizar que las AROs estén equipadas con los recursos y atribuciones necesarias para llevar a cabo sus tareas con eficacia.
- Promover que la ARO nacional disponga de un acceso rápido a toda la información referida a dichos activos, incluida información financiera, como números de cuenta, apertura de cuentas, personas autorizadas, etc.
- Asegurar que los canales seguros de comunicación existentes (ej. SIENA) son adecuadamente utilizados para intercambiar información operativa entre las AROs.
- Valorar modos de asegurar la preservación o mantenimiento de los activos con vistas a su decomiso, mediante el establecimiento de Oficinas de Gestión de Activos (*Asset Management Offices*), etc.

Asimismo, la Comunicación de la Comisión —COM (2010) 673 final— de 22 de noviembre de 2010, titulada «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura», tras recordar la obligación adquirida en la ya citada Decisión de 2007 por los Estados miembros de «*crear organismos de recuperación de activos equipados con los medios necesarios y dotados de las facultades, la formación y la capacidad de intercambiar información*», anuncia que en 2014 los Estados miembros «*deberán haber adoptado las medidas institucionales necesarias mediante, por ejemplo,*

(93) Fuente: respuesta dada en el Parlamento por el MP Alan Campbell citando *Proceeds of Crime Consolidated Fund*, disponible en: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm090121/text/90121w0015.htm>>.

(94) Documento núm. 7769/2/10 REV 2 CRIMORG 64.

la creación de organismos de gestión de activos que garanticen que los activos inmovilizados no pierdan valor antes de su eventual decomiso», así como que en 2013 la Comisión impartirá directrices sobre las mejores prácticas para prevenir que organizaciones o grupos delictivos readquieran los activos decomisados.

El Informe Final de la 5.^a Ronda de Evaluaciones sobre investigaciones financieras destaca entre sus recomendaciones relacionadas con la estructura, organización y funcionamiento de las AROs que estas se extiendan a la administración de los bienes incautados, incluyendo su conversión en dinero mediante su transformación en una verdadera oficina de gestión de activos⁽⁹⁵⁾.

Por lo tanto, existe una coincidencia casi unánime a nivel europeo en la necesidad de reforzar el papel de estas oficinas de recuperación de activos desde su inicial papel de intercambio de información policial como oficinas de localización de activos, que podía realizarse mediante una informal estructura de red, al establecimiento de una agencia multidisciplinar bien organizada que añada a dicha función competencias de auxilio a las autoridades judiciales durante toda la tramitación del procedimiento penal en la administración de los activos recuperados hasta su final adjudicación. Este nuevo enfoque integral no se compadece con la restringida orientación que se le ha dado en nuestro país al diseño de las oficinas de recuperación de activos, limitándose a mantener la situación existente con algunos retoques, no obstante la importancia real y creciente de España en esta materia como territorio receptor de abundantes activos de procedencia criminal desde el extranjero. España necesitaba el establecimiento de una Agencia multidisciplinar, con oficinas descentralizadas localizadas, como en el caso de Italia, en aquellas zonas del territorio nacional donde se localizan y recuperan más bienes y, por tanto, otro planteamiento más ambicioso y completo.

Dicha oficina debería estar situada en la Fiscalía General del Estado. En ese sentido, debemos recordar que el Ministerio Público español, además de compartir con los Jueces y Tribunales españoles la condición de autoridad judicial⁽⁹⁶⁾, cuando actúan en el ámbito o en materia de cooperación internacional, tiene atribuidas en nuestra legislación facultades investigadoras⁽⁹⁷⁾, que en el ámbito de las investigaciones financieras han sido recientemente reforzadas⁽⁹⁸⁾, y que deberán ser ampliadas aún más en el futuro, de acuerdo con lo

(95) Recomendación núm. 24 del apartado 4.1 del documento del Consejo núm. 12657/12. Bruselas, 2 de agosto de 2012.

(96) *Vid.* nota a pie de página 27.

(97) Téngase en cuenta la reforma de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 785 bis (hoy 773.2) que, complementando el art. 5 del EOMF, instauraba nuevas vías a la actuación del Ministerio Fiscal en la investigación criminal, y la reforma operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que en el apartado primero *in fine* del art. 4 permite al Ministerio Fiscal «(...) acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial».

(98) El nuevo art. 43 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, establece el denominado «*Fichero de Titularidades Financieras*», que se nutre con la información de la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo en España que deberán declarar las entidades de crédito al SEPBLAC. Toda petición de acceso a los datos del Fichero de Titularidades Financieras habrá de ser adecuadamente motivada por el Juez o Fiscal requirente y dirigida al Fiscal responsable de dicho fichero (concretamente al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo legalmente designado a tal efecto).

previsto en el art. 7 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea⁽⁹⁹⁾, por el que se prevé la posibilidad del «*embargo preventivo inmediato*», que puede ser autorizado por Fiscales en casos urgentes y para evitar la desaparición de activos en situaciones en las que la espera de una orden de un órgano jurisdiccional pudiera constituir un riesgo de pérdida del bien a embargar, sin perjuicio de su posterior convalidación judicial. Este planteamiento es posible en nuestro país, partiendo de que se trata de una medida cautelar provisionalísima de naturaleza real o de aseguramiento de los bienes de procedencia delictiva y considerando que el derecho a la propiedad privada afectado (art. 33 de la Constitución Española) carece de reserva judicial alguna. A tal fin, deberían ser reformados los artículos 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 374.2 del Código Penal, a fin de incluir junto a la autoridad judicial al Ministerio Fiscal. Ello, sin duda, es plenamente constitucional y debiera ser compatible con nuestro ordenamiento jurídico ya existente, si tenemos en cuenta que el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en su art. 10 faculta a los funcionarios que desempeñen funciones de recaudación (que no tienen consideración de autoridades judiciales en cooperación internacional penal) para adoptar las medidas cautelares recogidas en el artículo 146 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, previstas para el procedimiento de inspección.

Por ello, tal y como destaca BLANCO CORDERO⁽¹⁰⁰⁾, la experiencia de algunos países nos permite poder comprobar y comparar las ventajas resultantes de una oficina que integre profesionales especializados y formados en investigaciones económico-financieras del patrimonio criminal, pero también la necesidad de una dirección encarnada en una autoridad judicial, que lleve la dirección del procedimiento y tenga el control de este en sus diferentes fases. Además, el Fiscal es la autoridad judicial que combina funciones investigadoras con su condición constitucional de defensor de la legalidad, lo que garantiza que la eficacia en la ejecución del decomiso sea compatible con el cumplimiento del Derecho vigente y respetuosa con las garantías procesales.

Por último, las mejoras necesarias a nivel europeo pasan por establecer una mayor conectividad entre las oficinas nacionales, que actúan estos momentos de manera aislada. La redefinición de las AROs exige el establecimiento de un sistema de comunicación más global entre dichas oficinas, partiendo de la actual regulación de la Decisión de 2007. Por ello, un estudio realizado en febrero de 2012 por el Parlamento Europeo que evalúa la legislación existente actualmente sobre la materia de recuperación de activos titulado «*La*

(99) COM (2012) 85 final, de 14 de marzo de 2012, cuyo artículo 7 sobre el «Embargo preventivo» establece:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al embargo preventivo de los bienes que puedan desaparecer, ser ocultados o transferidos fuera de la jurisdicción, con vistas a su posible decomiso posterior. Dichas medidas serán ordenadas por un órgano jurisdiccional.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan al *embargo preventivo inmediato* de aquellos bienes respecto de los que exista un alto riesgo de que desaparezcan, sean ocultados o transferidos antes de que recaiga la resolución judicial. Dichas medidas deberán ser ratificadas por un órgano jurisdiccional lo antes posible».

(100) Isidoro BLANCO CORDERO, profesor de Derecho Penal en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal de la Universidad de Alicante, «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos» *ReAIDP / e-RIAPL*, 2007.

necesidad de una nueva legislación permitiendo que los activos decomisados a las organizaciones criminales puedan ser utilizados por la sociedad civil y en particular para fines sociales»⁽¹⁰¹⁾, al analizar la situación de las AROs, recomienda la creación de:

- Una Base de Datos Europea sobre activos recuperados (*European Asset Recovery Database*) que permita acumular las estadísticas facilitadas por las AROs nacionales acerca de la utilización de los productos del delito en cada nación. Igualmente, esta base de datos europea permitiría abordar un enfoque cualitativo y no meramente cuantitativo de los activos patrimoniales recuperados, ya que incluiría información detallada del destino dado a dichos activos, ya se destinen a indemnizar a las víctimas o para fines específicos (lucha contra la criminalidad organizada o para fines sociales). Asimismo, dicha información estará disponible para el público, como un valor añadido de la base de datos europea, consustancial a su Informe de transparencia.
- Un Fondo Europeo de Activos Recuperados (*European Asset Recovery Fund*). Este se propone como un paso más en la racionalización del uso de los activos recuperados en fines sociales. Los fondos remanentes tras la compensación y reparación integral a las víctimas del delito, una vez cerradas las piezas separadas de responsabilidad civil en el procedimiento doméstico respectivo, pueden ser canalizados a dicho fondo para que, por la agencia responsable, sean reasignados a un proyecto europeo específico con un componente social, asegurando dicha finalidad mediante los adecuados mecanismos de seguimiento, control y responsabilidad.
- Una Oficina Europea de Recuperación de Activos (*European Asset Recovery Office*), encargada de supervisar los casos que tengan un componente transnacional, que serían aprobados finalmente con un sistema global de actuación, más allá de los particulares enfoques nacionales. La ARO Europea, de acuerdo con la Decisión 2007/845/JAI, debería cooperar con las AROs nacionales y garantizar el intercambio de información.

Por último, destacar que la Opinión del Comité Económico y Social Europeo (*European Economic and Social Committee/EESC*) sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre embargo preventivo y decomiso de las ganancias del delito en la Unión Europea (*Rapporteur*: Sr. de Lamaze)⁽¹⁰²⁾, comentaba que el éxito y la eficacia de ciertos pasos que deben ser adoptados a nivel nacional para tratar con activos decomisados con unos planteamientos centralizados sugiere que dicha experiencia debe ser transferida al nivel europeo. Por ello, el EESC sugería que, más allá de la necesaria coordinación y el sistemático intercambio de información entre las Oficinas nacionales de Recuperación de Activos, debería darse una verdadera consideración a la posibilidad de una centralización europea en este ámbito, ya sea mediante un organismo creado de nueva planta a tal efecto o directamente a través de Eurojust. Añadiendo que, aun cuando actualmente esta centralización pueda chocar con sensibilidades nacionales relacionadas con la

(101) Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>>, <<http://www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms>>.

(102) Bruselas, 18 de julio de 2012. Expediente Interinstitucional: 2012/0036 (COD).

idea de compartir ciertas bases de datos, debería ser considerado como un objetivo, aunque quizás lo sea a largo plazo, teniendo en cuenta que la vigente cooperación por sí sola no puede alcanzar la meta de una eficiente lucha contra el crimen organizado.

Revista de

**Derecho
Penal**

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abandono de familia:

SAP Pontevedra 236/2012, de 29 de junio 302

Abandono de menores:

SAP Jaén 57/2012, de 10 de mayo 300

Abono de prisión provisional:

STS 413/2012, de 17 de mayo 246

Abuso sexual:

SAP Madrid 310/2012, de 9 de julio 304

Acoso sexual:

SAP Madrid 310/2012, de 9 de julio 304

Alzamiento de bienes:

STS 440/2012, de 25 de mayo 255

SAP San Sebastián de 23 de julio de 2012 309

Amenazas:

SAP Cuenca 28/2012, de 5 de junio 301

Apropiación indebida:

STS 448/2012, de 30 de mayo 269

SAP Bilbao 29/2012, de 20 de abril 289

Asesinato:

SAP Madrid 135/2012, de 7 de mayo 294

SAP Las Palmas 46/2012, de 25 de julio 309

B

Blanqueo:

SAP San Sebastián de 23 de julio de 2012 309

C

Caza y Pesca:

No autorizada:

STC 101/2012, de 8 de mayo 193

Citación:

Defectuosa:

STC 97/2012, de 7 de mayo 189

Cómputo de plazos:

STS 437/2012, de 22 de mayo 253

Concurso de delitos:

STS 294/2012, de 25 de abril 205
STS 440/2012, de 25 de mayo 255

Condena:

En costas:

STS 367/2012, de 3 de mayo 222

Consecuencias accesorias:

Cierre de local:

STS 436/2012, de 28 de mayo 262

D

Daños:

SAP Burgos 201/2012, de 7 de mayo 290

Delito continuado:

STS 486/2012, de 4 de junio 271

Delito contra la flora y la fauna:

SAP Tarragona 206/2012, de 3 de mayo 291

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente:

SAP Lugo 131/2012, de 9 de julio 305

Delito urbanístico:

STS 529/2012, de 21 de junio 282

Derecho a no declarar:

SAP Madrid 418/2012, de 7 de mayo 296

Descubrimiento y revelación de secretos:

SAP Madrid 245/2012, de 4 de mayo 292

Deslealtad profesional:

De abogado:

STS 392/2012, de 16 de mayo 242

Drogodependencia:

SAP Albacete 124/2012, de 9 de mayo	298
-------------------------------------------	-----

E

Estafa:

STS 440/2012, de 25 de mayo	255
SAP Madrid 135/2012, de 7 de mayo	294

Impropia:

STS 333/2012, de 26 de abril	210
STS 257/2012, de 30 de mayo	264

Procesal:

STS 332/2012, de 30 de abril	213
------------------------------------	-----

Expulsión:

Del territorio nacional:

STC 140/2012, de 2 de julio	203
-----------------------------------	-----

F

Falsedad documental:

STS 486/2012, de 4 de junio	271
SAP Bilbao 29/2012, de 20 de abril	289
SAP Palma de Mallorca 68/2012, de 16 de julio	307

Falta de hurto:

SAP Madrid 135/2012, de 7 de mayo	294
-----------------------------------------	-----

Fraude a la Administración:

SAP Palma de Mallorca 68/2012, de 16 de julio	307
-----------------------------------------------------	-----

H

Homicidio:

STS 294/2012, de 26 de abril	205
------------------------------------	-----

Hurto:

Falta:

SAP Madrid 135/2012, de 7 de mayo	294
-----------------------------------------	-----

I

Imprudencia grave:

SAP Guadalajara 10/2012, de 9 de julio 304

Incendio:

SAP Madrid 135/2012, de 7 de mayo 294
SAP Guadalajara 10/2012, de 9 de julio 304

Insolvencia punible:

STS 372/2012, de 11 de mayo 237

Intervenciones telefónicas:

STS 410/2012, de 17 de mayo 244

J

Juicio oral:

Documentación:

STS 503/2012, de 5 de junio 278

L

Lesiones:

SAP Madrid 232/2012, de 25 de junio 301

Por imprudencia:

SAP Barcelona, 686/2012, de 30 de junio 303

M

Maltrato familiar:

SAP Madrid 418/2012, de 7 de mayo 296

Malversación de caudales públicos:

SAP Palma de Mallorca 68/2012, de 16 de julio 307
SAP San Sebastián de 23 de julio de 2012 309

N

Negociaciones prohibidas a funcionarios:

SAP Palma de Mallorca 68/2012 de 16 de julio 307

P

Prevaricación:

SAP Palma de Mallorca 68/2012, de 16 de julio	307
SAP San Sebastián de 23 de julio de 2012	309

Principio acusatorio:

STS 354/2012, de 3 de mayo	219
SAP Madrid 232/2012, de 25 de junio	301

Prisión provisional:

Prórroga:

STC 140/2012, de 2 de julio	203
-----------------------------------	-----

Prueba:

Denegación:

STS 386/2012, de 18 de mayo	248
-----------------------------------	-----

Preconstituída:

STS 375/2012, de 14 de mayo	239
-----------------------------------	-----

R

Recurso de apelación:

En vigilancia penitenciaria:

STS 308/2012, de 27 de abril	211
------------------------------------	-----

Refundición de condenas:

STC 39/2012, de 29 de marzo	159
STC 40/2012, de 29 de marzo	167
STC 41/2012, de 29 de marzo	174
STC 47/2012, de 29 de marzo	182
STS 337/2012, de 4 de mayo	230

Responsabilidad civil:

STS 372/2012, de 11 de mayo	237
STS 429/2012, de 21 de mayo	251

De progenitores:

SAP Burgos 201/2012, de 2 de mayo	290
-----------------------------------------	-----

Retirada de la acusación:

STS 367/2012, de 3 de mayo 222

Retroactividad de la ley más favorable:

STS 538/2012, de 25 de junio 285

Robo con violencia:

SAP Las Palmas 46/2012, de 25 de julio 309

S

Secreto de las comunicaciones:

STC 107/2012, de 21 de mayo 197

SAP Valencia 334/2012, de 7 de mayo 297

Sentencia:

Motivación:

STC 140/2012, de 2 de julio 205

STS 496/2012, de 8 de junio 282

T

Tentativa:

Inidónea:

STS 294/2012, de 26 de abril 205

Torturas:

STC 131/2012, de 18 de junio 199

Tráfico de drogas:

STS 359/2012, de 9 de mayo 235

SAP Albacete 124/2012, de 9 de mayo 298

Tráfico de influencias:

STS 300/2012, de 3 de mayo 216

Tribunal del Jurado:

STS 482/2012, de 5 de junio 274

Tutela judicial efectiva:

STC 97/2012, de 7 de mayo 189

V

Violación:

STS 235/2012, de 4 de mayo 225

Vigilancia penitenciaria:

STS 308/2012, de 17 de abril 211

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 39/2012 del TC, de 29 de marzo

Ponente: **Doña Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Refundición de condenas. «Doctrina Parot»**

Recurso de Amparo: **n.º 4893/2006**

Artículos: **73, 75 y 76 Código Penal**

Refundición de condenas. «Doctrina Parot». Primera de las sentencias pronunciadas por el TC en relación a la denominada «doctrina Parot» (STS 197/2006, de 28 de febrero), relativa al cómputo de beneficios penitenciarios al condenado por distintos delitos. En ésta, se admite excepcionalmente el amparo por existir una resolución firme de liquidación de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 31 de marzo de 2006, que desestima el recurso de súplica contra la providencia de 17 de marzo de 2006, por la que se deniega el licenciamiento definitivo del demandante de amparo, propuesto por el centro penitenciario de Albolote para el día 29 de marzo de 2006, y se ordena la elaboración de una nueva hoja de cálculo, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la STS 197/2006, de 28 de febrero, según la cual y modificando el criterio de cómputo anteriormente aplicado, se establece que los beneficios penitenciarios y, en concreto, las redenciones de penas por el trabajo, han de computarse sobre cada una de las penas impuestas y no sobre la condena refundida. (...)

3. Despejado este grupo de quejas de carácter procesal articuladas como primer motivo de amparo, en los restantes motivos se denuncia desde diversas perspectivas constitucionales la cuestión de fondo, esto es, la aplicación al presente caso de un nuevo criterio jurisprudencial

en la interpretación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973, y concordantes del reglamento penitenciario, en relación con el cómputo de la redención de penas por el trabajo. Frente al criterio anteriormente aplicado, conforme al cual los días redimidos por trabajo se descontaban del límite máximo de cumplimiento una vez operada la refundición o acumulación de condenas, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero, estableció que el beneficio de la redención de penas por el trabajo consagrado en el art. 100 CP 1973 ha de aplicarse no a ese máximo de cumplimiento, sino a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, de modo que la forma de cumplimiento de la condena total se producirá del siguiente modo: «se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo a la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones impuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la

extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante» (fundamento jurídico cuarto). Un cambio de doctrina cuya aplicación al presente caso por la Audiencia Nacional implica que, si bien conforme al cómputo de las redenciones de penas por trabajo aplicado hasta ese momento, el recurrente habría extinguido ya su condena y debería haber obtenido la libertad el día 29 de marzo de 2006 (según se desprende de la propuesta de licenciamiento definitivo enviada inicialmente por el centro penitenciario al órgano judicial el día 25 de enero de 2006), en aplicación del nuevo criterio la pena no se extinguiría hasta el día 21 de marzo de 2018. (...)

Por tanto, nuestro examen se ha de limitar a la consideración de la respuesta judicial que se contiene en las resoluciones de la Audiencia Nacional recurridas, en las que se deniega la propuesta de licenciamiento definitivo del demandante de amparo, realizada por el centro penitenciario de Albolote (Granada). No es, pues, objeto del presente recurso de amparo la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero, ni la interpretación de la legalidad ordinaria en ella sentada por el Tribunal Supremo, en uso legítimo de la función que le atribuye en exclusiva la Constitución.

En consecuencia, procede que analicemos el tercero de los motivos de amparo, en el que el recurrente denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. El Ministerio Fiscal también entiende concurrente esta vulneración.

5. Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en

que concurran las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquella una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4. En tal sentido hemos dicho que «[n]o se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto» (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

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

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

Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial «resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión», pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen *ratio decidendi* de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5). (...)

8. Pero nuestro pronunciamiento no puede agotarse en la declaración de la anterior vulneración, sino que ha de tomar en consideración las consecuencias que la misma tiene desde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) en juego.

En efecto, a partir de la firmeza de lo decidido en el Auto de 28 de mayo de 1997 (dictada por el órgano judicial encargado de la ejecutoria y a quien correspondía determinar cómo y cuándo se cumple y se extingue la pena) y de la situación jurídica consolidada por la citada resolución en cuanto al modo de cómputo de la redención de penas por el trabajo, la pena se ha venido ejecutando durante años sobre las bases tomadas en consideración en el mismo: aplicación del antiguo Código penal y de la redención de penas por el trabajo, que determina el abono de un día por cada dos de trabajo, y cómputo de los días redimidos como tiempo de cumplimiento efectivo, a descontar del máximo legal de treinta años resultante de la acumulación de condenas. Lo que se ha plasmado en actos inequívocos de la Administración penitenciaria: las hojas de cálculo en las que se van realizando las liquidaciones provisionales de condena

teniendo en cuenta los abonos derivados de la redención de penas por trabajo practicados periódicamente por el Juez de vigilancia penitenciaria a propuesta del centro penitenciario; y señaladamente la de fecha 25 de enero de 2006, que sirve de base a la propuesta de licenciamiento definitivo del penado para el día 29 de marzo de 2006 elevada al órgano judicial por el Director del centro penitenciario.

En esa fecha, por tanto, en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya la pena que le fue impuesta. Por tanto, y aunque el recurrente fue privado legítimamente de libertad, una vez cumplida la pena en los términos anteriormente expuestos, nos encontramos ante una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley, pues el título que la legitimaba se ha extinguido. Por ello, el exceso de tiempo pasado en prisión constituye una privación de libertad carente de base legal y lesiva del derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE (STC 322/2005, de 12 de diciembre, FFJJ 2 y 3; y STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia §§ 44 y 45).

En un Estado de Derecho no cabe prolongar la privación de libertad de una persona que ha cumplido ya la condena que se le impuso en su día, por lo que los órganos de la jurisdicción ordinaria han de adoptar, con la mayor celeridad posible, las resoluciones que procedan a fin de que cese la vulneración del derecho fundamental a la libertad y se proceda a la inmediata puesta en libertad del recurrente. (...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE
QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON PABLO
PÉREZ TREMPA A LA SENTENCIA DICTADA
EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO
NÚM. 4893-2006

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros del Pleno debo manifestar mi discrepancia con la fundamentación jurídica referida a la invocación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Esta discrepancia no

alcanza al otorgamiento del amparo, con el que, en el presente caso, estoy de acuerdo.

1. Este recurso de amparo es el primero de una serie de asuntos en los que se ha sometido a la consideración del Tribunal Constitucional la aplicación realizada por diversas resoluciones judiciales de la nueva doctrina jurisprudencial sentada por la STS 197/2006, de 28 de febrero, sobre el cómputo de la redención de penas por el trabajo. La conclusión de la posición mayoritaria ha sido que concurre una vulneración de los derechos del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la intangibilidad, por haberse desconocido la existencia de una previa resolución judicial firme sobre la revisión de la condena que hizo aplicación de un criterio de cómputo de las reclusiones diverso y más favorable que el de las resoluciones ahora impugnadas en amparo. Este criterio de la intangibilidad, pero vinculado exclusivamente a la existencia del Auto por el que se acuerda la refundición de condenas, es el que también ha llevado al Ministerio Fiscal a solicitar el otorgamiento del amparo en la mayor parte de los recursos de amparo en que se plantea esta cuestión.

Comparto con la mayoría que la redención de penas por el trabajo es una institución que afecta directamente al derecho a la libertad y que no puede excluirse que se vulnere este derecho como consecuencia de decisiones judiciales adoptadas respecto de esta institución cuando supongan un alargamiento ilegítimo de la privación de libertad. Igualmente debo mostrar mi conformidad con la afirmación de que la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria es función exclusiva de los órganos judiciales y que la función de este Tribunal queda limitada al examen de las decisiones judiciales desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, cuyo contenido se constituye en límite a la actuación judicial. A esos efectos, y ya desde este momento inicial, también quiero dejar patente que considero que la interpretación y aplicación realizada en las resoluciones judiciales impugnadas de la normativa referente al cómputo de los beneficios penitenciarios se acomoda a los parámetros propios de la legalidad ordinaria

y no incurre en ningún defecto de motivación de relevancia constitucional.

Mi discrepancia con la mayoría del Pleno se fundamenta, sin embargo, en que se ha renunciado a hacer una previa valoración en que se verificara si, en el concreto contexto normativo que encuadra estos asuntos y teniendo en cuenta sus singularidades, la aplicación de este nuevo criterio jurisprudencial había producido la vulneración aducida del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). En mi opinión, desde una lectura y análisis de este derecho fundamental comprensiva de su carácter de garantía esencial del ciudadano y de su valor primordial del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), creo que debería haberse concluido que dicha aplicación, por las razones que paso a exponer, sí vulneró el derecho fundamental a la libertad personal del recurrente.

2. El significado prevalente de la libertad, las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), el mandato constitucional expreso para que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se realice «sólo por ley» (art. 53.1 CE), y el propio tenor del art. 17.1 CE —«nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley»— determinan que este Tribunal haya destacado la relevancia que adquiere la garantía legal en el diseño constitucional de protección del derecho a la libertad no sólo frente a los aplicadores del derecho sino también al propio legislador. Así, se ha señalado que cualquier decisión que suponga una privación de libertad debe ajustarse estrictamente a las previsiones legales y resultar compatible con la finalidad perseguida de evitar que las personas sean privadas de su libertad sin la necesaria cobertura legal (por todas, STC 57/2008, de 28 de abril, FJ 2 y STEDH de 28 de marzo de 2000, Baranowski c. Polonia, § 51), y también se ha destacado, en lo que se refiere a la actividad legislativa, que la regulación de las situaciones que excepcionalmente habilitan a la privación de libertad debe abordarse por el legislador con la debida precisión para que exista una previsibilidad objetiva que dote de una razonable cer-

teza al ejercicio de dicho derecho, concluyendo que «la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5). Más contundente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que cuando se trata de una privación de libertad, es especialmente importante respetar el principio general de la seguridad jurídica, siendo esencial que las condiciones de la privación de libertad estén claramente definidas en la legislación para hacer previsible su aplicación y dar cumplimiento a la garantía legal establecida por el Convenio, que exige que toda legislación sea suficientemente accesible, precisa y previsible para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, permitiendo que el ciudadano —en su caso, con el oportuno asesoramiento jurídico— prevea, hasta un grado razonable conforme a las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto concreto (por todas, SSTEDH de 17 de diciembre de 2009, M. c. Alemania, § 90; y 8 de septiembre de 2011, Oshurko c. Ucrania, § 98).

Atendiendo a estos principios, y tal como defendí en la deliberación, hubiera sido preciso afrontar el análisis de la resolución judicial impugnada en su contexto normativo y teniendo en cuenta, además, las peculiaridades del caso para verificar si la regulación del cómputo de la redención de penas por el trabajo que dio lugar al nuevo criterio interpretativo era lo suficientemente accesible y precisa para que pudieran preverse de manera razonable por el ciudadano las consecuencias jurídicas de sus actos, lo que incluye no sólo la pena a imponer sino también, y por lo que ahora importa, la duración real y efectiva de la privación de libertad. A esos efectos, no cabe olvidar, que este Tribunal ha destacado el relevante papel de la jurisprudencia al servicio de la seguridad jurídica (muy recientemente en la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 3) y que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en ese papel destacando que está al servicio de disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta la evolución de la práctica cotidiana

(por todas, STEDH de 12 de febrero de 2008, Kafkaris c. Chipre, § 140).

3. Desde esta perspectiva de control, debe repararse en la circunstancia indubitada de que la aplicación realizada en las resoluciones judiciales sobre el cómputo de la redención de penas supone la ruptura de una inveterada jurisprudencia sobre el particular cuando, incluso, la normativa a interpretar ya ha sido derogada. Ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha reconocido en la primera resolución en que sostiene este cambio de criterio jurisprudencial —STS 197/2006, de 28 de febrero—, dictada diez años después de que los preceptos han sido derogados y se mantienen en vigor sólo en lo que resulta más favorable a los condenados, que durante toda la vigencia del Código penal de 1973 la interpretación jurisprudencial unánime e indiscutida de la normativa referida al cómputo de la redención de penas por el trabajo era que este beneficio penitenciario se abonaba a partir del máximo de cumplimiento efectivo de la pena y no respecto de cada una de las penas individualmente considerada. Esta circunstancia, además, es avalada tanto por el hecho de que también era una interpretación pacífica doctrinalmente, como por la realidad de que la Administración penitenciaria, aun cuando no hubiera todavía una decisión judicial concreta sobre ese particular, venía practicando el abono conforme a dicha interpretación.

Esta nueva interpretación, como ya he destacado anteriormente, no puede considerarse que incurra en ningún defecto de motivación de carácter constitucional y, probablemente, da una mejor respuesta tanto desde la perspectiva de la justicia material como de la político-criminal. Del mismo modo, cabe afirmar que ni el derecho a la libertad ni la vinculación de su garantía legal con el principio de seguridad jurídica imponen la petrificación de una determinada interpretación del derecho. Sin embargo, asumiendo desde una lectura del art. 17.1 CE la posibilidad de este cambio de criterio jurisprudencial, hay un límite insalvable para poder aceptar su constitucionalidad. La decisión sobre el modo en que ha de computarse el abono de la redención de pena por el trabajo era exclusivamente del legislador, que no lo modificó hasta aprobar una

nueva norma con posterioridad a los hechos en que trae su origen el presente asunto pudiendo haberlo hecho. A esos efectos, la nueva redacción dada al art. 78 CP 1995 y la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, justificando la reforma operada en dicho precepto, son suficientemente concluyentes de que, cuando el legislador así lo decidió, hizo expreso ese nuevo criterio de cómputo. Es más, siendo una de las novedades del Código penal de 1995 posibilitar que el cómputo de los beneficios penitenciarios pudiera realizarse sobre la totalidad de las penas impuestas establece su carácter potestativo y siempre condicionado a la concurrencia de determinados requisitos (art. 78 CP 1995).

En este contexto, el desarrollo legislativo, sumado a la circunstancia de que la normativa interpretada ya estaba derogada —y, por tanto, la capacidad de influencia del legislador sobre ella estaba anulada— y que, además, era de aplicación residual sólo a los efectos que eran más beneficiosos a los condenados, no cabe admitir una interpretación y aplicación de una previsión normativa, que, por mucho que pueda encontrar un encaje desde parámetros interpretativos de legalidad ordinaria, resulta, atendiendo a las peculiaridades ya reseñadas que plantea este caso, absolutamente sorpresiva e imprevisible. En última instancia, una interpretación de estas características, supone negar la primacía del derecho a la libertad como garantía contra la privación —en este caso, prolongación— arbitraria de la libertad.

Pero además, partiendo de la premisa de que el derecho a la libertad impone como mandato al legislador que regule las instituciones que afectan a este derecho con el grado de determinación y certeza suficiente para evitar que se genere inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva, no resulta tampoco asumible, desde parámetros de calidad de la ley, una normativa que, por no haber previsto expresamente el modo de cómputo del abono de la redención de penas por el trabajo, ha permitido una normal subsunción y convivencia de dos interpretaciones con unos efectos tan absolutamente divergentes respecto del *quantum* de la privación de libertad.

Estos razonamientos y no el sostenido por la mayoría son los que deberían haber sido determinantes para otorgar el amparo en este recurso, así como en el resto de recursos de amparo que planteaban idéntica cuestión sobre la aplicación de esta nueva doctrina de cómputo de los beneficios penitenciarios.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE
FORMULA LA MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA
BATARRITA A LA SENTENCIA DICTADA
EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 4893-2006
AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO
DON LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ

Con el mayor respeto y consideración que me merece el parecer del Pleno, y haciendo uso de la facultad prevista en el apartado 2 del art. 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), formulo Voto concurrente de conformidad con el fallo de la Sentencia que declara la lesión de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad, pero discrepante en la fundamentación que conduce a rechazar alguna de las quejas planteadas por el recurrente que a mi juicio debieran haberse acogido como principal sustento constitucional del amparo.

1. Mi discrepancia básica se refiere a la insuficiente fundamentación que ofrece la Sentencia para rechazar la alegación sobre la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal *ex* art. 25.1 CE, queja que a mi juicio debiera haberse estimado en base a los argumentos que mantuve en la deliberación en el Pleno. En la conculcación de la legalidad penal se condensa la afectación nuclear a la seguridad jurídica y a la garantía reforzada de certeza en la interpretación y aplicación de las leyes penales, que en este caso deriva en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE).

La cuestión central del presente recurso reside en la aplicación por la resolución judicial impugnada de una interpretación desfavorable del art. 70.2 del Código penal (CP) de 1973 que quiebra el pacífico entendimiento mantenido hasta entonces, y que desencadena una prolongación efectiva del periodo de cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuyo calado obliga, a mi juicio, a analizar con el debido de-

tenimiento la adecuación constitucional de los argumentos aducidos para justificar tal inopinado cambio de criterio. Más aún cuando la nueva interpretación se utiliza para revisar los criterios de cómputo del cumplimiento de una condena que se encuentra en fase de ejecución y a la que se venía aplicando la regla general prevista en el art. 100 CP 1973 de reducción de penas por el trabajo. Tal retroacción remueve la situación jurídica previamente conformada y las fundadas expectativas jurídicas acordes al entendimiento incontrovertido de la normativa aplicable. Un cambio de las «reglas de juego» en la contabilización del cumplimiento de la condena que difícilmente podrá superar el test de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias punitivas previstas en la ley en relación a un elemento tan importante como la efectiva duración de la privación de libertad que comporta la condena.

La resolución que se impugna en el presente recurso confirma la providencia que ordenaba aplicar la nueva interpretación desfavorable del concepto de «cumplimiento» expresado en la STS 197/2006, de 28 de febrero, porque, dice, se trata de «una mera ejecución de lo acordado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo». Mera «ejecución» [sic] de una interpretación sostenida en otro procedimiento ajeno y muy posterior al del recurrente, diez años después del Auto de acumulación en el que se aplicaba el referido art. 70.2 en la causa cuyo amparo hemos resuelto. El hecho de que el Auto de la Audiencia Nacional que aquí se impugna se refiera como único fundamento a lo establecido en la STS 197/2006, que debe «ejecutarse» [sic] en el presente caso, hace necesario que tengamos que valorar la fundamentación contenida en aquella resolución, atendiendo a los parámetros constitucionales que nos conciernen.

2. La clarificación de los problemas que plantea el presente amparo, requiere algunas precisiones previas sobre las peculiaridades del antiguo Código penal en materia de cumplimiento de condenas, a fin de poder avanzar en el razonamiento sobre los déficits constitucionales de la controvertida interpretación y sobre su incidencia en la garantía de la seguridad jurídica y en el principio de separación de poderes, que también se proyectan como limitación a la

interpretación judicial de la ley en observancia del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE.

En primer lugar, debemos recordar que el tenor literal del art. 100 CP 1973 decía textualmente:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a pena de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación por el Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para acceder a la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebranten la condena o intentaran quebrantarla, aunque no logren su propósito. 2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

Lo dispuesto en el precepto transcrito constituye una singularidad propia del sistema penal español desde 1944, que se mantuvo hasta la entrada en vigor del nuevo código de 1995, y que todavía proyecta su efecto sobre el cumplimiento de las penas impuestas por delitos cometidos antes de esa fecha. Su origen en la posguerra explica en buena parte su finalidad pragmática de permitir el acortamiento de las penas con el fin de reducir la alta densidad de población penitenciaria y, a la vez, poder aprovechar oportunamente una mano de obra barata. Al aprobarse el texto refundido del Código penal de 1973 se mantiene el precepto en los mismos términos, ajustando su fundamentación a nuevos parámetros más acordes con la finalidad preventivo-especial de reinserción social de los penados, finalidad que la Constitución de 1978 eleva a rango de principio informador del cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE). De forma reiterada nuestra doctrina ha vinculado el fundamento material del art. 100 a dicho principio (entre muchas otras, STC 72/1994, de 3 de marzo, FJ 4).

En definitiva, durante varias décadas se mantuvo una institución que consagraba una

ficción jurídica de contundente eficacia para el acortamiento del periodo de cumplimiento de la pena, por más que a la vez produjera una patente anomalía semántica: la imposición de una pena de seis años —por ejemplo— equivalía a un castigo de cuatro años de prisión, pasados los cuales realizando un trabajo u ocupación aceptada a tales efectos, se tenían por cumplidos los seis años de prisión fijados en Sentencia. Ficción de cumplimiento que, por voluntad del legislador, desencadenaba de forma plena las consecuencias jurídicas propias de la extinción de la pena, aunque *de facto* hubiera quedado acortada en un tercio de su valor nominal.

En el marco del Código penal de 1973 la ausencia de dudas sobre la operatividad general de la redención por el trabajo implicaba la asunción natural de la constante diferenciación entre la duración nominal y la duración real de la pena, lo que formaba parte del cálculo que podía efectuar el Juez para adecuar la respuesta punitiva al delito en cuestión, y generaba una expectativa en el condenado, fundada en un parámetro consolidado de cómputo, sobre el tiempo real de la condena. Esa diferencia entre duración nominal y duración efectiva se proyectaba asimismo de forma incuestionada sobre las previsiones recogidas en el art. 70.2 de aquel Código, como queda documentado constantemente en la práctica penitenciaria y en su reflejo jurisprudencial, así como en las propias disposiciones transitorias del Código penal de 1995 relativas a la revisión de las condenas, y en circulares y directrices referidas a la aplicación de éstas.

El carácter preceptivo del abono del tiempo redimido por trabajo, que se proclama con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida, indica que estamos ante una institución de rasgos bien diferenciados respecto a otras instituciones que también se agrupan genéricamente como «beneficios penitenciarios» —régimen abierto, libertad condicional, permisos de

salida— y a los que se puede acceder durante el cumplimiento de la condena y que conllevan una suavización de la intensidad del control de la privación de libertad. El efecto de la redención de penas por el trabajo no se plasma, sin embargo, en una suavización de las condiciones de cumplimiento, sino en la notable reducción o acortamiento del tiempo necesario para extinguir jurídicamente la pena impuesta.

El disfrute de la redención de penas por el trabajo no está condicionado a una concesión facultativa del Juez de vigilancia o del Juez sentenciador, ni depende de la concurrencia de otro requisito distinto al de encontrarse cumpliendo pena de prisión, ni de una evolución positiva del del comportamiento del sujeto o de su régimen penitenciario, ni de pronósticos de peligrosidad. No necesita «merecerse» y únicamente puede ser denegada en los dos supuestos de exclusión previstos en el art. 100 (intento de fuga, reiterado mal comportamiento); pero aun en estos supuestos, según nuestra doctrina no puede ser revocada la redención obtenida hasta entonces ya que no se trata de un «beneficio condicional» (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 5). La redención por el trabajo se sitúa como criterio de obligado acatamiento *ope legis*, como parámetro ineludible que predetermina la forma de cálculo de los días que se cumplen a efectos jurídicos definitivos. Éste, y no otro, es el aspecto que ahora interesa porque no estamos ante una queja sobre un eventual error o falta de contabilización de determinados trabajos o de parte del tiempo ya redimido, sino ante una queja por la exclusión de plano de la redención en el ámbito del art. 70.2 CP 1973. En suma, la cuestión crucial no es la verificación de cómo se han aplicado unas «reglas de juego», en este caso respecto al cómputo de la pena durante la ejecución de ésta, sino si tales «reglas de juego» estaban ya establecidas como punto de partida y, por tanto, no podían modificarse.

Sentencia 40/2012 del TC, de 29 de marzo

Ponente: **Don Eugeni Gay Montalvo**

Resumen: **Refundición de condenas. «Doctrina Parot»**

Recurso de Amparo: **n.º 5560/2006**

Artículos: **25 CE y 73, 75 y 76 Código Penal**

Refundición de condenas. «Doctrina Parot». En esta segunda sentencia relativa a la denominada «doctrina Parot» se entra ya en los argumentos que llevan al Tribunal Constitucional a ratificarla, denegando en consecuencia el amparo; en particular, se extiende sobre el problema de los cambios jurisprudenciales en contra del reo y su aplicación retroactiva. Recogemos también los votos particulares discrepantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Despejados tanto los óbices procesales como esta primera queja, en los restantes motivos se denuncia —como ya anticipamos— desde diversas perspectivas constitucionales la cuestión de fondo, esto es, la aplicación al presente caso de un nuevo criterio jurisprudencial en la interpretación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973, y concordantes del reglamento penitenciario, en relación con el cómputo de la redención de penas por trabajo. Frente al criterio anteriormente aplicado, conforme al cual los días redimidos por trabajo se descontaban del límite máximo de cumplimiento una vez operada la refundición o acumulación de condenas, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero, estableció que el beneficio de la redención de penas por el trabajo consagrado en el art. 100 CP 1973 ha de aplicarse no a ese máximo de cumplimiento, sino a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, de modo que la forma de cumplimiento de la condena total se producirá del siguiente modo: «se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo a la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones impuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la

extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante» (fundamento jurídico cuarto). Un cambio de doctrina cuya aplicación al presente caso por la Audiencia Nacional implica que, si bien conforme al cómputo de las redenciones de penas por trabajo aplicado hasta ese momento, el recurrente habría extinguido ya su condena y debería haber obtenido la libertad el día 14 de junio 2006 (según se desprende de la propuesta de licenciamiento definitivo enviada inicialmente por el centro penitenciario al órgano judicial), en aplicación del nuevo criterio la pena no se extinguiría hasta el día 19 de septiembre de 2018.

El recurrente entiende que de ello se deriva la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14); del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) —desde la doble perspectiva de la ilegitimidad del nuevo criterio interpretativo y la aplicación retroactiva de una ley desfavorable—; del derecho a la libertad (art. 17 CE); y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad. A la vista de lo cual, hemos de comenzar precisando cuáles son los derechos fundamentales en juego y cuál ha de ser nuestro parámetro de enjuiciamiento en esta materia. No obstante, con carácter previo, conviene aclarar que no es objeto del presente recurso de amparo la Sentencia 197/2006, de 28 de febrero, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino que nuestro examen se ha de limitar

a la consideración de la respuesta judicial que, para el caso concreto, se contiene en las resoluciones recurridas en las que se acuerda la aplicación del criterio de cómputo de las redenciones establecido con carácter previo por la citada STS 197/1996.

6. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. En esa misma línea —y en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH, de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, Hogben contra Reino Unido, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, Gurguchiani c. España, § 31, afirma que «la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y

el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7».

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003, precepto en el que el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador «podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas» (art. 78.1 CP). Y, en relación a supuestos de acumulación de varias penas especialmente graves se establece la obligatoriedad de realizar ese cómputo referido a la totalidad de las penas impuestas; preceptividad que, sin embargo, admite algunas excepciones (art. 78.2 y 3 del Código penal actual). Ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha redención desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9).

Los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución han de ser

analizados desde otras perspectivas, una de las cuales es, sin duda, la del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Sin embargo, tampoco en el presente caso puede apreciarse una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE. Como señala el Abogado del Estado, dado que en el presente caso no se impugna la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996, sino un Auto y dos providencias de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, no cabe entrar a examinar en el presente procedimiento si aquella Sentencia del Tribunal Supremo se ha apartado o no de sus precedentes vulnerando el art. 14 CE. Y por lo que respecta a las resoluciones impugnadas, dictadas por la Audiencia Nacional, se limitan a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando el cambio de criterio en el cómputo de las redenciones de penas por el trabajo, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad, precisamente en la aplicación de esa doctrina del Tribunal Supremo. No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2).

7. Llegados a este punto, hemos de recordar que no es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria y, en lo que aquí interesa, que no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso el art. 70 en relación con el art. 100 CP 1973, y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 CE corresponden en exclusiva a los órganos judiciales (STC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2; en el mismo sentido, 237/1998, de 14 de diciembre, FJ 3; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3). Nuestra función se limita a examinar tales decisiones, desde

la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, cuyo contenido se constituye en límite a la actuación judicial.

En dicho examen nuestra jurisprudencia ha puesto de relieve que la redención de penas por el trabajo afecta directamente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17 CE, ya que el periodo de privación de la misma depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 CP 1973 (SSTC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 4; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 186/2003, de 27 de octubre, FJ 6; y 76/2004, de 26 de abril, FJ 5). Un precepto según el cual «se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de vigilancia, un día por cada dos de trabajo», practicándose el abono periódicamente, a propuesta de los centros penitenciarios, por los Jueces de vigilancia, y siendo tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de la liquidación de condena (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 2).

Igualmente hemos afirmado que su reconocimiento está inspirado en el art. 25.2 CE y se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad (STC 72/1994, de 3 de marzo, FJ 4). Y si bien es cierto que el art. 25.2 CE no consagra ningún derecho fundamental susceptible de amparo, sí contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria y un principio interpretativo de las normas relativas a la imposición y cumplimiento de las penas privativas de libertad, constitucionalmente consagrados (entre otras, SSTC 88/1998, de 21 de abril, FJ 3; 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; ATC 279/2000, de 29 de noviembre, FJ 4).

Por otra parte, y dado que el derecho reconocido en el art. 17.1 CE permite la privación de libertad sólo «en los casos y en las formas previstos por la Ley», también hemos afirmado que no puede excluirse que se vulnere este derecho como consecuencia de la forma de ejecución de la condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, por inobservancia de las disposiciones legales respecto al cumplimiento sucesivo o en su caso refundido de las distintas condenas que pudiera reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto

que suponga un alargamiento ilegítimo de dicha permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad (SSTC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2, y 130/1996, de 9 de julio, FJ 2). En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado también que se produjo la vulneración del derecho a la libertad, consagrado en el art. 5 del Convenio, en un supuesto en el que se constató el cumplimiento de una pena de prisión más larga de la «que debería haberle sido impuesta de acuerdo con el sistema jurídico nacional y teniendo en cuenta los beneficios a los que tenía derecho. El exceso del tiempo pasado en prisión no podría, por tanto, considerarse como una privación legal de acuerdo con el Convenio» (STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 45).

En consecuencia, nuestro examen se limitará a analizar si la respuesta judicial obtenida por el recurrente en las resoluciones de la Audiencia Nacional que se impugnan en el presente procedimiento de amparo vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y como consecuencia de ello su derecho a la libertad (art. 17.1 CE), lo que —según se argumenta en los motivos de amparo tercero y sexto, fundamentalmente— habría sucedido al aplicar un nuevo criterio de cómputo de la redención de penas por el trabajo que ignora la existencia de una legítima expectativa, fundada en la previa actuación de la administración penitenciaria y en resoluciones judiciales firmes e intangibles, de obtener el licenciamiento definitivo, y por tanto ser puesto en libertad, el día 14 de junio de 2006. El Ministerio Fiscal también entiende concurrentes estas vulneraciones.

8. Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa

juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4. En tal sentido hemos dicho que «[n]o se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquella. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto» (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

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

rada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial «resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión», pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5). (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON EUGENI GAY MONTALVO
RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN
EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 5560-2006
AVOCADO AL PLENO

Con profundo respeto a la decisión mayoritaria debo explicitar mi desacuerdo con los fundamentos y el fallo de la presente Sentencia, de la que he sido Ponente y es en esa condición en la que recojo en ella una opinión mayoritaria contraria a mi criterio. En cuanto a los motivos de mi desacuerdo me remito a la opinión discrepante que he dejado expresada en el recurso de amparo avocado núm. 7325-2006, donde razono mi convencimiento de que en este asunto se han vulnerado los derechos fundamentales reconocidos al recurrente por los arts. 17.1 y 25.1 CE, lo que debería haber llevado a este Tribunal a otorgar el amparo solicitado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA
BATARRITA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL
RECURSO DE AMPARO NÚM. 5560-2006

Con el mayor respeto y consideración que merece el parecer del Pleno, y haciendo uso de

la facultad prevista en el apartado 2 del art. 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional formulo Voto particular manifestando mi discrepancia con el fallo de la Sentencia y con la fundamentación de la misma respecto al rechazo de alguna de las quejas planteadas por el recurrente, que a mi juicio debieran haberse acogido para sustentar la estimación del amparo.

1. Mi discrepancia básica se refiere a la insuficiente fundamentación que ofrece la Sentencia para rechazar la alegación sobre la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal *ex* art. 25.1 CE, queja que a mi juicio debiera haberse estimado en base a los argumentos que mantuve en la deliberación en el Pleno. En la conculcación de la legalidad penal se condensa la afectación nuclear a la seguridad jurídica y a la garantía reforzada de certeza en la interpretación y aplicación de las leyes penales, que en este caso deriva en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE).

La cuestión central del presente recurso reside en la aplicación por la resolución judicial impugnada de una interpretación desfavorable del art. 70.2 del Código penal (CP) de 1973 que quiebra el pacífico entendimiento mantenido hasta entonces, y que desencadena una prolongación efectiva del periodo de cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuyo calado obliga, a mi juicio, a analizar con el debido detenimiento la adecuación constitucional de los argumentos aducidos para justificar tal inopinado cambio de criterio. Más aún cuando la nueva interpretación se utiliza para revisar los criterios de cómputo del cumplimiento de una condena que se encuentra en fase de ejecución y a la que se venía aplicando la regla general prevista en el art. 100 CP 1973 de reducción de penas por el trabajo. Tal retroacción remueve la situación jurídica previamente conformada y las fundadas expectativas jurídicas acordes al entendimiento incontrovertido de la normativa aplicable. Un cambio de las «reglas de juego» en la contabilización del cumplimiento de la condena que difícilmente podrá superar el test de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias punitivas previstas en la ley en relación a un elemento tan importante como la efectiva duración de la privación de libertad que comporta la condena.

El objeto de análisis del presente recurso reside en la aplicación de la nueva interpretación desfavorable del concepto de «cumplimiento de la condena» del art. 70.2 CP 1973 adoptada en la STS 197/2006, de 28 de febrero, dictada en un procedimiento ajeno al del recurrente, y que debemos examinar atendiendo a los parámetros constitucionales que nos conciernen.

2. La clarificación de los problemas que plantea el presente amparo, requiere algunas precisiones previas sobre las peculiaridades del antiguo Código penal en materia de cumplimiento de condenas, a fin de poder avanzar en el razonamiento sobre los déficit constitucionales de la controvertida interpretación y sobre su incidencia en la garantía de la seguridad jurídica y en el principio de separación de poderes, que también se proyectan como limitación a la interpretación judicial de la ley en observancia del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE.

En primer lugar, debemos recordar que el tenor literal del art. 100 CP 1973 decía textualmente:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a pena de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación por el Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para acceder a la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad. No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebranten la condena o intentaran quebrantarla, aunque no logren su propósito. 2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

Lo dispuesto en el precepto transcrito constituye una singularidad propia del sistema penal español desde 1944, que se mantuvo hasta la entrada en vigor del nuevo código de 1995, y que todavía proyecta su efecto sobre el cumplimiento de las penas impuestas por delitos cometidos antes de esa fecha. Su origen en la posguerra explica en buena parte su finalidad pragmática de permitir el acortamiento de las penas con el fin de

reducir la alta densidad de población penitenciaria y, a la vez, poder aprovechar oportunamente una mano de obra barata. Al aprobarse el texto refundido del Código penal de 1973 se mantiene el precepto en los mismos términos, ajustando su fundamentación a nuevos parámetros más acordes con la finalidad preventivo-especial de reinserción social de los penados, finalidad que la Constitución de 1978 eleva a rango de principio informador del cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE). De forma reiterada nuestra doctrina ha vinculado el fundamento material del art. 100 a dicho principio (entre muchas otras, STC 72/1994, de 3 de marzo, FJ 4).

En definitiva, durante varias décadas se mantuvo una institución que consagraba una ficción jurídica de contundente eficacia para el acortamiento del periodo de cumplimiento de la pena, por más que a la vez produjera una patente anomalía semántica: la imposición de una pena de seis años —por ejemplo— equivalía a un castigo de cuatro años de prisión, pasados los cuales realizando un trabajo u ocupación aceptada a tales efectos, se tenían por cumplidos los seis años de prisión fijados en sentencia. Ficción de cumplimiento que, por voluntad del legislador, desencadenaba de forma plena las consecuencias jurídicas propias de la extinción de la pena, aunque *de facto* hubiera quedado acortada en un tercio de su valor nominal.

En el marco del Código penal de 1973 la ausencia de dudas sobre la operatividad general de la redención por el trabajo implicaba la asunción natural de la constante diferenciación entre la duración nominal y la duración real de la pena, lo que formaba parte del cálculo que podía efectuar el Juez para adecuar la respuesta punitiva al delito en cuestión, y generaba una expectativa en el condenado, fundada en un parámetro consolidado de cómputo, sobre el tiempo real de la condena. Esa diferencia entre duración nominal y duración efectiva se proyectaba asimismo de forma incuestionada sobre las previsiones recogidas en el art. 70.2 de aquel Código, como queda documentado constantemente en la práctica penitenciaria y en su reflejo jurisprudencial, así como en las propias disposiciones transitorias del Código penal de 1995 relativas a la revisión de las condenas, y en circulares y directrices referidas a la aplicación de éstas.

El carácter preceptivo del abono del tiempo redimido por trabajo, que se proclama con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida, indica que estamos ante una institución de rasgos bien diferenciados respecto a otras instituciones que también se agrupan genéricamente como «beneficios penitenciarios» —régimen abierto, libertad condicional, permisos de salida— y a los que se puede acceder durante el cumplimiento de la condena y que conllevan una suavización de la intensidad del control de la privación de libertad. El efecto de la redención de penas por el trabajo no se plasma, sin embargo, en una suavización de las condiciones de cumplimiento, sino en la notable reducción o acortamiento del tiempo necesario para extinguir jurídicamente la pena impuesta.

El disfrute de la redención de penas por el trabajo no está condicionado a una concesión facultativa del Juez de vigilancia o del Juez sentenciador, ni depende de la concurrencia de otro requisito distinto al de encontrarse cumpliendo pena de prisión, ni de una evolución positiva del comportamiento del sujeto o de su régimen penitenciario, ni de pronósticos de peligrosidad. No necesita «merecerse» y únicamente puede ser denegada en los dos supuestos de exclusión previstos en el art. 100 (intento de fuga, reiterado mal comportamiento); pero aun en estos supuestos, según nuestra doctrina no puede ser revocada la redención obtenida hasta entonces ya que no se trata de un «beneficio condicional» (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 5). La redención por el trabajo se sitúa como criterio de obligado acatamiento *ope legis*, como parámetro ineludible que predetermina la forma de cálculo de los días que se cumplen a efectos jurídicos definitivos. Éste, y no otro, es el aspecto que ahora interesa porque no estamos ante una queja sobre un eventual error o falta de contabilización de determinados trabajos o de parte del tiempo ya redimido, sino ante una queja por la exclusión de plano de la redención en el ámbito del art. 70.2 CP 1973. En suma, la cuestión crucial no es la verificación de cómo se han aplicado unas «reglas de juego», en este caso respecto al cómputo de la pena durante la ejecución de ésta, sino si tales «reglas de juego» estaban ya establecidas como punto de partida y, por tanto, no podían modificarse.

La posibilidad de redimir por trabajo no se conforma como un premio o consecuencia derivada de un mérito previo, sino como una alternativa que la ley ofrece al recluso de acogerse a una vía de cumplimiento reducido de la pena, de manera que si aquél opta por el sistema que se le propone de «acortamiento» de la duración de la pena, el efecto de la redención por los días de trabajo resulta perfectamente predecible con un alto grado de certeza. El carácter previo de las reglas de cómputo es inherente a las exigencias propias de un Estado de Derecho, como protección frente a la arbitrariedad y la incertidumbre que resultarían de la ausencia de criterio anunciado, cierto y seguro, características sustanciales asociadas al derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Como queda acertadamente reflejado en nuestra Sentencia de forma detallada, este Tribunal ha mantenido de forma constante una doctrina celosa de la seguridad jurídica en las numerosas resoluciones dictadas en materia de redención de penas por el trabajo, declarando la intangibilidad de los reconocimientos de los días redimidos por trabajo aun ante supuestos errores detectados con posterioridad (STC 174/1989, de 30 de octubre), y el mantenimiento del tiempo de redención consolidada incluso para acortar las penas impuestas conforme al nuevo Código de 1995 por resultar más favorables (STC 31/1999, de 8 de marzo).

3. La cuestión aquí debatida, la constitucionalidad de un cambio de criterio sobre los parámetros que marcan la contabilidad del cumplimiento de las penas, debe analizarse atendiendo al fundamento material del derecho consagrado en el art. 25.1 CE porque tal cambio de criterio altera de forma sustancial la previsión racionalmente fundada sobre la duración efectiva de la pena que la persona condenada pudo establecer al comenzar su ejecución. El acceso al conocimiento seguro de la duración de la pena, su previsibilidad conforme a las pautas vigentes no sólo en el momento de aplicación de la ley sino en el de los hechos enjuiciados, son elementos que pertenecen al núcleo del derecho fundamental a la ley previa, cierta, precisa, tanto respecto a los delitos como respecto a las consecuencias punitivas correspondientes. Y en el

contexto de las singularidades del Código penal de 1973 este conocimiento cierto debe abarcar no solo el límite nominal del *quantum* de dicho cumplimiento sino también su traducción correspondiente en un límite efectivo de menor duración por el acortamiento derivado del abono del tiempo redimido por trabajo conforme a las reglas del art. 100.

La Sentencia cita varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en apoyo de la ubicación de la redención de penas por el trabajo fuera del ámbito de tutela del art. 25.1 CE, pero tales resoluciones se refieren a beneficios penitenciarios de distinto y menor alcance que el que ahora tratamos, como antes he puesto de relieve. Además no se da debida cuenta de la existencia de otras resoluciones más matizadas que reconocen la dificultad de establecer la frontera entre pena y medidas de ejecución de la misma, y que expresamente rehúyen de formalismos apriorísticos (STEDH de 15 de diciembre de 2009, Gurguchiani c. España, § 31; STEDH de 12 de febrero de 2008, Kafkaris c. Chipre, § 142). Precisamente los hechos del asunto Kafkaris contra Chipre presentan cierta semejanza con los que subyacen a la presente demanda de amparo puesto que se trataba de un cambio de interpretación del alcance real de la pena de prisión perpetua, pena que, pese a su denominación, según un determinado reglamen-

to penitenciario implicaba una prisión de veinte años. El recurrente fue condenado a prisión perpetua pero al ingresar en prisión se le informó del alcandil de la pena conforme a aquel reglamento penitenciario, donde constaba la fecha de acceso a la libertad condicional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en este caso que la cuestión residía en determinar «si el texto de la ley, leído a la luz de la jurisprudencia interpretativa emanada al respecto, satisfacía los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad». Igualmente estableció que el conocimiento y la aplicación de los reglamentos penitenciarios en aquella situación no era un asunto de mera ejecución de la pena, y que aunque la pena nominalmente impuesta era la misma que la que entonces se sometía a cumplimiento conforme a la nueva interpretación, aunque no se tratara de una imposición retroactiva de una pena más severa, el problema residía en la falta de «calidad de la ley». Falta de calidad de la ley que se aprecia porque en el momento de comisión del delito el derecho penal chipriota, tomado en su conjunto, no estaba formulado con la suficiente precisión como para permitir al recurrente discernir de forma razonable, acorde con las circunstancias, incluso con el asesoramiento apropiado, «el alcance de la pena de prisión perpetua y la forma de su ejecución», por lo que se declara la conculcación del art. 7 del Convenio a este respecto (§ 150).

Sentencia 41/2012 del TC, de 29 de marzo

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

Resumen: **Refundición de condenas. «Doctrina Parot»**

Recurso de Amparo: n.º 7325/2006

Artículos: 25 CE y 73, 75 y 76 Código Penal

Refundición de condenas. «Doctrina Parot». En esta sentencia se reproducen los argumentos en la STC 40/2012 para denegar el amparo, pero encontramos nuevos argumentos contrarios a dicho pronunciamiento en los votos particulares discrepantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. En primer lugar, hemos de destacar que no nos encontramos en el ámbito propio del dere-

cho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos pro-

bados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, en la que se cuestiona la forma de computar la redención de penas por el trabajo ya reconocida, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena ya impuesta, en la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, por más que sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, caso Hogben c. Reino Unido, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, caso Gurguchiani c. España, § 31, afirma que «la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7».

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003. En dicho precepto el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador «podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación

en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas» (art. 78.1 CP), criterio que deviene obligatorio cuando se trata de penas especialmente graves aunque, no obstante, se prevean algunas excepciones que deberá valorar el Juez de vigilancia penitenciaria (art. 78.2 y 3 del Código penal vigente).

Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas, aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha posibilidad desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, viene a coincidir con el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero que el Tribunal Supremo ha considerado era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 y el art. 988 LECrim. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carece de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9), supuesto que no se da en el caso analizado.

Los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución sí pueden ser cuestionados desde otras perspectivas. Una de ellas, alegada en la demanda de amparo, tiene que ver con el contenido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede apreciarse en el presente caso la vulneración denunciada. Como señalan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, las resoluciones impugnadas, dictadas por la Audiencia Nacional, se limitan a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando razonadamente el cambio de criterio sobre la forma de cómputo

to de las redenciones de penas por el trabajo en penas acumuladas, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2).

A lo que hay que añadir que para hacer el juicio de igualdad no es válido el término de comparación postulado en la demanda en la que se alega en ésta que un coimputado en la misma causa, condenado a las mismas penas, obtuvo el licenciamiento definitivo el 26 de enero de 2006, pues dicha fecha es anterior en el tiempo a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 de febrero, que fue, precisamente, la que estableció el cambio de criterio que sirve como fundamento de la diferente aplicación de la ley que se cuestiona. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON EUGENI GAY MONTALVO
RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN
EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 7325-2006
AVOCADO AL PLENO

Con profundo respeto a la decisión mayoritaria, pero para ser coherente con la posición que he mantenido en el Pleno, y en ejercicio de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular discrepante en los términos que paso a exponer:

1. Mi primera discrepancia radica en que la Sentencia de la mayoría no aborda la perspectiva, alegada por el recurrente y por el Ministerio Fiscal, del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

En efecto, se limita a decir, en su fundamento jurídico 4, que el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE no comprende las vicisitudes acaecidas en la ejecución de una pena privativa de libertad, lo que le lleva a concluir que «de todo lo expuesto se colli-

ge también, por razones atinentes al principio de legalidad, que el demandante no ha sido privado de su libertad personal en supuestos distintos de los establecidos en la ley penal, lo que descarta la alegada vulneración del art. 17 CE».

La propia Sentencia, sin embargo, reconoce que el derecho a la libertad tiene un contenido no coincidente con el principio de legalidad penal *ex art. 25.1 CE* cuando dice en ese mismo fundamento jurídico que «[e]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena ya impuesta, en la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, por más que sí pueden afectar al derecho a la libertad».

Desde esta perspectiva, me parece evidente, como tempranamente dijo este Tribunal en la STC 11/1987, de 30 de enero, FJ 2, que «la posibilidad de que se aplique a las penas que le han sido infligidas en distintas causas la limitación del art. 70.2 del C.P. afecta a un derecho fundamental cual es el de la libertad personal (art. 17 de la Constitución)», pues el periodo de privación de la misma está en función, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 CP 1973 (SSTC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 4; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 186/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 76/2004, de 26 de abril, FJ 5). En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun habiendo negado cualquier afectación de la legalidad penal *ex art. 7.1 Convenio europeo* para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), declaró la vulneración del derecho a la libertad consagrado en el art. 5 del Convenio en un supuesto en el que se constató el cumplimiento de una pena de prisión más larga de la «que debería haberle sido impuesta de acuerdo con el sistema jurídico nacional y teniendo en cuenta los beneficios a los que tenía derecho. El exceso del tiempo pasado en prisión no podría, por tanto, considerarse como una privación legal de acuerdo con el Convenio» (STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 45).

Esto por sí solo habría hecho necesario que la mayoría se pronunciase de un modo específico

sobre la conformidad con el art. 17.1 CE de la interpretación de los arts. 70.2 y 100 del Código penal de 1973 que late en las resoluciones judiciales contra las que se dirige este recurso de amparo. Es cierto que no es función del Tribunal Constitucional determinar cuál sea la interpretación preferible cuando son posibles, dentro de la Constitución, distintas interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria, y entre ellas pueda identificarse alguna que acaso hubiera respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales (por todas, SSTC 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; 211/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 103/2003, de 2 de junio, FJ 3; 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4; y 65/2011, de 16 de mayo, FJ 2), pero también lo es que, cuando puede afectarse a la integridad de un derecho sustantivo, sobre todo cuando éste protege valores constitucionales tan trascendentes como el derecho a la libertad, el control confiado a este Tribunal exige que verifique, más allá de razonabilidad externa de la argumentación judicial, que ésta «se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican cada concreta institución» (por todas, STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 4).

Pues bien, el razonamiento que sustenta las resoluciones judiciales impugnadas, que no es otro que el expresado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, está informado por completo por un principio jurídico completamente ajeno al Código penal de 1973. Así, el legislador del Código penal de 1973, en su función de fijar los casos y la forma en que es posible la privación de libertad de una persona, llevó a cabo una ponderación de los valores constitucionales en presencia según la que, en los términos previstos en los 70.2 y 100 CP, el condenado podía cumplir su pena, además de mediante los días de estancia en prisión, realizando actividades que se consideraban favorables para su rehabilitación. La mejor prueba de que esto era así es que, años después, considerando conveniente organizar el cumplimiento de las penas con arreglo a otra ponderación, el propio legislador aprobó otros textos normativos (Código penal de 1995 y Ley

Orgánica 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) cuya regulación respondía a un principio completamente diferente que la segunda de esas normas incorporó a su título.

De este modo, en mi opinión, la interpretación que en dichas resoluciones judiciales se hace de los arts. 70.2 y 100 de ese cuerpo legal, al no reflejar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y la norma que le sirve de fundamento, que entonces era el Código penal de 1973, es abiertamente contraria al derecho a la libertad (art. 17 CE) en tanto implica un alargamiento en el período de privación de libertad que no estaba previsto en la ley aplicable, y que en consecuencia nunca efectuó el Tribunal Supremo, por lo que la previsibilidad de su jurisprudencia iba íntimamente ligada, como no podía ser de otra manera, a esas previsiones de la Ley penal.

No desvirtúa lo expuesto en este primer apartado el argumento consistente en que la interpretación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 que aquí se reputa inconstitucional no desconoce el papel de las redenciones en el cumplimiento de las penas, solamente que lo refiere a la totalidad de las penas y no al límite de cumplimiento máximo. Este argumento, que conduce inexorablemente a que las redenciones legalmente previstas no tengan ningún valor redentor efectivo, se aproxima a la carencia absoluta de lógica y, en todo caso, no se compadece con la lógica institucional del cumplimiento de las penas.

2. Tampoco comparto que la cuestión planteada en este recurso de amparo quede fuera del ámbito propio de la legalidad penal *ex* art. 25.1 CE. La mayoría considera que así es porque de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento no se deriva ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. Y añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STE-DH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 51, y el caso Hogben contra Reino Unido, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242) viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena ya impuesta, en

la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio.

A mi juicio, por el contrario, la aplicación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 que, ajustándose a la interpretación de los mismos derivada de la citada STS 197/2006, de 28 de febrero, hacen las resoluciones impugnadas conduce a que el recurrente, sumando los días reales de privación de libertad a aquéllos otros que la ley reputa cumplidos por otros motivos, supere con creces el máximo de cumplimiento legalmente previsto en treinta años, de modo que, precisamente con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la mayoría adopta como *ratio decidendi*, el derecho a la legalidad penal proyecta aquí todos sus efectos.

Partiendo de nuestra reiterada doctrina (iniciada con la STC 137/1997, de 21 de julio), según la que el principio de legalidad penal proscribía la imposición de cualquier infracción o sanción que, por no estar previamente establecida en la norma aplicable, constituya una sorpresa para el destinatario, y dado que en mi opinión, por los motivos expresados en el punto anterior y por el contexto jurídico que expondremos en el apartado siguiente, las decisiones judiciales impugnadas interpretan y aplican los arts. 70.2 y 100 CP 1973 en un sentido que es completamente imprevisible para el recurrente, no me cabe duda que éstas, además de vulnerar el art. 17.1 CE, son también lesivas de su derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE.3.

En fin, una tercera discrepancia con la mayoría versa sobre el tratamiento que la Sentencia hace del efecto de intangibilidad predicable de las resoluciones judiciales dictadas previamente en la ejecutoria, en particular del Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 1996, en el que se acordó, conforme a las disposiciones transitorias del nuevo Código penal de 1995, que no procedía revisar las penas impuestas al recurrente.

Constituye repetida doctrina de este Tribunal (por todas, STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4) que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia.

Y es de la máxima importancia tener presente que, para delimitar a los efectos de esta dimensión del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo decidido por una resolución judicial, «resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión», pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen *ratio decidendi* de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

Pues bien, aunque el Auto de revisión de 30 de mayo de 1996 no lo diga expresamente, el motivo determinante de que no proceda la revisión de la condena es que la pena impuesta conforme al Código penal de 1973, debido a la disminución que suponen las redenciones legalmente establecidas, sería más favorable a la que resultaría de aplicar a los mismos hechos el Código penal de 1995, pues éste no contemplaba redención alguna.

Así, sin excepción, los tribunales de justicia cuando entró en vigor el Código penal de 1995, tanto al enjuiciar los casos pendientes en ese momento, como en el trámite de revisión de las condenas en curso de ejecución para determinar la Ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado por jurisprudencia ni por la doctrina, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla segunda del art. 70 del CP 1973 tendría que incidir la redención

de penas por el trabajo. Es más, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró que, para hacer el estudio comparativo de las penas a ejecutar y así determinar el código más favorable en cada caso, habían de tenerse en cuenta las deducciones del tiempo sumado de redención por el trabajo (cfr. los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de 18 de julio 1996 y 12 de febrero de 1999).

Entiendo, por todo lo expuesto, que el Auto de revisión de 30 de mayo de 1996 fijaba como criterio, que además era el fundamento de su fallo, que el recurrente cumpliría las penas impuestas, o mejor dicho el máximo legal de treinta años pues la totalidad de aquéllas lo excedía, sumando a los días de estancia efectiva en prisión los otros días que por otras razones la ley reputa como de cumplimiento efectivo. Y no constituye obstáculo a esta consideración que falte su mención expresa en el Auto, dado que resulta de un modo indiscutible del contexto fáctico, pues de ningún otro modo puede ser más favorable el Código penal de 1973 respecto del de 1995, y lo que es más importante del contexto jurisdiccional, pues todos los tribunales ordinarios, siguiendo los citados acuerdos alcanzados en Plenos no jurisdiccionales de Sala Segunda del Tribunal Supremo, aplicaban este criterio.

Cierto es que las ejecutorias son cauces procesales flexibles y que ello hace que no se pueda predicar de ellas el efecto de intangibilidad en los mismos términos que respecto de otras resoluciones jurisdiccionales, pero ello solo es así en la medida que las circunstancias del caso están en continua evolución, pero no respecto de un criterio general de configuración del cumplimiento de la pena al que no afecta la evolución de las coyunturas fácticas del condenado.

En consecuencia, por las razones aquí expuestas, considero que la Sentencia debiera haber estimado el recurso de amparo.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA DOÑA ELISA PÉREZ VERA
RESPECTO DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE
ESTE TRIBUNAL DICTADA EN EL RECURSO DE
AMPARO NÚM. 7325-2006

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia, me siento en

la obligación de ejercitar frente a él la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC, con el fin de reflejar fielmente la posición que mantuve en la deliberación del Pleno, expresando a través de este Voto mi discrepancia con el fallo y, en parte, con los argumentos que lo sustentan.

Ante todo, debo dejar constancia de que comparto, con la mayoría de Magistrados que ha apoyado la Sentencia, que procede rechazar los óbices de admisibilidad planteados por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Igualmente, considero que han de desestimarse las quejas referidas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho a un recurso efectivo y a la segunda instancia penal (art. 24.1 y 2 CE). También entiendo con la mayoría que no pueden compartirse las quejas del recurrente en relación con la supuesta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y del principio de legalidad penal —desde la doble perspectiva de la ilegitimidad del nuevo criterio interpretativo y la aplicación retroactiva de una ley desfavorable (art. 25.1 CE)—, ambos puestos en relación con su derecho a la libertad personal (art. 17 CE), dado que se trata del cumplimiento de una pena de prisión. Por último, en esta línea de coincidencias, asumo el tratamiento que recibe el principio de la intangibilidad inherente a las resoluciones judiciales firmes.

De tal forma, los límites de mi discrepancia quedan reducidos a la aplicación que del principio de la intangibilidad de las resoluciones judiciales se hace en el caso concreto, de modo específico en el fundamento jurídico 9.c) de la Sentencia, en el que se descarta que tenga tal efecto el Auto de 30 de mayo de 1996, sobre la procedencia o improcedencia de la revisión de la pena, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995. En efecto, se dice en la Sentencia que «ni en el fallo de dicha resolución se realiza pronunciamiento alguno acerca del criterio de cómputo de las redenciones (porque no era éste su objeto), ni de su fundamentación jurídica antes transcrita en relación con los antecedentes de hecho puede concluirse que la decisión de no revisar las condenas se sustentara en un determinado criterio de cómputo de las redenciones que resulte determinante o decisivo para considerar

o no más favorable el Código penal de 1973» (fundamento jurídico noveno).

Tal es el entendimiento, que no puedo compartir, del Auto de revisión que en la decisión del Pleno conduce a la desestimación del recurso de amparo en este extremo. Creo, en efecto, que para llegar a la conclusión a la que se llega en el citado Auto —que no ha lugar a la revisión de la Sentencia condenatoria—, ha de estarse al contenido de su razonamiento jurídico primero, según el cual «debe entenderse, como consecuencia de la desaparición en el nuevo Código de la redención de pena por trabajo y por la necesidad de aplicación de las normas completas de uno u otro Código (aplicación no fragmentaria de normas prevista en la DT 2.^a), que tampoco procederá la revisión cuando la antigua pena por aplicación de los beneficios penitenciarios del art. 100 del C.P. vigente y normas complementarias equivalga en términos de cumplimiento real a una pena que también sea imponible, es decir que se encuentre dentro del ámbito punitivo que establezca la nueva norma».

Consideraciones que han de ponerse en relación con las circunstancias del caso que muestran que el recurrente fue condenado a cinco penas privativas de libertad —cada una de ellas inferior a veinte años— de acuerdo con el Código penal de 1973, acordando la propia Sentencia condenatoria que en el cumplimiento de éstas su duración no podría exceder de treinta años. Pues bien, en tales circunstancias, en principio, en aplicación del Código penal de 1995, al demandante le hubiese correspondido una privación de libertad máxima de veinticinco años *ex art. 76.1*, sin duda más favorable en sí misma que el límite de treinta años fijado en Sentencia, de conformidad con el Código anterior.

Por tanto, si el Auto de 30 de mayo de 1966 decide que no procede la revisión, «como consecuencia de la desaparición en el nuevo Código de la redención de pena por trabajo», ésta es su *ratio decidendi*, la que hace que resulte más beneficioso el cumplimiento máximo de treinta años, fijados según el Código penal de 1973 con las redenciones pertinentes, respecto del período máximo a tenor del Código penal de 1995. Por tanto, entiendo que este motivo de queja debería haberse estimado y, en consecuencia, haberse

otorgado el amparo solicitado (al igual que en los recursos de amparo núms. 7991-2006, 1403-2007, 4627-2009 y 4169-2010, en que los Autos denegatorios de la revisión de la condena tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 se pronuncian en idénticos términos a los aquí examinados). Y es que, el sistema de garantías constitucionales derivadas del principio de intangibilidad no consiente que, declarado por un Auto firme un período máximo de cumplimiento de prisión en aplicación del Código penal de 1973, inferior al período alternativo de veinticinco del Código penal de 1995, el primer período acabe extendiéndose por una decisión judicial posterior al máximo de treinta años.

En el presente caso, además, la interpretación sostenida en este Voto se encontraría avallada por el Auto de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2009 por el que la Sala de lo Penal acuerda revisar la condena impuesta al recurrente por aplicación del Código penal de 1995, al considerar que «es obvio que si en 1996 el penado hubiera podido prever esta doctrina [se refiere a la doctrina fijada en la STS 197/2006] hubiera elegido, y la Sala lo hubiera autorizado, la revisión de la sentencia», al corresponder en el nuevo Código un máximo de cumplimiento inferior al fijado en aplicación del Código penal de 1973. Argumento al que no obsta la posterior revocación de esta resolución por STS de 25 de noviembre de 2009 que, sin cuestionar tal planteamiento, entiende que la Audiencia Nacional incurrió en error «al establecer los términos comparativos de uno y otro texto», considerando que la aplicación del Código penal de 1995 hubiera conducido también a un cumplimiento máximo de treinta años. Y es que, en lo que aquí interesa, en el Auto de 29 de abril resulta incuestionable que la propia Audiencia Nacional ha realizado una lectura de aquél en que se denegó la revisión, en virtud del análisis global previsto en la disposición transitoria quinta, que sitúa la razón de decidir en un determinado modo de aplicar la redención de penas por el trabajo. Y es esa decisión la que, una vez que alcanzó firmeza, no autorizaba una distinta interpretación peyorativa contra reo.

En suma, estas son las razones que expuse en el Pleno y que me condujeron a votar en

contra de la Sentencia frente a la que formulo el presente Voto particular.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA BATARRITA
A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO
DE AMPARO NÚM. 7325-2006

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, expreso mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el presente recurso de amparo remitiéndome a lo ya manifestado en el Voto particular que formulé a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5560-2006.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE
EL MAGISTRADO DON LUIS IGNACIO ORTEGA
ÁLVAREZ CON RELACIÓN A LA SENTENCIA
DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO ABOGADO
AL PLENO NÚM. 7325-2006

1. Respetando el criterio de la mayoría de este Tribunal, el Magistrado que suscribe entiende que sí existió en el caso de autos una vulneración del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y por tanto una vulneración de los derechos del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE).

Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurran las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta

dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4. En tal sentido hemos dicho que «No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto» (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

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

Sentencia 47/2012 del TC, de 29 de marzo

Ponente: **Don Pablo Pérez Tremps**

Resumen: **Refundición de condenas. «Doctrina Parot»**

Recurso de Amparo: n.º **10718/2006**

Artículos: **25 CE y 73, 75 y 76 Código Penal**

Refundición de condenas. «Doctrina Parot». Reiterando la doctrina expresada en las SSTC 40 a 46, destaca en ésta la introducción de nuevos argumentos en contra de dicho criterio en el voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. En esa misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 7.1 del Convenio, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de julio de 2003, *Grava c. Italia*, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, *Hogben c. Reino Unido*, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, De-

cisiones e informes [DR] 46, páginas 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, *Gurguchiani c. España*, § 31, afirma que «la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del artículo 7».

También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del artículo 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003, precepto en el que el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador «podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas» (art. 78.1 CP). Y, en relación a supuestos de acumulación de varias penas especialmente graves se establece la obligatoriedad de realizar ese cómputo referido a la totalidad de las penas impuestas; preceptividad que, sin embargo, admite algunas excepciones (art. 78.2 y 3 del Código penal actual). Ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroacti-

vamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha redención desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el artículo 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los artículos 70.2 y 100 CP 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el artículo 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9).

Los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución han de ser analizados desde otras perspectivas, una de las cuales es, sin duda, la del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Sin embargo, tampoco en el presente caso puede apreciarse una vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE. Como señala el Ministerio Fiscal, la resolución dictada por la Audiencia Nacional se limita a aplicar la doctrina sentada con anterioridad por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando el cambio de criterio en el cómputo de las redenciones de penas por el trabajo, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad, precisamente en aplicación de esa doctrina. El Tribunal Supremo, por su parte, al confirmar el Auto de la Audiencia Nacional se remite también al criterio sentado en su Sentencia anterior, que es a la que en realidad se está imputando la vulneración del artículo 14 CE, pero que no es objeto de enjuiciamiento en el presente proceso de amparo como señalamos anteriormente. Por tanto, en el presente caso no puede apreciarse ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el

órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2). (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON PABLO PÉREZ TREMPES
A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO
DE AMPARO AVOCADO NÚM. 10718-2006

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros del Pleno debo manifestar mi discrepancia con el fallo alcanzado en este asunto, manifestación que dejo patente en tanto que soy Ponente de la presente Sentencia y, en dicha condición, recojo en ella una opinión mayoritaria contraria a mi criterio. En cuanto a las razones sustantivas de mi discrepancia basta con remitirme a la opinión concurrente dictada en el recurso de amparo avocado núm. 4893-2006, donde ya expuse el razonamiento por el que concluyo que, en asuntos como el presente, ha existido una vulneración del artículo 17.1 CE que debería haber conducido al otorgamiento del amparo solicitado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA BATARRITA
A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO
DE AMPARO NÚM. 10718-2006

Con el mayor respeto y consideración que me merece el parecer del Pleno, y haciendo uso de la facultad prevista en el apartado 2 del artículo 90 LOTC, formulo Voto particular manifestando mi discrepancia con el fallo de la Sentencia y con la fundamentación de la misma respecto a alguna de las quejas planteadas por el recurrente, que a mi juicio debieran haberse acogido para sustentar la estimación del amparo.

1. Mi discrepancia básica se refiere a la insuficiente fundamentación que ofrece la Sentencia para rechazar la alegación sobre la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal *ex art.* 25.1 CE, queja que a mi juicio debiera haberse estimado en base a los argumentos que

mantuve en la deliberación en el Pleno. En la conculcación de la legalidad penal se condensa la afectación nuclear a la seguridad jurídica y a la garantía reforzada de certeza en la interpretación y aplicación de las leyes penales, que en este caso deriva en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE).

La cuestión central del presente recurso reside en la aplicación por la resolución judicial impugnada de una interpretación desfavorable del artículo 70.2 del Código penal (CP) de 1973 que quiebra el pacífico entendimiento mantenido hasta entonces, y que desencadena una prolongación efectiva del periodo de cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuyo calado obliga, a mi juicio, a analizar con el debido detenimiento la adecuación constitucional de los argumentos aducidos para justificar tal inopinado cambio de criterio. Un cambio de las «reglas de juego» en la contabilización del cumplimiento de la condena que difícilmente podrá superar el test de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias punitivas previstas en la ley en relación a un elemento tan importante como la efectiva duración de la privación de libertad que comporta la condena.

El objeto de análisis del presente recurso reside en la aplicación de la nueva interpretación desfavorable del concepto de «cumplimiento de la condena» del artículo 70.2 CP 1973 adoptada en la STS 197/2006, de 28 de febrero, dictada en un procedimiento ajeno al del recurrente, y que debemos examinar atendiendo a los parámetros constitucionales que nos conciernen.

2. La clarificación de los problemas que plantea el presente amparo, requiere algunas precisiones previas sobre las peculiaridades del antiguo Código penal en materia de cumplimiento de condenas, a fin de poder avanzar en el razonamiento sobre los déficits constitucionales de la controvertida interpretación y sobre su incidencia en la garantía de la seguridad jurídica y en el principio de separación de poderes, que también se proyectan como limitación a la interpretación judicial de la ley en observancia del derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE.

En primer lugar, debemos recordar que el tenor literal del artículo 100 CP 1973 decía textualmente:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a pena de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación por el Juez de vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para acceder a la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebranten la condena o intentaran quebrantarla, aunque no logren su propósito. 2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

Lo dispuesto en el precepto transcrito constituye una singularidad propia del sistema penal español desde 1944, que se mantuvo hasta la entrada en vigor del nuevo código de 1995, y que todavía proyecta su efecto sobre el cumplimiento de las penas impuestas por delitos cometidos antes de esa fecha. Su origen en la posguerra explica en buena parte su finalidad pragmática de permitir el acortamiento de las penas con el fin de reducir la alta densidad de población penitenciaria y, a la vez, poder aprovechar oportunamente una mano de obra barata. Al aprobarse el texto refundido del Código penal de 1973 se mantiene el precepto en los mismos términos, ajustando su fundamentación a nuevos parámetros más acordes con la finalidad preventivo-especial de reinserción social de los penados, finalidad que la Constitución de 1978 eleva a rango de principio informador del cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE). De forma reiterada nuestra doctrina ha vinculado el fundamento material del art. 100 a dicho principio (entre muchas otras, STC 72/1994, de 3 de marzo, FJ 4).

En definitiva, durante varias décadas se mantuvo una institución que consagraba una ficción jurídica de contundente eficacia para el acortamiento del periodo de cumplimiento de la pena, por más que a la vez produjera una patente anomalía semántica: la imposición de una pena de seis años —por ejemplo— equivalía a un castigo de cuatro años de prisión, pasados los

cuales realizando un trabajo u ocupación aceptada a tales efectos, se tenían por cumplidos los seis años de prisión fijados en sentencia. Ficción de cumplimiento que, por voluntad del legislador, desencadenaba de forma plena las consecuencias jurídicas propias de la extinción de la pena, aunque de facto hubiera quedado acortada en un tercio de su valor nominal.

En el marco del Código penal de 1973 la ausencia de dudas sobre la operatividad general de la redención por el trabajo implicaba la asunción natural de la constante diferenciación entre la duración nominal y la duración real de la pena, lo que formaba parte del cálculo que podía efectuar el Juez para adecuar la respuesta punitiva al delito en cuestión, y generaba una expectativa en el condenado, fundada en un parámetro consolidado de cómputo, sobre el tiempo real de la condena. Esa diferencia entre duración nominal y duración efectiva se proyectaba asimismo de forma incuestionada sobre las previsiones recogidas en el artículo 70.2 de aquel Código, como queda documentado constantemente en la práctica penitenciaria y en su reflejo jurisprudencial, así como en las propias disposiciones transitorias del Código penal de 1995 relativas a la revisión de las condenas, y en circulares y directrices referidas a la aplicación de éstas.

El carácter preceptivo del abono del tiempo redimido por trabajo, que se proclama con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida, indica que estamos ante una institución de rasgos bien diferenciados respecto a otras instituciones que también se agrupan genéricamente como «beneficios penitenciarios» —régimen abierto, libertad condicional, permisos de salida— y a los que se puede acceder durante el cumplimiento de la condena y que conllevan una suavización de la intensidad del control de la privación de libertad. El efecto de la redención de penas por el trabajo no se plasma, sin embargo, en una suavización de las condiciones de cumplimiento, sino en la notable reducción o acortamiento del tiempo necesario para extinguir jurídicamente la pena impuesta.

El disfrute de la redención de penas por el trabajo no está condicionado a una concesión facultativa del Juez de vigilancia o del Juez sentenciador, ni depende de la concurrencia de otro

requisito distinto al de encontrarse cumpliendo pena de prisión, ni de una evolución positiva del comportamiento del sujeto o de su régimen penitenciario, ni de pronósticos de peligrosidad. No necesita «merecerse» y únicamente puede ser denegada en los dos supuestos de exclusión previstos en el artículo 100 (intento de fuga, reiterado mal comportamiento); pero aún en estos supuestos, según nuestra doctrina no puede ser revocada la redención obtenida hasta entonces ya que no se trata de un «beneficio condicional» (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 5). La redención por el trabajo se sitúa como criterio de obligado acatamiento *ope legis*, como parámetro ineludible que predetermina la forma de cálculo de los días que se cumplen a efectos jurídicos definitivos. Éste, y no otro, es el aspecto que ahora interesa porque no estamos ante una queja sobre un eventual error o falta de contabilización de determinados trabajos o de parte del tiempo ya redimido, sino ante una queja por la exclusión de plano de la redención en el ámbito del artículo 70.2 CP 1973. En suma, la cuestión crucial no es la verificación de cómo se han aplicado unas «reglas de juego», en este caso respecto al cómputo de la pena durante la ejecución de ésta, sino si tales «reglas de juego» estaban ya establecidas normativamente en el momento de los hechos.

La posibilidad de redimir por trabajo no se conforma como un premio o consecuencia derivada de un mérito previo, sino como una alternativa que la ley ofrece al recluso de acogerse a una vía de cumplimiento reducido de la pena, de manera que si aquél opta por el sistema que se le propone de «acortamiento» de la duración de la pena, el efecto de la redención por los días de trabajo resulta perfectamente predecible con un alto grado de certeza. El carácter previo de las reglas de cómputo es inherente a las exigencias propias de un Estado de Derecho, como protección frente a la arbitrariedad y la incertidumbre que resultarían de la ausencia de criterio anunciado, cierto y seguro, características sustanciales asociadas al derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Como queda acertadamente reflejado en nuestra Sentencia de forma detallada, este Tribunal ha mantenido de forma constante una

doctrina celosa de la seguridad jurídica en las numerosas resoluciones dictadas en materia de redención de penas por el trabajo, declarando la intangibilidad de los reconocimientos de los días redimidos por trabajo aun ante supuestos errores detectados con posterioridad (STC 174/1989, de 30 de octubre), y el mantenimiento del tiempo de redención consolidada incluso para acortar las penas impuestas conforme al nuevo código de 1995 por resultar más favorables (STC 31/1999, de 8 de marzo).

3. La cuestión aquí debatida, la constitucionalidad de un cambio de criterio sobre los parámetros que marcan la contabilidad del cumplimiento de las penas, debe analizarse atendiendo al fundamento material del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE porque tal cambio de criterio altera de forma sustancial la previsión racionalmente fundada sobre la duración efectiva de la pena que la persona condenada pudo establecer al comenzar su ejecución. El acceso al conocimiento seguro de la duración de la pena, su previsibilidad conforme a las pautas vigentes no sólo en el momento de aplicación de la ley sino en el de los hechos enjuiciados, son elementos que pertenecen al núcleo del derecho fundamental a la ley previa, cierta, precisa, tanto respecto a los delitos como respecto a las consecuencias punitivas correspondientes. Y en el contexto de las singularidades del Código penal de 1973 este conocimiento cierto debe abarcar no solo el límite nominal del *quantum* de dicho cumplimiento sino también su traducción correspondiente en un límite efectivo de menor duración por el acortamiento derivado del abono del tiempo redimido por trabajo conforme a las reglas del artículo 100.

La Sentencia cita varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en apoyo de la ubicación de la redención de penas por el trabajo fuera del ámbito de tutela del artículo 25.1 CE, pero tales resoluciones se refieren a beneficios penitenciarios de distinto y menor alcance que el que ahora tratamos, como antes he puesto de relieve. Además no se da debida cuenta de la existencia de otras resoluciones más matizadas que reconocen la dificultad de establecer la frontera entre pena y medidas de ejecución de la misma, y que expresamente rehúyen de

formalismos apriorísticos (STEDH de 15 de diciembre de 2009, Gurguchiani c. España, § 31; STEDH de 12 de febrero de 2008, Kafkaris c. Chipre, § 142). Precisamente los hechos del asunto Kafkaris contra Chipre presentan cierta semejanza con los que subyacen a la presente demanda de amparo puesto que se trataba de un cambio de interpretación del alcance real de la pena de prisión perpetua, pena que, pese a su denominación, según un determinado reglamento penitenciario implicaba una prisión de veinte años. El recurrente fue condenado a prisión perpetua pero al ingresar en prisión se le informó del alcance de la pena conforme a aquel reglamento penitenciario, donde constaba la fecha de acceso a la libertad condicional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en este caso que la cuestión residía en determinar «si el texto de la ley, leído a la luz de la jurisprudencia interpretativa emanada al respecto, satisfacía los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad». Igualmente estableció que el conocimiento y la aplicación de los reglamentos penitenciarios en aquella situación no era un asunto de mera ejecución de la pena, y que aunque la pena nominalmente impuesta era la misma que la que entonces se sometía a cumplimiento conforme a la nueva interpretación, aunque no se tratara de una imposición retroactiva de una pena más severa, el problema residía en la falta de «calidad de la ley». Falta de calidad de la ley que se aprecia porque en el momento de comisión del delito el Derecho penal chipriota, tomado en su conjunto, no estaba formulado con la suficiente precisión como para permitir al recurrente discernir de forma razonable, acorde con las circunstancias, incluso con el asesoramiento apropiado, «el alcance de la pena de prisión perpetua y la forma de su ejecución», por lo que se declara la conculcación del artículo 7 del Convenio a este respecto (§ 150).

Es cierto que la cuestión que nosotros examinamos no afecta a la duración de una pena concreta correspondiente a un delito, sino a la duración del límite máximo de cumplimiento fijado para la concurrencia de varias penas pendientes de cumplir, conforme a la técnica conocida como «acumulación jurídica de penas» que en el Código penal de 1973 quedaba concretada en las previsiones de su artículo 70.2. Este es el

precepto cuya interpretación se modifica en la STS 197/2006, y cuyo tenor establecía que:

«Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes:

1.^a En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido.

2.^a No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo porque se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». (Cursiva añadida).

Ese límite se refiere al tiempo de privación de libertad en el que queda finalmente individualizado el castigo por el conjunto de los varios delitos cometidos, por lo que no puede negarse que dicho límite fija la referencia para el correspondiente cumplimiento.

Una duración que recorta y reduce sustancialmente el tiempo que supondría la suma de las penas por separado y que, por tanto, sustituye a esta suma y conforma la consecuencia punitiva que se traslada al conocimiento del ciudadano y sobre la que opera después la institución de la redención. En el contexto del Código penal de 1973 ello significaba que ese *quantum* de los treinta años de condena quedaba convertido ope legis, de no concurrir determinadas incidencias en la ejecución como mal comportamiento o intento de fuga, en 20 años de cumplimiento efectivo. Por ello, la interpretación que debemos analizar desde los parámetros de constitucionalidad es la que ha alterado esta previsibilidad respecto al cumplimiento efectivo, al excluir la operatividad de la redención de penas por el

trabajo sobre aquel límite nominal, con el consiguiente reflejo penológico en la duración del período de tiempo de privación de libertad.

Ciertamente, un precepto penal cuyo tenor literal permitiera acoger dos interpretaciones tan dispares en cuanto a sus efectos penológicos no reuniría las condiciones requeridas de calidad normativa, que derivan de la garantía constitucional de la legalidad penal.

4. La consagración constitucional de la legalidad penal como derecho fundamental enfatiza el mandato de determinación y de taxatividad en el campo de la punición estatal como correlato del principio de la seguridad jurídica y como reflejo de la separación de poderes que diferencia las funciones del legislador en la creación de las normas y del juzgador en la aplicación de éstas, garantías básicas del Estado de Derecho.

La redoblada exigencia de claridad y precisión de las leyes penales se extiende a la interpretación de éstas a través de la aplicación judicial, como operación que fija su alcance y significado de forma coherente con el sentido de los preceptos legales, de manera que ambos planos se complementan para garantizar la previsibilidad del alcance de la norma y de sus consecuencias punitivas. Complementariedad que se convierte en inescindible cuando nos encontramos ante un criterio de aplicación consolidado de forma permanente y prolongado en el tiempo. Evidentemente el cambio de interpretación es siempre posible por el carácter dinámico de la jurisprudencia y su necesaria adaptación a nuevos supuestos de hechos, pero cuanto más consolidada se encuentre una determinada interpretación, mayores cautelas deberán observarse a la hora de su modificación, y más intensa deberá ser la fundamentación en que se apoye para que continúe resultando predecible y acorde con las pautas hermenéuticas aceptadas por la comunidad jurídica (en esta línea, en cuanto a la exigencia de previsibilidad, la reciente STEDH de 6 de marzo de 2012, Huhtamäki c. Finlandia).

Como acertadamente se señala en la Sentencia, no es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria, tarea que corresponde, en última instancia, *ex art.* 123 CE al Tribunal Supremo, pero no podemos eludir el

análisis de los aspectos que pueden comprometer los derechos fundamentales cuya tutela nos compete especialmente. Expresado en términos de la STC 91/2009, de 20 de abril, recogiendo la línea de nuestra doctrina, «[d]e un modo mucho más restringido, y con la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales desde los citados parámetros de razonabilidad semántica, metodológica y axiológica» (FJ 6).

En la cuestión que ahora nos concierne respecto a la interpretación realizada en la STS 197/2006, pues a ella remiten las resoluciones judiciales impugnadas como único argumento de lo decidido, lo primero que debe clarificarse es dónde reside el giro interpretativo desencadenante de la agravación punitiva cuya legitimidad se cuestiona. Y en este punto es necesario destacar que la citada Sentencia introduce dos modificaciones respecto al cómputo de la redención de penas de trabajo en relación al límite máximo de cumplimiento fijado en el artículo 70.2 CP 1973. Una de ellas carece de relevancia constitucional porque se refiere al orden sucesivo del cumplimiento de las varias penas impuestas a la persona condenada, lo que en principio no es más que una cuestión de carácter técnico-funcional de proyección sobre el régimen penitenciario y que en sí misma no afectaría al tiempo efectivo de privación de libertad. La segunda modificación es la realmente decisiva porque introduce un requisito adicional en relación con el límite de tiempo total de condena establecido en el art. 70.2, diciendo expresamente en su fundamento jurídico 4 que «tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario» (cursiva añadida).

La extensa argumentación que la Sentencia del Tribunal Supremo dedica a rechazar que el límite máximo constituya una «pena única» solo se entiende porque en su lógica explicativa considera necesario atribuir un distinto sentido conceptual al término «condena» respecto al término «pena», a fin de excluir el abono de los días redimidos por trabajo del tiempo máximo de «condena». Y de esa manera pretende eludir

las posibles objeciones a la exclusión del beneficio general previsto en el artículo 100, ya que éste no quedaría teóricamente excluido al abonarse el tiempo redimido a cada pena por separado a lo largo de su cumplimiento sucesivo hasta llegar a aquel límite, aun cuando de hecho ese abono no tenga efecto práctico alguno si la suma supera los cuarenta y cinco años.

El examen de la nueva interpretación desde los cánones constitucionales debe quedar reducido, por tanto, a la adición de la exigencia de cumplimiento «en centro penitenciario», o lo que es su correlato, a la introducción de dos conceptos distintos de «cumplimiento» dentro del mismo precepto, el artículo 70.2, uno aplicable al «cumplimiento de condena» y otro que se corresponde con el concepto general de «cumplimiento de la pena» incluyendo la redención de penas por trabajo. De lo que deriva que el cumplimiento de varias penas plenamente extinguidas a efectos jurídico-penales llegará a sumar cuarenta y cinco años nominales de pena de privación de libertad impuesta en sentencia, que son los que se corresponderían con treinta años efectivos en prisión (treinta años en prisión más quince años de tiempo «redimido» por trabajo).

5. La distinción referida no sería artificiosa si pudiera contar con algún sustento en el propio Código penal o en otra norma aplicable al caso, que permitiera sostener que «condena» y «pena» aluden a dos realidades distintas en el sentido pretendido, o que entre «cumplimiento de una pena» y «cumplimiento de la condena del culpable» pudiera haber alguna diferencia sustancial.

Desde el canon del sentido literal posible del término «cumplimiento», en nuestro caso, lo único que literalmente puede constatarse es que el artículo 70.2 no incluye una referencia a que ese máximo de cumplimiento deba ser «en centro penitenciario», referencia que resultaría obligada para excepcionar la proyección general de la redención de penas por trabajo en el Código penal de 1973. El sentido literal común de lo que significa cumplir una pena de prisión no puede operar aquí como canon de interpretación porque estamos ante un término acotado normativamente, que incluso la persona profana sabe que requiere ser matizado por lo que puedan

disponer las leyes. Ahora bien, lo que el canon de interpretación debe garantizar es que no se altere el sentido literal posible en perjuicio del reo, de manera que no se dé cabida a una intervención punitiva imprevisible conforme a los datos accesibles al conocimiento del ciudadano, asesorado en su caso por una persona experta.

Desde una interpretación sistemática, especialmente relevante en la interpretación jurídica, la peculiaridad en el cumplimiento de las penas de prisión bajo el Código penal de 1973, por la proyección de las reglas del art. 100, no resulta alterada en la normativa de la época en ningún momento, no pudiéndose hallar ninguna indicación o matización explícita que permita su restricción. Las previsiones relativas al denominado concurso ideal de delitos también acogen supuestos de acumulación de delitos y penas cuya suma puede superar con creces el límite allí fijado como pena única agravada (en el Código penal de 1973, art. 71), sin que se vislumbre ninguna razón para excluir de este límite la aplicación del artículo 100. Resultaría poco congruente sistemáticamente que, pese a las similitudes de esta figura con la de acumulación jurídica del artículo 70.2, la exclusión de la redención de penas

operara selectivamente solo sobre una de ellas.

Desde la perspectiva teleológica o de fundamentación material, los argumentos de la STS 197/2006 no se refieren al sentido de la institución de la acumulación jurídica ni al de la redención de penas por trabajo, sino que, después de apelaciones genéricas a los fines de la pena, centran la atención en un principio que se declara debe presidir la interpretación de esta materia y que «residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española, ni resulta propiamente tampoco de la ley. En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor» (fundamento jurídico tercero).

Sentencia 97/2012 del TC, de 7 de mayo

Ponente: **Don Ramón Rodríguez Arribas**

Resumen: **Derecho a la tutela judicial efectiva. Citación defectuosa**

Recurso de Amparo: **n.º 2525/2011**

Artículos: **24 CE, 617 y 620 Código Penal, y 271, 796, 962 y 967 LECrim**

Lesiones y vejaciones injustas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de citación a juicio de faltas no practicada en forma (se realizó por telefonema) y omitiendo su calidad de imputada haciéndolo como mera perjudicada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Entrando ya en el fondo del asunto, la demandante de amparo imputa a la Sentencia recurrida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente de derecho a la defensa, en los términos antes ex-

puestos, es decir, alega que el pronunciamiento condenatorio contenido en la Sentencia dictada en el juicio de faltas inmediato núm. 139-2010 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas de Gran Canarias se produjo sin que haber tenido conocimiento del mismo por no haber sido debidamente citada a dicho juicio, negando

haber recibido la citación por telefonema y habiéndose visto privada por ello del derecho a ser oída y de ejercitar su defensa.

De las actuaciones correspondientes al juicio de faltas (...) se desprende que en la comisaría del distrito (...) como consecuencia de las denuncias cruzadas (...) el instructor del atestado acordó que todas las partes intervinieran en la doble condición de denunciadores-denunciadas (...), lo que determinó que a las tres implicadas se les practicaría diligencia de información de derechos en su doble condición de denunciante y denunciada, constando las respectivas actas de información de la denuncia y de los derechos al denunciado por faltas y de instrucción de derechos al perjudicado y ofendido practicadas a la actora en esa doble condición (...).

Al haberse instruido el atestado por los trámites establecidos para el enjuiciamiento inmediato de faltas, las citaciones para comparecer al acto del juicio ante el Juez de Instrucción (...) fueron practicadas por la policía según previene el art. 962 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), pero mientras que la citación para comparecer en el juicio rápido de faltas (...) fue practicada personalmente en el caso de doña María Teresa (...) y doña María Ángeles (...), la citación a la demandante de amparo fue practicada mediante telefonema (...) en la única calidad de «perjudicado» (...) sin que consten en el atestado las razones por las que su citación, a diferencia de la practicada con las otras dos implicadas, se realizó por telefonema y no personalmente a pesar de constar en la propia cédula su domicilio y su teléfono, ya que había comparecido anteriormente en la comisaría para presentar denuncia y prestar declaración.

Así pues, dos son los aspectos que deberemos someter a examen. En primer lugar, el hecho de haber sido citada la actora, no personalmente, sino mediante telefonema y, en segundo lugar, haberlo sido en calidad, únicamente, de perjudicada.

3. Para dilucidar la primera de las cuestiones —esto es, la validez de la citación realizada mediante telefonema— debemos partir de lo preceptuado por el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que «las notificaciones podrán practicarse por medio del co-

reo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las Leyes procesales». Ello nos remite directamente al art. 962 LECrim, que atribuye a la Policía judicial la citación ante el Juzgado de las partes en los procedimientos para el enjuiciamiento de faltas, preceptuando su apartado 2 que la información a la persona denunciada «se practicará en todo caso por escrito», si bien el art. 796.3 del mismo texto permite, en caso de urgencia, practicar las citaciones «por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta». Sin embargo, esta posibilidad, que aparece prevista únicamente para casos de urgencia dentro de la dinámica propia del juicio rápido, en ningún caso puede implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los así citados, como sucedería en el supuesto de que las citaciones realizadas por medios técnicos no permitiesen dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción. Este parece ser, por lo demás, el sentido del art. 152 de la Ley de enjuiciamiento civil —aplicable por mor de lo dispuesto en el art. 166 LECrim— cuando establece, en su apartado 1, que se tendrán por válidamente realizados los actos de comunicación «cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario»; y al prever, en su apartado 2, la posibilidad de que dichos actos se efectúen mediante cualquier medio técnico «que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado».

La exigencia legal de que el medio técnico utilizado permita dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción se corresponde, como hemos anticipado, con la ineludible necesidad, al entablar y proseguir los procesos judiciales, de una plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), para lo cual se hace necesaria una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal en cada una de las instancias del proceso, erigiéndose el régimen procesal de emplazamientos como un instrumento de capital importancia, ya que sólo mediante unas correctas citaciones y notificaciones a las par-

tes de los distintos actos que tienen lugar en el seno del procedimiento judicial cabrá garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio.

En este sentido la STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3, dejó sentado que el incumplimiento o deficiente realización de las prescripciones legales establecidas al respecto «comportará la ineficacia del acto de comunicación procesal en la medida en que se coloque al interesado en una situación de indefensión proscrita por el art. 24.1 CE, esto es, salvo que hubiese tenido conocimiento extraprocesal de su contenido o el incumplimiento fuese imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (...).

Más concretamente, en la STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 4, dijimos que «además de que la citación telefónica no esté prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal en los preceptos que regulan ésta (art. 175 en relación con el art. 166), respecto de tal forma de comunicar la doctrina de este Tribunal no se plantea su eventual imperfección (...) sino que afirma su inidoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales, a saber: la constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de lo que se ha procedido hasta ese momento y de lo que se va a proceder a continuación, en orden a que adopte las medidas que estime más convenientes para la defensa de sus intereses en sede jurisdiccional: en el caso de imputado, posición que correspondía al aquí recurrente, fundamentalmente para darle opción a preparar las medidas para su defensa. El legislador es perfectamente consciente de ello, como demuestra el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico “que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales” o, más recientemente, el art. 162 de la Ley de enjuiciamiento civil, cuando determina en la regulación dedicada a los actos de comunicación judicial

que, caso de disponer los órganos judiciales y los destinatarios de sus comunicaciones de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, podrán utilizarlos siempre que los mismos “permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”. No cumple tales exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más, por lo que tal medio en sí, reiterando lo que ya dijimos en las Sentencias antes aludidas al respecto, no puede considerarse idóneo para efectuar citaciones. Naturalmente ello sin perjuicio alguno de que, respecto del citado por tal vía que comparezca ante el órgano judicial, tal comparecencia conlleve las obligaciones y derechos subsiguientes a una citación correcta, en tanto en cuanto la comparecencia en sí comporta haberse dado por enterado de la comunicación que con él se pretendía». (...)

Descendiendo al presente caso, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el medio utilizado para la citación para el acto de juicio de faltas, según se desprende de la anotación manuscrita en la cedula de citación, fue el telefonema. Sin embargo, la recurrente, como antes se ha señalado, en su recurso de apelación negó haber recibido citación personal alguna para comparecer al juicio que se iba a celebrar. Resulta, en definitiva, que existe una cédula que señalaba el juicio en la que se indica que la actora fue citada mediante telefonema; que en la declaración de la denunciada y aquí solicitante de amparo se determinó una dirección detallada a efectos de notificaciones (identificando igualmente número telefónico); que pese a todo ello se procedió a una citación telefónica de la que no queda otra constancia que la mención «citada a juicio telefonema 2759/10 C.P. 56238» —sin que, por lo demás, conste acreditado en el atestado el motivo por el que la demandante de amparo no fue citada personalmente, a diferencia de la citación personal realizada a las otras dos denunciadas-denunciadas, ni la concurrencia de una situación de urgencia que justificará la utilización del telefonema para su citación—. Aunque el número 2759-2010 pudiera corresponderse con el asignado en el libro registro

de telefonemas de la respectiva comisaría, y la referencia «C.P. 56238» igualmente pudiera corresponderse con el número de agente que realizó la comunicación, sin embargo, lo cierto es que tales extremos no constan en el testimonio remitido, al no haberse acompañado copia del asiento del libro registro de telefonemas donde figuren más datos relativos a la comunicación de la citación realizada y sus posibles incidencias. De esta manera, lo practicado y aportado, por sí solo, no acredita de manera suficiente que realmente se realizase la citación en la persona indicada, ni que tal comunicación cumpliera las exigencias de contenido que determina la ley procesal aplicable, sobre todo, porque no queda una constancia indubitada en la misma que permita desvirtuar la rotunda negativa de su recepción por la destinataria de la comunicación con el indeseado resultado de que el juicio se celebrase sin su asistencia. En otras palabras, los únicos datos de constancia de la transmisión y recepción que aparecen manuscritos en el testimonio de la cédula de citación no sirven para acreditar de modo fehaciente la recepción de la misma por su destinataria ni el contenido de lo comunicado, lo que determina que la comunicación telefónica realizada no pueda considerarse como un medio idóneo para transmitir el contenido íntegro de la citación al juicio de faltas.

En estas condiciones, la conclusión, por tanto, no puede ser otra que la de que tal forma de proceder, aunque el telefonema fuera recibido efectivamente por la demandante en amparo, como parece en cédula, comportó la vulneración de las garantías del proceso e, inmediatamente derivado de ello, la de la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues entre las garantías propias del proceso ocupa un lugar esencial la citación. Por decirlo con términos ya utilizados en ocasión similar, en la STC 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 2: «por lo que se refiere, más en concreto, al juicio de faltas, este Tribunal ha subrayado en distintas resoluciones —SSTC 22/1987 y 141/1991— que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que la forma en que se realice

la citación garantice en la mayor medida posible que aquella ha llegado efectivamente a poder del destinatario, siendo esencial la recepción de la cédula por el destinatario y la constancia en las actuaciones».

4. Respecto al segundo aspecto a analizar —consistente, recuérdese, en constar en la citación dirigida a la actora su calidad, únicamente, de perjudicada—, debemos partir de la premisa de que el concreto acto de comunicación de la citación al juicio de faltas inmediato se produce en un tipo de proceso penal cuya tramitación se concentra en el único acto procesal del juicio al que la recurrente debía acudir, no sólo en calidad de denunciante sino también como denunciada con los medios de prueba que estimase necesarios para su defensa, pudiendo celebrarse incluso en su ausencia si estuviera debidamente citada. En este caso, la garantía del derecho de tutela judicial representada por la correcta realización de los actos de comunicación procesal, adquiere un carácter especialmente intenso al tratarse de un proceso penal. (...)

Pues bien, en el presente caso la obligación de «aseguramiento» de la posición procesal y del derecho de las partes a la defensa no ha sido cumplimentada de manera adecuada por el Juzgado de Instrucción porque la citación a la actora se formula en una posición procesal («perjudicada») que no era la que le correspondía («denunciada»), sin que conste que se le informase, ni verbalmente ni mucho menos por escrito, del concreto contenido de la denuncia y de las imputaciones que en ella se contenían —sin que se le facilitase copia de la denuncia presentada—, ni del derecho que le asistía de comparecer asistida de abogado en calidad de denunciada (como exigen los arts. 962.2 y 967.2 LECrim...). En definitiva, en la cédula de citación obrante en las actuaciones se cita a la demandante en calidad de «perjudicada» sin referencia expresa a su condición de denunciada y de los derechos correspondientes a esta condición por lo que, en cualquier caso, y con independencia de los defectos antes expuestos respecto del medio utilizado para comunicar la citación, lo cierto es que el contenido de la comunicación no puede entenderse que permitiese conocer a la demandante de amparo que también concurriría al acto

del juicio y sería enjuiciada en calidad de denunciada.

Partiendo del dato fáctico, y por tanto, incuestionable de que la recurrente en amparo fue erróneamente citada en calidad de perjudicada, y no, como correspondía, en calidad de denunciada, podemos llegar a colegir, en buena lógica, que la citación —además de no haber sido realizada «en forma», en contra de lo que consideró la Audiencia Provincial al desestimar el recurso de apelación interpuesto— tampoco contenía un «fondo material» que se adecuase a la realidad procesal y que proporcionase a la parte un conocimiento correcto y pleno de su verdadera situación y de los derechos que le asistían. Téngase especialmente presente, en este sentido que el art. 110 LECrim atribuye a los «perjudicados» la mera potestad, que no obligación, de personarse en la causa (se dice así que «podrán mostrarse parte en la causa», y que «aun

cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa»), resultando así incuestionable que la citación practicada, al facilitar a la actora una información errónea de cuál era su verdadera posición en el proceso, ha venido a enervar la plenitud de conocimiento y de ejercicio de los concretos derechos y obligaciones que aquella situación procesal llevaba aparejados.

En definitiva, la confusión del órgano judicial ha generado una clara situación de indefensión en la actora, quien, al no haber sido informada de la existencia en una denuncia y de un procedimiento judicial dirigido contra ella, se ha visto privada del conocimiento de que su real situación procesal imponía su personación en el procedimiento y la debida articulación de su defensa en el juicio oral, lo que supone una evidente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art 24.1 CE).

Sentencia 101/2012 del TC, de 8 de mayo

Ponente: **Don Pascual Sala Sánchez**

Resumen: **Caza y pesca no autorizadas. Inconstitucionalidad**

Cuestión de Inconstitucionalidad: n.º 4246/2001

Artículos: **9 y 25 CE y 335 Código Penal**

Ley penal en blanco: Artículo 335 CP. Tras analizar la doctrina constitucional relativa a los requisitos de legitimidad del recurso a la ley penal en blanco, se declara inconstitucional, por no colmar aquellos, del artículo 335 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Perfilado el objeto del proceso, importa advertir que, con posterioridad al planteamiento y tramitación de la presente cuestión, el precepto penal cuestionado fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuyo art. único, centésimo vigésimo cuarto, da nueva redacción al citado art. 335.1 CP, de modo que a partir de entonces tiene el siguiente tenor:

«El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior [relativo a la

caza o pesca de especies protegidas], cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años».

Esta circunstancia nos obliga a comprobar en este momento la posible pérdida sobrevenida del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues, aun cuando esta causa no sea una de las que el art. 86.1 de la Ley Orgá-

nica del Tribunal Constitucional señala como una de las causas de terminación extraordinaria de los distintos procesos constitucionales, no hay duda de que esa circunstancia puede provocar igualmente la conclusión del proceso constitucional y sin que sea necesario, por tanto, un pronunciamiento sobre el reproche de constitucionalidad planteado, habida cuenta de la posibilidad de que las alteraciones sobrevenidas que se produzcan durante la tramitación del proceso constitucional en la relevancia de la norma terminen por afectar a la subsistencia de la propia cuestión planteada (últimamente STC 6/2010, de 14 de abril, y AATC 311/2007, de 19 de junio, FJ único; y 29/2009, de 27 de enero, FJ 1).

Ciertamente, en el presente, no cabe descartar que, en virtud de la citada modificación legal, la norma penal cuestionada haya dejado de ser relevante para la resolución del proceso judicial del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, al no poder resolver ya el órgano judicial mediante la aplicación del art. 335 CP en su redacción entonces vigente, sino con arreglo a la nueva redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, como consecuencia de la forzosa aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que con carácter general sienta el art. 2.2 del Código Penal y, de modo particular, establece la disposición transitoria primera de la propia Ley Orgánica 15/2003, cuando dispone que se aplicará la nueva ley «una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

Comoquiera, sin embargo, que la determinación del alcance del citado principio de retroactividad es una operación que corresponde en principio efectuar al propio órgano judicial proponente, no es posible concluir con la necesaria seguridad que el precepto penal cuestionado haya dejado ser relevante para la resolución del proceso judicial a quo, lo que exige que nos pronunciemos sobre la tacha de inconstitucionalidad planteada, siendo así que la regla general es que las cuestiones de inconstitucionalidad han de ser resueltas de acuerdo con la legislación en vigor al tiempo de su planteamiento.

3. Conforme se ha recordado, el órgano judicial proponente cuestiona la constitucionalidad del art. 335 CP, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por considerar que el tipo que describe no satisface las exigencias formales y materiales que impone el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE.

Según es consolidada y unánime doctrina de este Tribunal, que está resumida entre otras muchas en la STC 283/2006, de 9 de octubre, FF.JJ. 5 y 8, el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía de orden formal, obliga a que sea precisamente una norma con rango de ley la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes. No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas «leyes penales en blanco», esto es, como sucede en el presente caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario. Ahora bien, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que «la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3).

Junto a la citada garantía formal el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE comprende también otra de carácter material, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en este ámbito limitativo de la libertad individual y que, en relación con el legislador, y por lo que aquí más importa, se

traduce en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, «los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

4. La aplicación de esta doctrina al presente asunto exige, en primer lugar, recordar el tenor de la norma penal cuestionada.

El art. 335 CP 1995 cuestionado tipifica como delito y castiga con pena de multa de cuatro a ocho meses a quien «cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior [especies en peligro de extinción y, en general, amenazadas], no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia».

Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso.

Esas normas específicas a que se remite el precepto penal cuestionado tienen carácter extrapenal y, como pone de relieve el Ministerio Fiscal y consta anotado también en las actuaciones judiciales, son al tiempo de producirse los hechos enjuiciados en el proceso judicial a quo las previstas, de un lado, en los arts. 29 a 32, relativos a las especies amenazadas, y 33 y 34, sobre especies objeto de caza y sus límites, de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y de la fauna silvestres; y, de otro, y principalmente, en el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección; y en el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el catálogo nacional de especies amenazadas.

5. Con estos presupuestos y de acuerdo con la doctrina constitucional que antes se ha resumido debemos comprobar ahora si el precepto penal cuestionado cumple con los requisitos que *ex art.* 25.1 CE son exigibles a las leyes penales en blanco.

En primer lugar, no hay duda de que la remisión a las citadas normas extrapenales específicas es expresa y está además justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal (la biodiversidad, los recursos naturales y el medio ambiente y, de modo particular, la fauna silvestre), habida cuenta de la complejidad técnica de la materia y el carácter variable del grado de protección de las especies cinegéticas, lo que hace imprescindible la acomodación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa para determinar las especies de caza autorizadas, sin necesidad de acudir a la constante actualización de la norma penal, que tiene, como hemos advertido en otras ocasiones semejantes (SSTC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; y 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3), «una pretensión de relativa permanencia en el tiempo».

No sucede, sin embargo, lo mismo con las otras dos exigencias, pues, aun cuando el art. 335 CP 1995 cuestionado señala la pena aplicable al delito que tipifica, no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface tampoco la exigencia de certeza. La norma penal cuestionada en el presente proceso constitucional no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. De hecho, con el citado art. 335 CP en la mano, basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos. Todo lo cual supone,

según hemos advertido en otras ocasiones, una vulneración de la garantía formal del principio de legalidad penal (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).

Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal. Este déficit en la definición del núcleo esencial de la prohibición es tanto más acusado y significativo si comparamos ahora el art. 335 CP cuestionado con el resto de normas penales previstas en el propio capítulo IV del título XVI del libro II del Código penal de 1995, sobre los «delitos relativos a la protección de la flora y fauna», y en los que el legislador penal sí exige que la correspondiente conducta, además de vulnerar las normas extrapenales en la materia, afecte a especies de flora y fauna «amenazadas» (arts. 332 y 334 CP), «perjudique el equilibrio biológico» (art. 333 CP) o consista en la utilización de instrumentos o artes de caza o pesca de innegable «eficacia destructiva» (art. 336 CP). Lo que supone ciertamente un plus de antijuridicidad material que coadyuva a precisar la correspondiente conducta penal típica y permite cumplir con la comentada exigencia constitucional (STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3); una circunstancia, sin embargo, que, como se ha comprobado, no concurre en el caso del art. 335 CP 1995.

6. Por añadidura, como antes hemos anticipado, el art. 335 CP 1995 cuestionado no satisface tampoco la exigencia de certeza a que obliga el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, toda vez que el citado precepto penal, incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica.

Desde esta perspectiva tiene razón el órgano judicial proponente cuando, sirviéndose del criterio que luce en la STS de 8 de febrero de 2000, advierte que la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza. Tan amplio, de hecho, que conductas tan inocuas para el Derecho penal como matar ratas o insectos pasarían a integrar el tipo penal del art. 335 CP 1995, simplemente porque esas especies, al igual que los jilgueros y verderones, no figuran tampoco en el listado de especies cuya captura en vivo o muerte está autorizada expresamente por las correspondientes normas específicas.

De modo que, en conclusión, el art. 335 CP 1995 cuestionado en el presente proceso contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE.

Sentencia 107/2012 del TC, de 21 de mayo

Ponente: **Doña Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en un centro penitenciario**

Recurso de Amparo: **n.º 10268/2009**

Artículos: **18, 20, 24 y 25 CE y 49, 50 y 51 Ley Orgánica General Penitenciaria**

Intervención de las comunicaciones: Tras resumir la doctrina jurisprudencial sobre el régimen que sigue la intervención de las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios se estima el recurso (por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva del recurrente), al haberse intervenido las mantenidas por el interno con la autoridad judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP) establece una regulación específica (desarrollada reglamentariamente) del derecho a las comunicaciones de los internos, distinguiendo varias modalidades de comunicación, sometidas a distintos regímenes: las denominadas comunicaciones genéricas, esto es, «con familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria» (art. 51.1 LOGP), «con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales o con los Procuradores que los representen» (art. 51.2 LOGP), y «con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión» (art. 51.3 LOGP).

Dicho precepto no incluye en su regulación, sin embargo, las comunicaciones escritas dirigidas por los internos a la autoridad judicial y en su desarrollo reglamentario, el art. 49.2 del reglamento penitenciario prohíbe expresamente cualquier restricción de las comunicaciones de los internos con las autoridades judiciales al disponer que «[l]as comunicaciones orales y escritas de los internos con Autoridades Judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo».

Por otra parte, y como destacan tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, la legis-

lación penitenciaria contiene una regulación específica de las quejas y recursos que los internos tienen derecho a formular (arts. 50 LOGP y 54.1 del reglamento penitenciario). Y como afirmamos con rotundidad en la STC 15/2011, de 28 de febrero, FJ 6, de la legislación penitenciaria se desprende tanto la obligación del director del establecimiento penitenciario de dar curso a los recursos previstos en la ley que los internos dirijan a la autoridad judicial, sin facultarle a imponer restricción o limitación alguna (art. 50.2 LOGP), como que los escritos con peticiones o quejas que el interno dirija al Juez de vigilancia penitenciaria pueden presentarse en sobre cerrado o abierto y que, en cualquiera de los dos supuestos la Administración penitenciaria lo remitirá, «sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria».

Dada la ausencia de habilitación legal y la prohibición reglamentaria expresa de la intervención administrativa de una comunicación dirigida a un órgano judicial por quien se encuentra recluso en un centro penitenciario, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que tal intervención se encuentra constitucionalmente proscrita y vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del interno. Y ello con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobre abierto o cerrado o sin introducirlo en sobre alguno, pues en cualquier caso su destinatario es el Juez y la norma constitucio-

nal que garantiza el secreto de la comunicación se dirige inequívocamente a preservar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Así lo hemos declarado expresa e inequívocamente en las SSTC 127/1996, de 9 de julio, FJ 4; y 175/2000, de 26 de junio, FJ 4, y lo reiteramos ahora, destacando la irrelevancia de que el escrito se introduzca o no en un sobre por parte del interno, pues lo constitucionalmente vedado es el acceso a la comunicación entre el Juez y el interno.

En el presente caso, del examen de las actuaciones se desprende que el demandante de amparo trató de realizar una comunicación con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, habiendo hecho constar expresamente en el encabezamiento de su escrito tanto que se trataba de un «Escrito de queja contra el Director de Puerto I y el Subdirector médico», como que el mismo se dirigía al Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de los de Andalucía. Resulta por tanto una evidencia que nos encontramos ante una comunicación entre el interno y la autoridad judicial cuya intervención administrativa se encuentra constitucionalmente proscrita, de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta. Pese a lo cual los funcionarios del centro penitenciario accedieron al contenido de la misma, vulnerando de este modo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente (art. 18.3 y 25.2 CE).

6. Ahora bien, nuestro pronunciamiento no puede detenerse en este punto, pues a raíz de dicha intervención se incoó un procedimiento disciplinario contra el interno, al que se impuso una sanción disciplinaria sobre la base del contenido de su escrito de queja, alegando el recurrente que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones determina la nulidad de la prueba así obtenida. Se trata, por tanto, de un supuesto sustancialmente igual al resuelto por las SSTC 127/1996, de 9 de julio, y 175/2000, de 28 de julio, en los que también la Administración penitenciaria intervino comunicaciones escritas de los internos con un órgano judicial y procedió a incoar contra ellos expedientes disciplinarios sobre la base de las manifestaciones efectuadas en tales escritos.

Constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1982, de 18 de junio, que

las garantías contenidas en el art. 24.2 CE son aplicables no sólo al proceso penal, sino también, con las matizaciones derivadas de su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario, ámbito en el que hemos afirmado que estas garantías deben aplicarse con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, sin que la condición de interno en un establecimiento penitenciario pueda implicar más limitación de sus derechos fundamentales que la expresada en el contenido del fallo condenatorio, la propia del sentido de la pena y la prevista por la ley penitenciaria conforme a lo establecido en el art. 25.2 CE (por todas, SSTC 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; y 59/2011, de 3 de mayo, FJ 2). Y entre las garantías aplicables *ex* art. 24.2 CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental (por todas, STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 5). La valoración de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque implica una ignorancia de las reglas propias de un proceso justo, y conlleva también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia si la sanción se sustenta exclusivamente en dicha prueba (por todas, STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 9; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 59/2005, de 15 de marzo, FJ 5; y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9).

En el presente caso, del examen del expediente sancionador se desprende inequívocamente que la sanción que se impone al demandante tiene como único hecho justificador ciertas expresiones vertidas en el escrito de queja dirigido al Juez de vigilancia penitenciaria. Igualmente resulta plenamente acreditado que la única prueba existente en el expediente administrativo sancionador y en virtud de la cual se han considerado probados los hechos que se imputan es el propio escrito del recurrente, cuyo contenido se recoge en el pliego de cargos, en la

propuesta de resolución y en el propio acuerdo sancionador. En consecuencia, hemos de declarar con tal actuación la Administración penitenciaria vulneró no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino también su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la medida en que la única prueba que sirvió de base al acuerdo sancionador fue la obtenida violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

7. La constatación de las anteriores vulneraciones por parte de la Administración penitenciaria conduce al otorgamiento del amparo, declarando la nulidad tanto del acuerdo sancionador de la comisión disciplinaria del centro

penitenciario Puerto I, como de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía que lo confirman, en la medida en que las vulneraciones de derechos fundamentales no fueron reparadas en los mencionados Autos, desconociendo la función que al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria le corresponde a la hora de garantizar los derechos fundamentales de los internos (SSTC 97/1995, de 20 de junio, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 6; 237/2002, de 9 de diciembre, FJ 6; 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 6; y 59/2011, de 3 de mayo, FJ 7, entre otras muchas). Esta anulación hace innecesario que nos pronunciemos acerca de las restantes vulneraciones denunciadas en la demanda de amparo.

Sentencia 131/2012 del TC, de 18 de junio

Ponente: **Doña Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Delito de torturas. Ausencia de investigación judicial eficaz**

Recurso de Amparo: **n.º 4865/2011**

Artículos: **15 y 24 Código Penal**

Delito de torturas: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos ni degradantes a consecuencia del archivo prematuro de la instrucción sin haber agotado las posibilidades «razonables y eficaces» de investigación de la denuncia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Conforme a nuestra doctrina sobre las exigencias constitucionales, derivadas tanto del art. 15 CE como del art. 24 CE, en relación con decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes —como destacábamos en las SSTC 69/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2—, el correcto encuadramiento de las quejas del recurrente en amparo requiere su conjunta consideración, debiendo consistir nuestro enjuiciamiento en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en rela-

ción con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Efectividad y suficiencia de la tutela judicial que, en estos casos, coincide con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones de sobreseimiento libre y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes. En consecuencia, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, caso Kmetty c. Hungría, § 37; de 2 de noviembre de 2004, caso Martínez Sala y otros c. España, §

156; 28 de septiembre de 2010, caso San Argimiro Isasa c. España, § 41; y de 8 de marzo de 2011, caso Beristain Ukar c. España, § 28 y ss.), nuestra doctrina establece que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. «Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial». Por ello, «la tutela judicial será así suficiente y efectiva *ex art. 24.1 CE* si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6, y, citándola entre otras muchas, STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles. Pero sí se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito siempre que no se abra o que se clausure la instrucción «cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas», ya que «respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una

situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral» (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del art. 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio «debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción». También se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse «con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia». Además, se pone énfasis en que «constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que fisi-

camente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

3. En el presente caso, y como se expuso con detalle en los antecedentes, el recurrente interpuso una denuncia por torturas durante la detención. Los hechos denunciados eran, en síntesis, haberle apretado excesivamente las esposas; haberle desencajado el hombro derecho por la postura en la que estuvo esposado durante horas y haber recibido golpes en el brazo desencajado, todo lo cual le produjo un gran dolor; haber recibido golpes en la cabeza, así como insultos y amenazas y haber sufrido interrogatorios constantes, con la finalidad de que prestara declaración y colaborase, lo que le provocó repetidos ataques de ansiedad. A la vista de la denuncia, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao acordó la incoación de diligencias previas, que fueron archivadas tras practicarse una única diligencia probatoria: la aportación a la causa de los informes médicos emitidos durante el periodo de detención incomunicada y sobre la base de que en los mismos no existía evidencia de la existencia de violencia alguna y de que el detenido había manifestado a los forenses que el trato policial había sido correcto.

La aplicación del canon descrito a la concreta investigación judicial realizada exige comprobar, en primer lugar, si puede afirmarse la existencia de «sospechas razonables» de la existencia de torturas o trato inhumano o degradante, que pervivieran en el momento del cierre de la instrucción. Y, en segundo lugar, si en tal caso esas sospechas eran susceptibles de ser despejadas, al existir todavía medios de investigación a disposición de los órganos judiciales, que hubieran podido ser adecuados a tal fin.

4. Respecto de la primera cuestión, y como se puso de manifiesto en los antecedentes, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao acordó la apertura de las diligencias previas 3604-2010, procediendo conforme a Derecho, afirmó en el Auto de incoación de las mismas la existencia de un posible delito de torturas, sin perjuicio de la

calificación definitiva de los hechos. Por otra parte, del examen de las actuaciones y, en concreto, de los informes médico-forenses aportados a la causa —única diligencia probatoria practicada y en cuyo contenido sustentan toda su argumentación los órganos judiciales— se desprenden una serie de datos que han de ser destacados.

El recurrente fue reconocido en varias ocasiones durante su situación de detención incomunicada. (...) Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la inexistencia de signos visibles de violencia no implica necesariamente la inexistencia de los hechos denunciados. Por otra parte, los datos aportados con la denuncia no permiten descartar *prima facie* su verosimilitud. A lo que se añade, según los informes forenses que el recurrente refiere dolor en el hombro derecho por haber sido mantenido esposado «durante mucho tiempo» y molestias en la espalda por la postura. Además el forense aprecia «marcada ansiedad y labilidad emocional con tendencia al llanto» y prescribe dos medicamentos: Ibuprofeno y Lexatin.

Todos estos datos son suficientemente indiciarios como para afirmar la existencia de una «sospecha razonable», que desencadena la obligación judicial de perseverar en la investigación, con independencia de que, según se ha dicho, como antecedente médico en un informe se hiciera constar que el recurrente manifiesta tener dolor en un hombro por ser jugador de frontón. Hemos de recordar que, aunque de los informes médicos no se pueda concluir de manera inequívoca que hayan existido los malos tratos que se denuncian, ello no es suficiente razón para dar por concluida la investigación. (...)

Frente a tales indicios, las razones esgrimidas por los órganos judiciales para justificar el sobreseimiento provisional y archivo de la causa no son suficientes, pues no satisfacen el deber de motivación reforzada que es constitucionalmente exigible en este tipo de casos. En primer lugar, hemos afirmado que la ausencia de signos visibles de agresiones físicas carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, habida cuenta de que en el presente caso los malos tratos denunciados, pueden no dejar marcas o señales de su comisión (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 63/2010, de 18 de octubre,

FJ 3). Y tampoco es un argumento suficientemente concluyente el que el recurrente haya manifestado al médico forense no haber sufrido violencia física o psíquica, o que el trato policial ha sido correcto. Como destaca el Ministerio Fiscal, el recurrente justificó su actuación ante el forense argumentando que tenía miedo a los policías, bajo cuya custodia seguiría en régimen de incomunicación cuando se fuera el médico, y constituye una exigencia de racionalidad que la valoración las declaraciones previas del denunciante ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que «el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva» (entre las más recientes, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3).

5. No obstante todo lo cual, pese a la existencia de indicios, puede resultar razonable que no se prosiga con una investigación que no aclara la inexistencia de los hechos denunciados pero que, sin embargo, ha agotado ya los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de la investigación suficiente se refiere tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción [por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8 c); 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; y 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4].

Tampoco desde esta perspectiva se puede afirmar que la tutela prestada haya sido suficiente, pues la limitada instrucción llevada a cabo por el órgano judicial (incorporación a la causa de los informes médico-forenses practicados durante la detención) no agota en modo alguno las posibilidades razonables y eficaces de investigación, sino que existían diligencias disponibles e idóneas para el esclarecimiento de los hechos, cuya práctica no se acordó.

Como señalamos en los antecedentes de esta resolución, en el escrito de denuncia se solicitaba la práctica de los siguientes medios de investigación: declaración del denunciante ante el Juez instructor; que se aporten a la causa los

informes practicados por el médico forense durante la detención, así como el informe médico de ingreso en prisión y que se tome declaración a los médicos forenses; que se identifique a los policías que participaron en la detención y custodia; que se aporten a la causa las declaraciones efectuadas tanto ante la policía como ante el Juez instructor; que se tome declaración al Abogado de oficio; que se aporten a la causa las grabaciones de videocámara efectuadas durante todo el periodo de la detención; reconocimiento físico y psicológico por un médico forense para esclarecer las posibles secuelas físicas y psíquicas; así como una exploración psicológica por un psicólogo de su confianza. El denunciante, por tanto, proponía al órgano judicial un amplio elenco de diligencias probatorias, cuya práctica hubiera podido contribuir eficazmente al esclarecimiento de lo sucedido.

Especialmente ha de destacarse que la falta de credibilidad de la denuncia, que los órganos judiciales afirman a partir de la mera lectura de los informes médicos y del dato de que el recurrente no denunciara ante el forense maltrato alguno, podría haber sido desmentida o corroborada por el testimonio inmediato del denunciante ante el Juez instructor, diligencia que constituye, como antes se ha señalado, un medio de indagación particularmente idóneo al respecto (en el mismo sentido, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3). Por lo demás, entre las diligencias propuestas por el denunciante, y conforme señala también el Ministerio Fiscal, podría haber otras que resultarían idóneas para despejar cualquier duda sobre la realidad de los hechos denunciados.

6. En conclusión, frente a la denuncia de torturas formulada por el recurrente no se produjo una investigación judicial eficaz, ya que la misma se clausuró cuando persistían las sospechas razonables de que el delito podía haberse cometido y existían medios disponibles para despejar tales sospechas. Procede por ello otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

Sentencia 140/2012 del TC, de 2 de julio

Ponente: **Don Eugeni Gay Montalvo**

Resumen: **Prórroga de prisión provisional. Expulsión del territorio nacional: motivación reforzada**

Recurso de Amparo: **n.º 3464/2009**

Artículos: **17 CE y 503 y 504 LECrim.**

Vulneración del derecho a la libertad del recurrente a consecuencia de la prórroga de la prisión provisional insuficientemente motivada, al no ponderar debidamente que la pena efectivamente impuesta en la sentencia recurrida fue la expulsión del territorio nacional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto decidir si los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, de fechas 5 y 23 de febrero de 2009, que resuelven la prórroga de la prisión provisional del demandante han vulnerado su derecho a la libertad (art. 17.1 CE). (...)

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa el otorgamiento del amparo, por lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Considera, en primer lugar, que la transformación de la pena de prisión que fue impuesta al recurrente por la pena de expulsión implica que esta última tiene la condición de pena efectivamente impuesta, de tal modo que la decisión de prorrogar o no la prisión provisional debió partir de esa pena de expulsión. En la medida en que los correspondientes artículos del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal vinculan la prisión provisional y su prórroga a los delitos castigados con penas privativas de libertad y que, según se ha dicho, ésta ya no existe, la decidida prórroga de la prisión provisional supone una violación del derecho a la libertad del recurrente. En segundo lugar, el Ministerio Fiscal se refiere a la falta de motivación de los Autos recurridos que, según su parecer, carecen de una explicación razonable que sustente la prolongación de la prisión provisional.

2. El estudio de la pretensión de amparo, una vez enmarcado en los términos expuestos, debe partir de una reiterada y consolidada jurisprudencia

de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, exigiéndose un razonamiento por el órgano judicial que justifique los motivos que la legitiman constitucionalmente. (...)

3. La aplicación de la citada doctrina constitucional conduce a la estimación de la demanda de amparo, puesto que los Autos impugnados, como alegan el recurrente y el Ministerio Fiscal, no cumplen con las exigencias constitucionales de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional y, en consecuencia, lesiona el derecho a la libertad del demandante de amparo.

Es cierto que la Sentencia de condena efectúa una adecuada individualización de la pena y justifica razonadamente tanto la pena impuesta como su sustitución por la expulsión del recurrente del territorio nacional. De igual modo razonan el Auto de la Audiencia, que prorroga la prisión provisional hasta la mitad de la condena impuesta, de 5 de febrero de 2009, y el posterior Auto de 23 del mismo mes desestimatorio del recurso interpuesto contra el anterior. En estos Autos se expone tanto la concurrencia del presupuesto material de la medida cautelar adoptada como el fin legítimo que se persigue con la medida, cual es el de evitar el riesgo de su fuga que se asocia a la naturaleza del delito, su condición de no nacional sin arraigo, patrimonio, domicilio, familia en España, trabajo conocido o medio alguno de vida.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la Sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de la prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a las que queda circunscrita por el art. 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

De este modo, como afirma el Ministerio Fiscal, la privación de libertad que sufrió el recurrente a partir del dictado de la Sentencia le supuso

un perjuicio material no compensable y gratuito, que además no aparece justificado en los Autos recurridos en amparo, en los que la Audiencia se limita a afirmar su incompetencia para compensar o evitar el perjuicio que pudiera causarse, así como su imposibilidad de ofrecer una respuesta. No es ésta, sin duda, una respuesta acomodada ni a las pautas normativas que la ley establece ni a las exigencias constitucionales de motivación que, según nuestra doctrina anteriormente citada, deben cumplir las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 25 de abril de 2012

Único asunto: **Punibilidad de la tentativa inidónea de homicidio (inidoneidad del medio): uso de pistola sin munición.**

Acuerdo: **El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.**

Sentencia 294/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

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

Resumen: **Tentativa inidónea de homicidio. Pluralidad de conexiones mediales**

Recurso de Casación: **n.º 12033/2011**

Artículos: **16, 62, 66, 109, 115, 116, 138, 148 y 552 Código Penal**

Tentativa inidónea de homicidio: Pluralidad de conexiones mediales. De los diversos problemas abordados en la sentencia, extractamos la argumentación referida a los supuestos de tentativa inidónea punible (se dispara con un arma descargada) y la determinación de la pena en caso de pluralidad de relaciones medio-fin entre delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El motivo quinto por infracción de ley, art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los arts. 16 y 62 CP en relación con la tentativa de homicidio, por cuanto aun afirmando que el recurrente desconocía el hecho de que el arma no estaba cargada, no es jurídicamente aceptable que se le condene por un homicidio en grado de tentativa, dada la inexistencia de riesgo para el bien jurídico protegido «vida» y la ausencia de los medios objetivamente idóneos para causar la muerte.

Como hemos dicho en STS 20-1-2003 (2122/2002) en un caso muy similar al presente la polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito impo-

sible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código Penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunitista se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa —Si los actos no deben producir el resultado objetivamente— independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, solo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e inne-

cesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente «excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa —o delito imposible— no irreal».

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º) Presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados —imposibilidad de ejecución— o a la inexistencia del objeto —imposibilidad de producción— sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez —sentencias de 24 mayo 1982, 11 octubre 1983, 5 diciembre 1985—.

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero

no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 junio 1999, 13 de marzo 2000 según las que la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente

te» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Ello dejaría impunes los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Sin embargo, se inculcarían en la tentativa punibles los casos de inidoneidad relativa, es decir «aquellos en que los medios utilizados, objetivamente valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, sean abstracta y racionalmente aptos para ocasionara el resultado típico».

En la misma dirección el AT 29-5-2003.

C) Con respecto a la alegada existencia de un delito imposible por el empleo en la agresión de un arma de la que su propio poseedor había retirado previamente la munición, la propia Sala de Instancia analiza extensamente tal argumentación, para rechazarla correctamente, y aquí no cabe sino ratificar lo expresado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia. Ciertamente esta Sala ha fijado jurisprudencialmente el criterio de que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles —*cfr.* por todas, Sentencia de 28 de mayo de 1999—, y se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta, incluyéndose en este concepto —como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre— «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la

acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Sin embargo, no es menos cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», y el art. 16 del Código Penal ha redefiniendo la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada—, es decir, aquéllos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que «la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción».

La STS 1326/2003, de 13-10, insistió en que el art. 16.1 CP ha reedificado la tentativa al entender que ésta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la reali-

zación plena del delito, si bien éste no llega a producirse, fijando la pena en el art. 62.

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el art. 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los «delitos» absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración *ex ante* y desde una perspectiva general (STS 15-3-2000, 26-6-2000 y 2122/2002, de 20-1-2003)».

Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004, 1329/2004, de 24-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10) de modo que «solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos». La STS 1100/2011 de 27-10, insiste: la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas *ex ante*, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados «objetivamente deberán producir

el resultado». Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva *ex ante* la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos («ut, quod prelumque accidit»), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

La no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16, «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta». La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

La tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuan-

do falten en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. Por tanto no es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del recurrente, en todos sus actos, hubiese llevado inexorablemente a la consumación del resultado criminal propuesto, a no ser por la circunstancia, que desconocía, de que el arma no estaba cargada, aunque accionó el gatillo hasta en tres ocasiones e intentó cargar el arma, apuntando a un agente de la Policía.

El plan del acusado, pues, era racionalmente apto para la consumación del fin propuesto, cuando la idoneidad de los actos realizados para llegar a dicho fin son meramente ocasionales o circunstanciales, la tentativa debe ser tomada en consideración en su categoría de relativamente inidónea.

Partiendo del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido, dar muerte a un agente policial, por hechos exteriores, al apuntarle con el arma reglamentaria y accionar el gatillo en tres ocasiones.

Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente inidónea, que pueda reputarse de ningún tipo de inidoneidad absoluta, pues el resultado no se produjo por el hecho de estar descargada el arma.

Undécimo.—(...)

Se plantea, asimismo, el problema de la posibilidad de conexiones mediales plurales o concatenadas en las que un delito es medio para cometer otro, que, a su vez, es medio de un tercero.

Problema analizado en STS 179/2007, de 7-3, y 372/2010, de 29-4, que recordaron cómo la doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1.^a) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2.^a) Un sólo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes que se penarían con independencia (criterio aplicado en STS 13-3 y 2-11-84).

3.^a) Todos los delitos en concurso medial (STS 191/95, de 14-2), que en un caso es homicidio frustrado, atentado y lesiones, declaró «nos hallamos ante un caso curioso en el que aparecen integrados en un solo concurso ideal tres delitos distintos (véase sentencia de esta Sala de 8-7-85) homicidio frustrado de la conducta violenta en progresión ascendente... observada por el acusado en un intento de escapar a la detención que legítimamente pretendía la policía... produce una diversidad de delitos que fueron castigados aplicando la pena correspondiente al delito más graves de los tres —el homicidio frustrado— en un grado máximo».

Descartada la primera opción por cuanto presentaría serias objeciones desde el principio *non bis in idem*, la posición segunda que sostiene al aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante, trata de evitar el supuesto privilegio para el autor sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetiva necesaria. De igual manera que el suceso primero del art. 77.1 CP no impide el concurso ideal cuando más de dos de los tipos realizados por una única infracción, tampoco sobe (*sic*) excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionados teleológicamente.

Situación que sería la concurrente en el caso analizado en el que, si como se afirma en el recurso las distintas manifestaciones de voluntad externa del recurrente se encontrasen orientadas por una única resolución unitaria y una única finalidad: fugarse del Hospital, y estuvieran enlazadas por una conexión temporal, espacial y personal.

En el caso presente en este punto, debemos destacar las contradicciones en que incurre la sentencia recurrida:

En primer lugar, después de que en el fundamento jurídico 6.º considere que los hechos

anteriores —los relativos al acometimiento que el acusado llevó a cabo hacia la funcionaria-enfermera, y el episodio, que tuvo por objetivo el agente de Policía que le estaba custodiando—, deben concatenarse con el forcejeo posterior entre el acusado y el policía y el intento de fuga de aquél al lograr escapar hasta llegar a una ventana desde la que se lanzó con la intención de alcanzar un muro después emprender la huida, en el fundamento jurídico 7 consideró sólo existente un concurso ideal entre el homicidio intentado, un delito de atentado y una falta de lesiones y sin embargo en el fundamento jurídico 9 y en el fallo castiga separadamente esta última infracción con la pena de 10 días de localización permanente.

En segundo lugar respecto al delito de quebrantamiento de condena si bien el fundamento jurídico 7 no ofrece la claridad necesaria en orden a si está comprendido en el concurso ideal («los hechos analizados en los dos fundamentos anteriores son constitutivos de un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de atentado y una falta de lesiones, además de un delito de quebrantamiento») lo cierto es que como

ni en el fundamento jurídico 9 ni en el fallo se contiene referencia alguna a la pena a imponer por dicho delito, puede razonablemente inferirse tal inclusión, que resultaría conforme con la expresada doctrina jurisprudencial al estar todas las infracciones anteriores relacionadas y orientadas con la intención del recurrente de fugarse del Hospital.

Consecuentemente debe estimarse un concurso ideal-medial entre el delito de homicidio en grado de tentativa, atentado agente de la autoridad, falta de lesiones y quebrantamiento de custodia en grado de tentativa, castigándose separadamente —además del delito de lesiones en la persona de Landelino, el delito de atentado en relación a la inferencia—, pues el acusado realizó dos agresiones distintas y diferenciadas con medios comisivos también distintos, contra un funcionario público y un agente de la Autoridad por lo que conceptualmente no puede hablarse de unidad natural de acción, si hemos aun de entender que el atentado a la enfermera estuviera en relación de medio a fin con el homicidio intentado en la persona del policía.

Sentencia 333/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Estafa impropia**

Recurso de Casación: **n.º 1551/2011**

Artículo: **251 Código Penal**

Estafa impropia: Se ocupa la sentencia de la expresión «ocultando la existencia de cualquier carga», para concluir que esta no sólo abarca comportamientos omisivos (no informar sobre la carga), sino también activos (afirmar falsamente que la carga está cancelada).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—En consecuencia la cuestión estrictamente jurídica que se plantea en este recurso es la de interpretar la expresión legal que integra el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente «ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma».

Se trata de resolver si dicha expresión se refiere únicamente a un comportamiento omisivo

del vendedor, es decir no transmitir al comprador la información normativamente pertinente sobre la existencia de la carga, o también se integra con un comportamiento activo, afirmando falsamente que la carga está cancelada.

Y en este sentido procede estimar que ambos comportamientos son punitivamente equivalentes, pues si se afirma falsamente que una carga ha sido cancelada, se está ocultando que la carga persiste, y se está provocando igualmente

un error al comprador. Error determinante de un desplazamiento patrimonial mayor del que correspondería realizar en caso de conocer que la carga persiste, ocasionándose con ello al comprador el ilícito perjuicio que la norma penal pretende evitar.

En consecuencia en ambos casos debe tener lugar la imputación objetiva del resultado típico al vendedor porque ha infringido su deber de veracidad al ocultar una información relevante para la decisión del comprador, bien por omisión, al no informar de la existencia de la carga, bien por acción, al informar falsamente sobre su cancelación.

Constituye un criterio jurisprudencial consolidado en la aplicación de este tipo delictivo que el precepto demuestra que el Legislador ha querido constituir al vendedor, en el ámbito de la compraventa, en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, ya en el momento de celebración del contrato, y por tanto el vendedor tiene el deber de informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación (SSTS de 17 de febrero de 1990 y 18 de julio de 1997, entre otras).

Tampoco cabe excluir la aplicación del tipo acudiendo al deber de autoprotección del comprador, pues como ha señalado esta Sala en la sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo, «Cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente

pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe», doctrina jurisprudencial que procede ratificar.

Máxime cuando, como sucede en el presente caso, al informar el vendedor en el propio acto de la venta que la cancelación se ha producido el mismo día, y por ello vende la finca libre de cargas, no resulta posible confirmar la veracidad de dicha afirmación a través del Registro pues la inmediatez temporal entre el pago supuesto del préstamo hipotecario y la disposición patrimonial del bien inmueble como libre de cargas, determina que aunque la cancelación económica de la carga fuese real todavía no estaría formalmente reflejada en el Registro de la Propiedad. Por ello la comprobación de la veracidad de la información del vendedor sobre la cancelación del gravamen no es normativamente accesible para el comprador en el momento de la celebración de la venta.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto casando y anulando la sentencia impugnada y dictando segunda sentencia conforme a derecho en la que, manteniendo íntegramente los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*, se interprete jurídicamente el subtipo penal definido en el inciso primero del número segundo del art 251 del Código Penal vigente en el sentido anteriormente indicado, es decir incluyendo en su ámbito punitivo tanto los comportamientos omisivos que oculten la carga al comprador, como los activos que informen de la cancelación de la carga sin que dicha información responda a la realidad.

Sentencia 308/2012, Sala Segunda del TS, de 27 de abril

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Recurso de apelación en materia de vigilancia penitenciaria. Posibilidad de introducir datos nuevos**

Recurso de Casación: **n.º 20799/2011**

Artículos: **Disposición adicional quinta LOPJ y 855, 859, 873, 874 y 879 LECrim**

Recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria. Aunque la sentencia de la Audiencia resolviendo el recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria debe atenerse a los actos sometidos a consideración de éste, cabe excepcionalmente examinar nuevos datos relevantes para la decisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó auto de fecha 11 de octubre de 2011, estimando el recurso de apelación promovido por Alfredo contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la misma ciudad, que le denegaba un permiso. El tribunal integraba en la ratio decidendi datos relativos al interno, incorporados a su expediente con posterioridad a la decisión de la administración penitenciaria y a la resolución del juzgado a la que se ha hecho referencia.

Segundo.—El Fiscal ha formulado recurso de casación contra el auto de la Audiencia, al estimar que el criterio de decisión adoptado contradice el sostenido por diversos tribunales —Audiencia Provincial de Valladolid (auto de 11 de abril de 2008); Audiencia Provincial de Cádiz (auto de 6 de mayo de 2009); Audiencia de Palma de Mallorca (auto de 14 de junio de 2007)— que, en las resoluciones que cita, fallaron en apelación en casos y trámites de naturaleza similar, ateniéndose a lo que constaba en el expediente del interesado en el momento de dictarse el acuerdo administrativo que motivó el recurso ante el Juzgado de Vigilancia y, con posterioridad, el de apelación.

Razona el Fiscal que, a tenor de lo dispuesto en el art. 62 f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el tratamiento propio del régimen que regula se caracteriza por ser «continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena». Y señala que la eficacia del mismo depende en buena parte de la rapidez de la respuesta a la situación personal del interno, dentro de los ritmos y pautas previstos en la regulación especial aplicable. De donde, a su juicio, se seguiría que en casos como el de este recurso, la revisión de la decisión administrativa cuestionada en vía judicial tendría que atenerse a las circunstancias propias del momento en que fue adoptada.

Tercero.—Difícilmente podría discreparse de la primera afirmación del recurrente, sobre la necesidad de que los trámites de toda índole

propios del tratamiento penitenciario se produzcan con la mayor celeridad, para que su curso burocrático se adapte con la máxima funcionalidad a su objeto y no sea una rémora para al cumplimiento del fin ideal —constitucional de la pena—.

Pero puede ocurrir que no sea así. Y, en cualquier caso, no es inusual que en el curso de trámites jurisdiccionales como el que afecta al ahora implicado se produzcan circunstancias relevantes en la evolución del tratamiento, dignas de tenerse en cuenta a los efectos de la decisión.

Está fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.

Ahora bien, es asimismo evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto.

Por ello, en este marco, aun debiendo prevalecer por norma la lógica propia de la apelación convencional; no debe perderse de vista que el Juez de Vigilancia, como también la Audiencia Provincial juzgan sobre la regularidad formal del acto administrativo; pero, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es «haciendo ejecutar lo juzgado» (art. 117,3 CE). Algo que, excepcionalmente, puede reclamar la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución del interno, de las que no cupiera prescindir en el caso concreto, so pena de hacer inútil, por extemporánea o sin objeto, la decisión.

Naturalmente, para que esto se produzca, será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible

ble su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen. Además, por razón de garantía de todos los derechos en presencia, ese examen tendrá que hacerse en el respeto del principio de contradicción, esto es, con audiencia de todas las partes implicadas. La propia Ley de E. Criminal, al tratar del recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal, en el procedimiento abreviado (art. 790.3) permite someter al órgano de la segunda instancia elementos de juicio que no pudieron ser tratados en la primera. Previendo un supuesto que guarda patente analogía con el que ha dado lugar a este recurso. (...)

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 11 de octubre de 2011, dictado en el rollo 91/11, en el sentido de que, como regla, en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de este; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla.

Sentencia 332/2012, Sala Segunda del TS, de 30 de abril

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Estafa procesal**

Recurso de Casación: **n.º 1468/2011**

Artículos: **248 y 250 Código Penal**

Estafa procesal: Se recoge de manera muy clara la doctrina jurisprudencial relativa a esta modalidad agravada de estafa, de acuerdo con una interpretación restrictiva de su alcance.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como segundo motivo se esgrime infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º LECr, por aplicación indebida de los arts 248, 250.1.º y 2.º CP. (...)

2. En relación a la estafa procesal hemos recordado (*cf.* SSTS 15-2-2012, n.º 76/20121, 100/2011, de 27-11, y 72/2010, de 9-2), que se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el órgano judicial a quien a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia, en contra de parte de la doctri-

na, ha estimado que puede producirse el fraude procesal «cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato), se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio)». En sentido similar la STS núm. 603/2008; y la STS núm. 720/2008. De todos modos, deberán quedar excluidos de la estafa los casos en los que el acto de disposición no venga motivado por el engaño.

Y ello porque la existencia de la estafa procesal, como figura agravada, no supone la posibilidad de prescindir de los requisitos generales de la estafa, entre ellos la concurrencia de un

engaño que pueda calificarse como bastante. Se decía en la STS núm. 572/2007 que «En el delito de estafa procesal, como en la estafa genérica, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos y conceptualmente no se diferencia del engaño del tipo básico».

En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluya un acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induzca a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición. El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado.

Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial (STS 670/2006, de 21-6, 758/2006, de 4-7; 754/2007, de 2-10; 603/2008, de 10-10; 1019/2009 de 28-10; 35/2010, de 4-2; la estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos a la otra parte o de tercero acusados del acto de disposición.

La estafa procesal requiere estructuralmente, como modalidad agravada, todos los requisitos exigidos en la previsión de la estafa básica u ordinaria recogida en el art. 248.1 es decir, el engaño, el error debido al engaño, el acto de disposición —en este caso resolución judicial— motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro —siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento de injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa la cooperación culpable de lucro ajeno, pues no es preciso con lucro propio, ya que hasta que sea para beneficiar a un tercero (SSTS 5629/2002 de 20-2; 297/2022, de 20-2; 577/2002, de 8-3; 238/2003, de 12-2; 348/2003 de 12-3); y la relación de imputación que cabe mediar entre es-

tos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación del pleito o empleo de otro fraude procesal.

Con base a esta doctrina jurisprudencial se puede definir la estafa procesal como aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el Juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En ese sentido el actual art. 250.1.2.º, modificado por LO 5/2010, de 22-6 considera que «incurren en estafa procesal, los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero».

El fundamento de este subtipo agravado no es otro que el hecho de que en esta modalidad de estafa no solo se daña el patrimonio privado, sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar, como mecanismo de la estafa, el engaño al Juez, razón por la cual parte de la doctrina entiende que se trata de un delito pluriofensivo, siendo ésta la razón que justifica su agravación penológica respecto del tipo básico de la estafa; como se afirma en STS de 9-5-2003, la estafa procesal constituye una modalidad agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria.

Y en relación a la consumación, decimos, en STS 172/2005, que si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando ésta ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

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

La tentativa está en la no consecución del error en la autoridad judicial porque ésta se aperciba del engaño bastante o porque, aun dándose el error, la resolución judicial dictada no es injusta.

Ahora bien, esta Sala 2.^a se ha encargado de asentar que «no existe este delito cuando la finalidad última sea legítima» (STS 457/2002, de 14-3; 1016/2004, de 21-9; 443/2006, de 5-4, y 995/2005, de 26-7), concluyendo que «la estafa procesal consiste en la utilización de un procedimiento para obtener un “beneficio ilícito”, o lo que es lo mismo, el reconocimiento judicial de un derecho que “no se tiene”, no pudiéndose apreciar, por tanto, cuándo la finalidad perseguida es perfectamente válida, con independencia de que se le dé o no la razón».

Pero debe quedar claro que declarar contrario a la buena fe procesal un determinado acto no es suficiente para considerarlo constitutivo de una estafa procesal. Así, la reciente STS 266/20011, de 25-3, absolvió a los acusados de un delito de estafa procesal en un supuesto en el que los demandantes en un procedimiento civil por la reclamación de un préstamo no devuelto, consignaron como domicilio del demandado —ahora querellante— el inmueble objeto del litigio, en el que el propietario nunca residió. Consecuentemente, dado que las citaciones judiciales nunca llegaron al conocimiento del demandado y propietario, se dictó auto en aquel procedimiento por el que se tenía al denunciado por confeso. En la casación el TS partió de que el engaño ha de ser en todo caso idóneo, lo que en el supuesto de la estafa procesal requiere que tenga entidad suficiente para superar la profesionalidad del juez y las garantías del procedimien-

to (STS 15-12-2001). La cualificación profesional del Juez eleva el parámetro para calibrar la idoneidad del engaño por lo que la estafa procesal en la mayoría de los casos será la consecuencia de un comportamiento del sujeto activo que se presenta con la entidad adecuada como para contrarrestar la función de control que compete al Juez, para concluir que: «postular, como en este caso, una diligencia preparatoria de confesión señalando un domicilio vacío, en el que no constaba así el deudor ni el pariente más cercano, no es un mecanismo idóneo para obtener la “ficta confessio”, porque esa ausencia la hacía legalmente imposible provocando el archivo de las diligencias», ya que «el error padecido no puede considerarse objetivamente imputable a la información suministrada sobre el domicilio, sino al desconocimiento del juez que ignoró la norma que en esa situación objetiva de ausencia de ocupante alguno obligaba forzosamente al archivo de las diligencias sin declarar al deudor confeso de la deuda expresada».

Por tanto, como señala la doctrina, no cabe confundir el delito de estafa procesal con ciertas «corruptelas» que se producen en el transcurso del procedimiento y que, aunque atentatorias contra la buena fe procesal, son atajadas por el órgano judicial por la vía del —poco aplicado— art. 11.2 LOPJ, así como a través de la condena en costas a la parte que realiza comportamientos procesales manifiestamente contrarios a la consecución de una tutela judicial efectiva.

Y es más que evidente, que la simple ocultación de alegaciones no es motivo suficiente para que concurra una estafa procesal, pues de ser así, cualquier demanda desestimada podría ser considerada una forma imperfecta de ejecución del delito. Así en STS 1899/2002 de 18-11, se estableció que, «cualquier omisión de información relevante para desplegar una posible situación de error, no puede ser considerada equivalente a la producción activa del error».

Tampoco la aportación de alegaciones falsas es por sí misma suficiente para hablar de un delito de estafa procesal, sino que es necesario que tenga lugar una verdadera maquinación típica, como ocurre cuando lo que se aporta son documentos o testigos falsos o cuando se miente acerca de hechos determinantes a la

hora de crear un elemento de convicción en el juzgador».

Además, en lo relativo a la «manipulación de pruebas», el tipo penal —actual art. 250.1.7 CP, redacción según LO 5/2010, de 22-6—, exige que se trate de pruebas en las que las partes fundamenten sus alegaciones, por lo que si se trata de pruebas que no tienen tal fin, su eventual manipulación no tendrá eficacia para apreciar una estafa procesal. A lo que han de añadir que no cabe apreciar engaño cuando tiene lugar una discusión en el seno del procedimiento sobre el alcance jurídico de unos hechos concretos, pues precisamente para dilucidar tales cuestiones acuden las partes a la vía judicial.

En este sentido de la STS 853/2008, de 9-12, se deduce que no es suficiente cualquier ocultación o inexactitud derivada del planteamiento de la cuestión en sede civil, y en un caso en que el hermano de un fallecido denunció que la querrelada, viuda de éste, se arrogó indebidamente la condición de heredera *ab intestato*, ya que tenía conocimiento de descendientes extramatrimoniales del causante, estimó que «... no ha existido estafa procesal. La quiebra del principio de legalidad, por sí sola, no integra el delito que se dice cometido» (de estafa procesal), añadiendo que: «la determinación de un alcance típico no puede fijarse criminalizando toda ocultación al órgano jurisdiccional... pues esta forma agravada de estafa (...) no tiene por objeto sancionar a todo aquel litigante que quebrante el deber de buena fe que impone, con carácter general, el art. 11 LOPJ».

Sentencia 300/2012, Sala Segunda, de 3 de mayo

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Tráfico de influencias**

Recurso de Casación: **n.º 1445/2011**

Artículo: **428 Código Penal**

Tribunal del Jurado: Tráfico de influencias. Además de ocuparse con el alcance del recurso de apelación en el contexto de la Ley del Jurado, se ofrece una completa exposición de la doctrina jurisprudencial en torno al delito de tráfico de influencias, con especial atención al concepto de «resolución».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo.—El delito de tráfico de influencias cometido por funcionario público o autoridad viene sancionado en el art. 428 del Código Penal dentro de los «Delitos contra la Administración pública» (Título XIX del Libro II, Capítulo VI, «Del tráfico de influencias»), castigando al funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio

económico para sí o para un tercero. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

El bien jurídico protegido consiste en la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales.

Es un delito especial cuyo sujeto activo debe tener la condición de «autoridad» o «funcionario público», conforme a los requisitos que exige el art. 24 del Código Penal. Solo admite la forma dolosa y no se puede cometer por omisión (STS 480/2004, de 7 de abril).

El primero de los elementos del delito es ejercer influencia. La influencia consiste en una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente.

Este es el concepto que se deduce de nuestra jurisprudencia, pues por ejemplo la sentencia núm. 480/2004, de 7 de abril, nos dice que el acto de influir debe ser equiparado a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye. Y la sentencia núm. 537/2002, de 5 de abril, que la influencia consiste en ejercer predominio o fuerza moral. Por lo general la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29 de octubre de 2001 y 5 de abril de 2002, citadas y reiteradas en la de 7 de abril de 2004).

La sentencia de esta Sala de 24 de Junio de 1994 (núm. 1312/94) señala que: «El tipo objetivo consiste en “influir”... es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión».

Esta temprana sentencia, en ponencia del entonces Presidente de la Sala D. Enrique Ruiz Vadillo, pone ya de relieve tres importantes precisiones que delimitan el ámbito de protección de la norma aportando seguridad jurídica en su aplicación.

En primer lugar que la influencia debe ejercerse para alterar el proceso motivador del funcionario influido, lo que excluye las meras solitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin

de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.

En segundo lugar, que el tipo exige el abuso de una situación de superioridad, como ha señalado acertadamente la doctrina, por lo que no penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellas en que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una presión moral impropia del cargo.

En tercer lugar, que en este delito de tráfico late siempre un interés espurio por ejercer la influencia o presión moral sobre el funcionario o autoridad que debe dictar determinada resolución con la finalidad de introducir en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos.

Decimosegundo.—La acción tiene que estar dirigida a conseguir una resolución benéfica. La inclusión por el Legislador de la expresión resolución, que tiene un significado técnico específico, deja fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1998, 12 febrero 1999, 27 junio 2003, 14 noviembre 2003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2008, 1 julio 2009 y 2 febrero 2011), aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.

La restricción incluida en este tipo delictivo por el Legislador se pone de relieve comparándolo con el art. 419 que tipifica el delito de cohecho, en el capítulo inmediatamente anterior. Así como en el delito de tráfico de influencias, igual que en el de prevaricación (art. 404), se utiliza la expresión resolución, como objetivo perseguido por la influencia, en el delito de cohecho se utiliza una expresión mucho más amplia pues la dádiva o favor integra el tipo de cohecho cuando va dirigida a que la autoridad o funcionario realice en el ejercicio de su cargo un

acto contrario a los deberes inherentes al mismo o a que no realice o retrase injustificadamente el que debiera practicar. Es claro que si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar. (...)

Decimocuarto.—Como ya se ha expresado la jurisprudencia y la doctrina entienden por «resolución» todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v.gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (SSTS de 28 enero 1998, 12 febrero 1999, 27 junio 2003, 14 noviembre 2003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2008, 1 julio 2009, 2 febrero 2011, entre otras).

En la reciente sentencia núm. 48/2011, de 2 de febrero, con remisión explícita a la de 27 de junio de 2003, se dice textualmente que: «Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión.

La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el “*thema decidendi*”. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como “actos de trámite”, lo que no quiere decir que carezcan

en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de “dictar resolución expresa en todos los procedimientos” (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que “a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes”. Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de “la resolución” como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al “contenido” de las resoluciones administrativas, dice que la resolución “decidirá todas las cuestiones planteadas” y que la decisión “será motivada”.

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal “resolución” del art. 404 Código Penal, debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de “autoridades o funcionarios públicos”, que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito especial propio de que se trata. (STS 48/2011, de 2 de febrero)».

En el mismo sentido la sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero, concreta el concepto de resolución, a efectos penales, en «el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados», estimando que «lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración».

Es claro que la interpretación del término resolución en el art. 428 del Código Penal no puede ser diferente de la que se efectúa por la jurisprudencia para la misma expresión en el art. 404 del mismo texto legal, por elementales razones de seguridad jurídica. En consecuencia la suspensión por los agentes de las actuacio-

nes que estaban practicando en un expediente por supuesta infracción de tráfico no constituye propiamente una resolución sino una actuación o diligencia preparatoria, un acto de trámite y de investigación que precede en un procedimiento formalizado a la actuación resolutoria propiamente dicha, destinado a proporcionar el conocimiento necesario sobre el *thema decidendi*, es decir una actuación preparatoria de la decisión final.

Si nos encontrásemos ante un delito de cohecho, la conducta omisiva de dejar de realizar un acto inherente a las funciones del cargo, que fue la conducta solicitada por el acusado a los agentes al pedirles que suspendiesen las pruebas de alcoholemia y dejasen marchar a los con-

ductores retenidos, tendría perfecto encaje en el art. 419 del Código Penal. Pero a pesar de que la conducta enjuiciada es impropia de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de Derecho, no puede forzarse el principio de legalidad para sancionarla como delito de tráfico de influencias, pues constituye un principio aún más determinante del Estado de Derecho el escrupuloso respeto de los límites punitivos establecidos por el Legislador. Y, en el art. 428 del Código Penal, el Legislador exige que la influencia sobre los funcionarios vaya específicamente dirigida a conseguir una resolución, supuesto que no concurre en el caso actual pues la conducta solicitada a los agentes no constituye una resolución.

Sentencia 354/2012, Sala Segunda del TS, de 3 de mayo

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Principio acusatorio. Vulneración**

Recurso de Casación: **n.º 1625/2011**

Artículo: **24 CE**

Apropiación indebida: Se expone por la Sala la doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio y su relación con el derecho de defensa, para concluir estimando su vulneración en el caso examinado en que se condenó por apropiación indebida sin que se hubiera formulado acusación por ese hecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Desde sus primeras sentencias recuerda el Tribunal Constitucional que en el proceso penal se instaura, por lo que aquí interesa, un «sistema complejo de garantías» vinculadas entre sí, que impone la necesidad de que «la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado... puesto que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre los cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse» (SS del TC 205/1989 y 161/1994).

Y añade: «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la

que haya tenido la oportunidad de defenderse de manera 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 defensa, lo cual a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias» (STC 95/1995 que cita la 11/1992, que a su vez cita en otras anteriores (SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991).

Desde su Sentencia n.º 2/1981 el Tribunal Constitucional ha eñalado que el contenido esencial del derecho constitucional a ser informado de la acusación se refiere a «los hechos considerados, punibles que se imputan al acusado». Y en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 225/1997 se recuerda que forman

parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación.

A lo que ha de añadirse que: «El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de “contestación” o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso» (STC 53/1987).

Sin perjuicio de las facultades que, en determinadas condiciones, tiene el Juzgador para modificar la calificación jurídica, hipótesis que en este caso no es necesario entrar a examinar. Ni, por ello, la exigencia de carácter material de la indefensión que en ese caso pueda denunciarse.

Aun reconociendo que la Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas, que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento, se cuida el Tribunal Constitucional de advertir que es posible, y exigible, que la acusación quede perfectamente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente, especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o acusación (STC 75/2006).

Lo que no impide tampoco que se haya ponderado el principio advirtiendo que desde cualquiera de las perspectivas constitucionales convergentes en la variación de los hechos entre la acusación y el fallo, la relevancia constitucional exige que no se trate de cualquier alteración, sino de una alteración esencial, y que no se trate de una alteración meramente formal. Siquiera ello no impidió estimar que la variación respecto de una acusación de venta de 0.17 gr. y venta de 2,44 gr. de cocaína para condenar por la posesión de 3.52 gr. de hachís para su venta, se estimase esencialmente diversa (STC 247/2005). Y se ha reiterado que, una vez fijados de forma definitiva los hechos objeto de acusación, la necesaria identidad entre el hecho objeto de

acusación y del fallo de la sentencia remite a la identidad del objeto del proceso y, por tanto, a su inalterabilidad y no a la de cualquier circunstancia fáctica relacionada con el mismo (STC 302/2000).

El Tribunal Supremo por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que «el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado», de ahí que «la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse» (STS 7/12/96). En suma, como se precisa en Sentencia de 26/2/94 es evidente: «a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento “contra reo” de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión y d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado» (Doctrina esta recordada en la STS 655/2010 de 13 de julio).

Tercero.—Los antecedentes expuestos en el fundamento primero ponen de manifiesto que la acusación particular acusó al querellado de perjudicar a éste por un procedimiento que especificó: contabilizar ventas de los bienes sociales por precio inferior al realmente percibido. En cuanto era condueño de la sociedad, el querellante no podría hacerse con la parte que

le correspondiera del precio no figurado. Así el querellado se quedaba con todo el precio no declarado. Y el querellante era perjudicado en el porcentaje de ese precio oculto equivalente al porcentaje de su participación en la sociedad.

De ello se deriva: a) que respecto del patrimonio de la sociedad no oculto, por figurar en su patrimonio, no se formuló ninguna acusación. La razón era obvia: el querellante sigue considerándose titular de la sociedad en un 35% y, por ello, respecto del patrimonio que figuraba como de titularidad social, no se considera perjudicado y b) por ello la acción civil ejercitada en el proceso penal interesaba que fuera indemnizado el querellante, y no la sociedad, y precisamente en la parte del precio que no ingresó en el patrimonio de ésta.

La alteración de la sentencia es sustancial. Comienza por absolver al acusado del supuesto perjuicio a la sociedad y ello porque el hecho, del que se hacía derivar, se considera desmentido por la prueba. En consecuencia considera que no consta que las ventas no fueran realmente por el precio figurado y, además, éste fuera el de mercado. A continuación considera que: a) lo apropiado no es el precio oculto que declara no existente, sino el dinero en tal concepto efectivamente entregado a la sociedad, b) que el delito consiste en tal distracción y, por ello, c) que la perjudicada es la sociedad en su patrimonio y no el querellante, por lo que, con preterición de la pretensión civil ejercitada, resuelve oficiosamente que la devolución se haga a la sociedad y no al querellante.

Es por ello imposible encontrar en el escrito de acusación, elevado a definitivo, ni la más mínima referencia a ese otro comportamiento. La referencia al propósito atribuido al acusado de «apropiarse de todo el patrimonio social», solamente resulta comprensible en la medida que se acota por los actos concretos que imputa —vender por precio declarado que es inferior al real— y la explicación del perjuicio que se dice deriva de ello: que respecto del valor superior al precio declarado el acusado se lo queda todo y priva al querellante de su parte, y ello porque aquella ocultación sustrae del patrimonio social esa diferencia entre valor real y precio contabilizado.

En ningún caso se aludió, ni directa ni indirectamente, ni con frases concretas ni con frases genéricas, a los actos consistentes en extraer dinero de la caja de la sociedad para hacerlo directamente suyo.

Glosa la sentencia que un informe pericial desveló dichos actos extractivos. Y que ese resultado deriva del informe que obra al folio 298 de la causa. Y refiere que en el interrogatorio al perito en el debate se aludió por la defensa a que ese dinero fue a otras cuentas de la sociedad.

Pues bien, si el dato existía antes de formular la acusación y esta prescinde de manera palmaria de su imputación, es claro que, al menos implícitamente, la acusación no consideró que el mismo mereciera erigirse en fundamento de la imputación que formuló.

Por otro lado la aparición de esa cuestión tangencial en el debate no implica acusación temporánea que permita a la defensa diseñar una estrategia probatoria de oportuna propuesta.

Y, elevadas a definitivas las conclusiones provisionales, es claro que las mismas no incluyen ese específico acto que el juzgador de instancia formuló por primera vez en la sentencia, abdicando de su obligada imparcialidad y ocasionando una material indefensión al acusado.

Es decir la alteración de la premisa fáctica subsumida en el tipo penal que justifica la condena es una variación sustancial, que altera el objeto del proceso tal como quedó configurado en la conclusión definitiva de la acusación particular, ya que la pública interesó la absolución. Además tal introducción, aunque se estimase apuntada en el debate, sería extemporánea, ya que habría impedido a la defensa articular la propuesta de prueba sobre el destino del dinero extraído. Lo que quizás la sentencia tampoco debería exigir ya que, al desatino de la innovación del objeto, se une la frase de la propia sentencia en la que dice que ese dato puede considerarse una «probable eventualidad de que fuera cierto», por lo que a la vulneración de la exigencia del acusatorio se une una palmaria vulneración de la presunción de inocencia, garantizada constitucionalmente al acusado.

Por todas esas razones debe ser estimado el motivo (...)

Sentencia 367/2012, Sala Segunda del TS, de 3 de mayo

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

Resumen: **Retirada de la acusación y condena en costas del acusador particular**

Recurso de Casación: n.º **1529/2011**

Artículos: **24 CE, 240 y 742 LECrim**

Sentencia absolutoria dictada como consecuencia necesaria de la retirada de las acusaciones, posteriormente impugnada por quien inicialmente sostuvo la acusación particular que da lugar a que la Sala puntualice dos extremos: no es necesario que tal sentencia contenga hechos probados; la parte que retiró su acusación carece de legitimación para cuestionar el pronunciamiento absolutorio aunque sí, en cambio, la imposición de costas por temeridad y mala fe que se efectuó.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ en concreto los arts. 15, 24 y 25 CE, derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y derecho a la presunción de inocencia, así como los de legalidad penal, igualdad ante la Ley.

Se señala en el motivo la inexistencia de hechos probados en la sentencia, motivo por el cual se infringen los principios constitucionales al haber sido condenado en costas y haber deducido testimonio en su contra, sin haberse hecho constar hechos probados que puedan sustentar ambos pronunciamientos (...).

El desarrollo del motivo hace necesario efectuar unas precisiones previas:

1.^a) Regido nuestro sistema procesal penal por el principio acusatorio que supone la exigencia de que una parte distinta del juzgador sostenga la pretensión penal y prohibida la absolución en la instancia una vez se ha entrado en el juicio oral (arts. 144 y 742 LECrim) el desistimiento de todas las partes acusadoras conlleva ineludiblemente la extinción de la responsabilidad penal, dada la vinculación entre proceso, acción y pena: no hay pena sin un previo proceso y no hay proceso sin ejercicio de la acción por una parte acusadora. Por eso la extinción definitiva del proceso penal implica necesariamente

te, a diferencia del proceso civil, la extinción de la acción penal, y como consecuencia, tiene la misma eficacia que la extinción *stricto sensu* de la responsabilidad penal.

2.^a) Si una acusación no pública retira la acusación queda automáticamente apartada del proceso. Ya consista esa retirada de la acusación en la traducción de un desistimiento del proceso, ya en una renuncia a la acción, y sean cuales sean las razones de la retirada (puras consideraciones teóricas —convencimiento de que no haya elementos suficientes para una condena— u otras puramente utilitarias, pero igualmente legítimas y admisibles —como un pacto previo de la defensa—), en virtud de ese acto procesal tal acusación cesará en su condición de parte. El juicio continuará si existe otra parte —pública o privada— que mantiene la acusación, pero la parte que la ha retirado ya no tendrá posibilidad alguna de intervención en el proceso.

3.^a) En cuanto a los efectos de una retirada de la acusación por todas las partes acusadoras, el pronunciamiento absolutorio resulta obligatorio.

El principio acusatorio exige, no sólo que el juicio oral se abra a instancia de parte, sino además que hasta el fin de proceso sea sostenida la acusación por alguien distinto del órgano de enjuiciamiento.

Toda condena requiere como presupuesto el mantenimiento de una acusación. Un pronun-

ciamiento condenatorio sin que se haya sostenido en el trámite de conclusiones definitivas la pretensión acusatoria, significaría atribuir al tribunal la función de acusar, lo que no es compatible con los postulados del actual sistema procesal penal, que parte de la incompatibilidad, orgánica y funcional, entre la persecución y el enjuiciamiento, entre la actividad acusatoria y la actuación decisoria.

4.ª) Respecto a la forma de la resolución, no obstante alguna opinión doctrinal partidaria del dictado de un auto de archivo definitivo dotado de fuerza de cosa juzgada, la actual regulación de la LECrim parece imponer la forma de sentencia (art. 742).

El contenido de esta sentencia debe ser, en todo caso, peculiar, por cuanto ha de limitarse, tras la consignación del correspondiente encabezamiento, a constatar entre los antecedentes que se han retirado las acusaciones y a limitarse en los razonamientos jurídicos a explicar que el principio acusatorio impide al Juez o tribunal entrar a conocer de los hechos e impone decretar la absolución.

Es habitual, por ello, que en estas sentencias absolutorias por falta de acusación no se recojan hechos probados, pues ello supondría que el tribunal entrase a conocer del objeto del proceso, cuando no puede hacerlo por no existir acusación y representaría una vulneración del art. 142.2 LECrim.

Segundo.—En el caso presente ésta es, en parte, la situación producida.

Así en los antecedentes de hecho se detallan las vicisitudes procesales de la causa, y en particular, en el apartado tercero como el MF interesó la libre absolución de los acusados en su escrito de conclusiones provisionales, y en el apartado cuarto, como iniciado el acto del juicio oral, en trámite de cuestiones preliminares, la acusación particular retiró los cargos deducidos contra los acusados, apartándose de la acusación formulada, a lo cual la defensa de los acusados instó a la Sala la imposición al acusador particular de las costas procesales, incluidas las de la defensa, por su mala fe.

Y en los fundamentos de derecho, en el primero se razona cómo al no existir acusación, al

haberla retirado la única parte que ejercía la acción penal constituida su acusación particular, la estricta observancia del principio acusatorio conduce necesariamente al pronunciamiento absolutorio que ya se anticipó en el acto del juicio oral, y en los fundamentos segundo y tercero, se analiza la pretensión de la defensa relativo al pronunciamiento de condena de costas contra el acusador particular, explicando las razones por las que considera que en el presente caso concurrían en su actuación temeridad y mala fe (...) y concluye que existía razón bastante para acceder no sólo a la petición de la defensa de imponer a la acusación particular las costas causadas en el proceso, incluidas las irrogadas a los acusados, sino también para deducir testimonio de particulares y remitirlos al juzgado de instrucción en relación con los presuntos delitos de falsedad documental, falsedad de certificados y, en su caso, de presentación en juicio de documentos falsos, en que pudieran haber incurrido el acusador (...).

a) Siendo así, la ausencia de hechos probados que permitan sustentar estos dos pronunciamientos (condena en costas y deducción de testimonio) no tiene la relevancia constitucional denunciada, no ya porque, con arreglo al criterio que ha quedado expuesto, en estas sentencias absolutorias por falta de acusación es habitual que no se consignen hechos probados, sino porque, en todo caso, la complementación del relato fáctico con afirmaciones de esta naturaleza contenidas en la fundamentación jurídica. Y en este caso, además, en los antecedentes de hecho, es admitida en la jurisprudencia, máxime cuando lo único que podría detectarse es un simple defecto de carácter sistemático, colocando en lugar inadecuado una afirmación, cuyo contenido fáctico no ofrece dudas, sin que ocasione indefensión alguna a las partes (SSTS 8-4-2010 y 18-7-2007) ni, por tanto, vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Asimismo las referencias a la vulneración de la presunción de inocencia no pueden ser asumidas. (...) Las partes acusadoras carecen de legitimación para esgrimirla, en contra de su único y legítimo titular que es, como se ha dicho, la persona acusada de un hecho delictivo. No puede alegarse, con fortuna, la vulneración

del principio constitucional de inocencia en favor del acusador, entendiendo que si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo, practicada legalmente, ha de llevar a la condena.

La persona o entidad que ejercita la acusación particular, así como el Ministerio Fiscal, puede alzarse y discrepar de una sentencia absolutoria, pero no puede basar su impugnación en aquel principio constitucional, sino que en ejercicio indiscutible de este derecho, sólo puede utilizar los cauces previamente establecidos, pudiendo escoger entre los vicios procedimentales que afectan a la validez de la sentencia o incluso a la subsistencia del juicio celebrado, bien entrando en la cuestión de fondo que afecta a los hechos y a la calificación jurídica o esgrimiendo directamente una petición de nulidad de actuaciones. (...)

Por ello, las sentencias absolutorias sólo pueden ser recurridas por las acusaciones, acudiendo, como ya se ha dicho a los cauces establecidos en las diferentes vías de recursos que abren las leyes procesales. Darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo. (...)

Tercero.—Consecuencia de lo hasta ahora razonado es que el hoy recurrente carece de legitimación para impugnar o cuestionar el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia (...).

Cuestión distinta es su legitimación para discrepar del resto de los pronunciamientos de la sentencia que pudieran implicar un gravamen para dicha parte: la deducción del testimonio y la condena en costas por su temeridad y mala fe.

1) Respecto a la deducción de testimonio, no puede por su naturaleza provisional vulnerar la presunción de inocencia, que es compatible

con la aplicación de medidas cautelares (STC 17-4-89) e incluso con el procesamiento (STC 19-7-89).

2) Y en relación a la condena en costas la queja del recurrente debe ser analizada conjuntamente con el motivo segundo por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, *error iuris* infringiendo normas penales de carácter sustantivo —se entiende art. 123 CP en relación con el art. 240.3 LECrim—.

En este sentido es cierto que el art. 240.3 LECrim y último párrafo establece que las costas procesales pueden ser impuestas al querellante particular o actor civil, cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe (...).

Aunque no hay un concepto o definición legal de la temeridad o mala fe (STS 37/2006) se suele entender por esta Sala, como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de aquí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados por su temeraria actuación. (...)

Ciertamente es posible distinguir los conceptos de mala fe y temeridad, aunque sus efectos en materia de costas sean los mismos. El primero, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia (ver el art. 433 C. Civil en materia de posesión), mientras que el segundo tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es explicable al que es consciente de su falta de razón procesal y a pesar de ello insiste en que el ejercicio de la acción, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho, sucediendo que en muchos casos ambos planos se confunden o superponen.

Cuarto.—El caso analizado ofrece la peculiaridad ya destacada, de que el juicio oral, abierto exclusivamente a instancias de la acusación particular por un delito de denuncia falsa, no llegó a celebrarse, por la retirada de la acusación en el trámite de cuestiones preliminares, lo que motivó, en virtud del principio acusatorio,

el dictado de un pronunciamiento absolutorio, sin entrar a valorar, por tanto, lo que constituía el objeto del proceso, esto es si la denuncia interpuesta era falsa o no —no olvidemos que la sentencia recaída en el juicio de faltas 435/2008, de fecha 22-12-2008 absolvió al hoy recurrente de aquella denuncia—.

Ello supone que las consideraciones que la Sala efectúa para fundamentar la mala fe del acusador particular y su condena en costas, descartando su versión sobre los motivos de la retirada de la acusación —el tiempo transcurrido y la inexistencia de nuevos conflictos con los agentes— y calificando la acusación «de infundada y absolutamente injusta, puesta al servicio de la cruzada particular que emprendió contra los Agentes en represalia por la actuación policial contra su hijo y basada en un documento de

cuya posible manipulación hay indicios poderosos», resultan inadecuadas en este momento procesal, pues siendo suficientes para justificar la deducción del testimonio, no lo son para la condena en costas, al basarse en el resultado de una prueba documental que no ha sido objeto de contradicción ni ratificada en el juicio oral, al igual que el resto de las pruebas a que alude el recurrente y que se aportaron al anterior juicio de faltas, y cuya hipotética falsedad es precisamente lo que deberá acreditarse en la correspondiente investigación judicial que se lleve a cabo en virtud del testimonio acordado, pero cuya resultado no puede por ello, anticiparse.

Quinto.—Estimándose el recurso interpuesto, procede declarar las costas de oficio (art. 901 LECrim).

Sentencia 235/2012, Sala Segunda del TS, de 4 de mayo

Ponente: **Don José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Violación. Actuación conjunta**

Recurso de Casación: **n.º 813/2011**

Artículos: **28, 29, 179, 180 y 242 Código Penal**

Robo y violación. Agravación por la actuación conjunta. Se resume la jurisprudencia relativa a la apreciación de la causa de agravación por actuación conjunta en el delito de violación, ratificando el criterio de separar los supuestos de coautoría y cooperación necesaria. Recogemos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el correlativo ordinal y al amparo del art. 849.1.º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 180.1.2 del Código Penal.

1. El recurrente estima inaplicable tal cualificación en la agresión sexual materialmente atribuida a Urbano, la primera de las descritas en el *factum*, y de la que se dice que Carlos Manuel estaba fuera del coche «mirando», desconociendo si la mirada fue fugaz o persistente. En todo caso sería cooperador necesario, como correctamente lo califica la combatida (cómplice necesario), que —a su juicio— no puede tener

la misma responsabilidad que quien ejecuta la materialidad de los actos sexuales forzados, ya que éste se limita a una simple mirada, desapareciendo de inmediato del lugar de los hechos y por ende del alcance visual de la ofendida.

En apoyo a su tesis cita varias sentencias de esta Sala (217/2007, de 16 de marzo, 885/2009, de 9 de septiembre, y 190/2010, de 10 de marzo) cuya doctrina se resume en que «no puede ser tenida en cuenta la agravación específica de actuación conjunta de varias personas cuando el recurrente ha sido condenado por su participación, como cooperador necesario, en la acción de otro».

2. El motivo debe estimarse parcialmente. Se rechaza la pretensión de que por el hecho de no mirar al coche ya no interviene en el hecho, cuando la naturaleza del motivo obliga a respetar el *factum* en todo su contenido, orden y significación y en él se describen unos hechos, en los que los intervinientes actúan según un plan previamente proyectado, desplegando conductas coordinadas, unas antes del hecho nuclear delictivo y otras durante ese hecho.

Como apunta la STS de 30 de septiembre de 2010: «... todos los que en grupo participen en casos de violaciones múltiples... actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual, formando parte del medio intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir» (véase SSTS 486/2002 de 12 de marzo; 481/2004 de 7 de abril; 744/2004 de 14 de junio; 1169/2004 de 18 de octubre; 626/2005 de 13 de mayo; 686/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio; 975/2005 de 13 de julio; 1291/2005 de 8 de noviembre; 1462/2005 de 11 de noviembre; 1386/2005 de 23 de noviembre; 76/2008 de 31 de enero; 85/2009 de 9 de septiembre y 1142/2009 de 24 de noviembre, entre otras).

3. Antes de dar solución al problema resulta oportuno hacer algunas puntualizaciones sobre la postura adoptada por esta Sala.

En efecto, la solución jurisprudencial a la hipótesis más emblemática de violaciones dobles (e incluso múltiples) con intercambio de roles entre autores y partícipe —primero uno accede y otro intimida y luego al revés— ha registrado diversos infoques.

En tal sentido podemos distinguir:

a) En un primer momento la Sala II consideraba que estábamos en presencia de dos delitos de violación del art. 179 del CP, con la característica de que en cada uno de ellos el autor era el que realizaba el acceso y el partícipe quien utilizaba la violencia o intimidación instrumental. Ahora bien, ni al autor ni al partícipe se le aplicaba el subtipo agravado, pues «la participación plural se entendía satisfecha con la doble penalidad del tipo básico y el principio *ne bis in idem* habría resultado vulnerado con la extensión del subtipo no sólo al autor, sino

también al partícipe» (véase, por todas, STS 12-3-2002).

b) En una segunda etapa, que puede considerarse la más ampliamente seguida por esta Sala, el subtipo acabó por aplicarse a supuestos en que concurrían en el hecho delictivo sólo un autor y un partícipe (véanse SSTS 975/2005 de 13 de julio; 217/2007 de 16 de marzo; 61/2008 de 24 de marzo, 1142/2009 de 24 de noviembre; 187/10 de 10 de marzo de 2010 ; 535/10 de 6 de mayo de 2010, 742/10 de 15 de julio de 2010 y 194/2012 de 20 de marzo. En estos casos la cualificación alcanzaría sólo al autor.

c) Dentro de la línea antes dicha existe una variante que se refiere a aquellos casos en que concurren un autor y varios partícipes, relevándose en el rol o sin relevación, a los que nunca alcanzaría la cualificación al conceptuarlos como cooperadores necesarios de la conducta nuclear de otro.

Así nos dice la Sala que «cuando existe una cooperación necesaria en agresiones concertadas, cada sujeto responde de su propia agresión sexual y de la que hubiese cooperado, si bien en esta última sin la concurrencia del subtipo agravado de actuación en grupo. Véase SSTS 686/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio, 975/2005 de 13 de julio; 217/2007 de 16 de marzo; 439/2007 de 21 de marzo, 86/2007 de 14 de febrero; 61/2008 de 14 de enero; 885/2009 de 9 de septiembre; 1399/2009 de 8 de enero de 2010; 742/2010 de 15 de julio; 190/2010 de 10 de marzo; 421/2010 de 6 de mayo).

d) Una cuarta etapa que surge con la STS 27 de julio de 2009, en que advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la «violencia o intimidación», alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo para sucesivos «accesos carnales» de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación». El primer aspecto está dentro de la línea decisoria correcta; el segundo no resultaría admisible, en tanto no cabe continuidad delictiva entre varios sujetos activos.

4. Para concretar acerca de la solución más correcta, se impone la delimitación del alcance agravatorio del apartado 2.º del art. 180.1 del C.Penal, referido a la actuación conjunta de dos o más personas.

La ratio agravatoria de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones:

- a) En la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
- b) Se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima.
- c) Existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva.
- d) Mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

En el fondo la ratio agravatoria coincidiría con las circunstancias genéricas de abuso de superioridad, cuadrilla (ya derogada), auxilio de otras personas, etc., que se contienen en el número 2 del art. 22 del Código Penal, al que se debería acudir de no existir el presente subtipo agravado (art. 180.1 2.º del CP).

Si se garantiza y refuerza la ejecución del hecho favoreciendo su comisión por parte del autor, es claro que el cooperador necesario nunca es autor, y si nunca pretendió yacer o acceder carnalmente con el sujeto pasivo nunca pudo beneficiarse de la intervención de terceros para conseguir propósitos que no son los suyos.

Aunque el subtipo no exige una «autoría conjunta» (coautoría) sino una actuación conjunta, que constituye un concepto distinto, no sería descabellado o ilógico acoger una interpretación sostenida por un importante sector doctrinal, que limita la proyección de la agravación a los autores del art. 28 p. 1 del CP (ejecutar conjuntamente el hecho) con eliminación de los cooperadores necesarios. La doctrina dominante de esta Sala llega a esa conclusión por otra vía interpretativa (evitando la infracción del principio «non bis in idem»). (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 813/2011, CON FECHA 04-05-2012

Con el máximo respeto para la mayoría de la Sala, expreso a través del presente voto particular mi discrepancia con el criterio aplicado en los fundamentos jurídicos cuarto, octavo y decimocuarto respecto de la aplicación del artículo 180.1.2 del Código Penal.

Este precepto dispone una pena mayor para los delitos de agresión sexual cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. Actuación conjunta no significa exactamente lo mismo que coautoría o autoría conjunta, pues la participación de varios sujetos en la comisión de una agresión sexual hace que se aprecie la actuación conjunta aun cuando alguno o algunos solo operen como partícipes, necesarios o no.

La actuación conjunta en la comisión, por lo tanto, es apreciable cuando aparezcan dos o más sujetos en la ejecución del hecho.

En principio, no aprecio razones para aplicar la agravación solo a los autores, y excluir a los cooperadores, necesarios o no, siempre que contribuyan en la ejecución. (La contribución a la fase de preparación plantea otros problemas que no es preciso examinar ahora). En este sentido coincido con la sentencia mayoritaria en cuanto en el Fundamento jurídico cuarto.4 se refiere al fundamento de la agravación citando las siguientes razones: a) la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros; b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima; c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por el contrario mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva; d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

Todas ellas son aplicables tanto a quien mantiene acceso carnal como a quien aporta la inti-

midación o la violencia, contribuyendo, pues, de forma tan definitiva a la ejecución de tal acceso, pues todos ellos actúan conjuntamente en la ejecución de la agresión sexual.

Con mayor razón si se tiene en cuenta que, si bien la doctrina de esta Sala entiende que la coautoría tiene lugar cuando, mediando un acuerdo, previo o simultáneo, los distintos sujetos aportan algo esencial a la ejecución, la cual se desarrolla dentro de los límites del referido acuerdo, sin desviaciones imprevisibles, la mayoría de la jurisprudencia ha entendido que en los delitos de agresión sexual con acceso carnal, autor solamente puede ser quien tiene tal acceso, calificándose como cooperación necesaria la intervención de los demás, aun cuando su aportación consista en la violencia o intimidación que caracteriza el delito.

De esta forma, en una agresión sexual con acceso carnal en la que tal acceso solo lo tiene un sujeto, mientras dos o más contribuyen sujetando o intimidando a la víctima, es claro que se produce una actuación conjunta de más de dos personas, quien tiene el acceso carnal y los dos que sujetan o intimidan, por lo que en principio nada impediría la aplicación de la agravación por actuación conjunta a todos ellos. Pues todos actúan al mismo tiempo y perciben simultáneamente la intervención de los demás. En realidad, solo impide que se califique como autores a todos ellos la consideración relativa a que, exigiendo ese tipo concreto el acceso carnal, solo a quien lo tiene cabe calificar como autor.

La jurisprudencia ha entendido igualmente que cuando solo existe un autor y un cooperador, de acuerdo con las reglas que se acaban de exponer, no es posible aplicar la agravación al cooperador. Pero no porque no exista una actuación conjunta, que efectivamente existe al cometer el hecho conjuntamente dos personas. O porque la contribución como cooperador merezca menos sanción que la intervención como autor, lo cual resulta terminantemente desmentido por el artículo 28 del Código Penal. Sino porque la misma naturaleza de la imputación como cooperador implica la existencia de otro, el autor, a cuyo hecho se coopera, de manera que la cooperación ya supondría al mismo tiempo, y por la misma razón de la contribu-

ción, la actuación conjunta y, en consecuencia, la agravación. En estos casos, de aplicarse siempre la agravación, no cabría cooperación al tipo básico. El cooperador no podría existir si no es en relación con la acción de otro, de forma que la imposibilidad de aplicar la agravación resulta de la prohibición de doble valoración de una misma conducta para extraer una doble consecuencia negativa. Lo cual no ocurre cuando se trata de la participación de al menos tres personas, pues el cooperador, en ese caso, contribuye a un hecho que ya está agravado por la intervención, en actuación conjunta, de otros dos. De forma que su cooperación no determina al mismo tiempo la agravación. En la reciente STS n.º 194/2012, en un supuesto similar, se decía lo siguiente: «1. La doctrina tradicional de esta Sala (STS n.º STS n.º 455/2009 y STS n.º 757/2011) ha entendido que en los delitos de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal en los que existe acceso carnal, solo es autor material quien tiene tal clase de acceso con la víctima, aunque se trata de una cuestión doctrinalmente discutida y aunque en sentido contrario exista algún precedente en la jurisprudencia (STS n.º 1903/1994, y STS n.º 849/2009). La jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que quien, existiendo acuerdo con otro autor o autores, aporte un elemento esencial a la fase de ejecución del delito será coautor, pues tiene el dominio del hecho, dado el concepto generalmente aceptado de coautoría como ejecución conjunta del hecho, determinante de un codominio funcional, que no requiere que cada uno de los autores ejecute la acción típica. Esta tesis tiene sus excepciones en supuestos de delitos especiales en que la autoría requiere condiciones especiales en el sujeto activo, o en los delitos llamados de propia mano, en los que está limitado el concepto de autor, de forma que, en esos casos, quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho.

En cualquier caso, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que

su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice.

El artículo 180.1.2.^a del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las que justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Decíamos en la STS n.º 1667/2002, con cita de la STS n.º 486/2002 que «... esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio “non bis in idem” cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado».

En la misma línea, en la STS n.º 421/2010, que «... es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravársele vía

art. 180.1.2.º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del *non bis in idem*. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 975/2005 de 13 de Julio; 217/2007 de 16 de Marzo; 439/2007 de 31 de Marzo; 61/2008 de 24 de Enero y 1142/2009 de 24 de Noviembre, todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere».

En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella.

En principio, es posible la cooperación a un hecho de otro, cometido individualmente por éste, de tal manera que el cooperador, al mismo tiempo que hace su aportación, integraría la actuación conjunta, de modo que se valoraría su aportación en dos ocasiones sucesivas. Dicho de otra forma, así entendido, en su condición de cooperador siempre se incorporaría la ejecución conjunta, que sería valorada en su integridad para apreciar la cooperación y, al mismo tiempo, también en su integridad, nuevamente, para apreciar la agravación.

Y también es posible la cooperación al hecho cometido por el autor ya en acción conjunta con otros, sean también autores o sean cooperadores. Es decir, que el hecho ya se cometería en actuación conjunta con independencia de la participación del cooperador. Si éste conoce esa circunstancia, nada impediría la aplicación de la agravación en ese caso, pues cuando hace su aportación el hecho, éste ya se cometía en actuación conjunta, independientemente de que él participara o no.

La limitación solo opera, por lo tanto, cuando se trate de dos personas, una que actúa como autor y otra que lo hace como cooperador, resultando aplicable al primero y no al segundo;

y ello como consecuencia de la prohibición general de doble valoración, y no a causa de la inexistencia de la actuación conjunta, que efectivamente existe, desde el momento en que varias personas (dos o más) concurren e intervienen en la ejecución del hecho».

En los hechos declarados probados en la sentencia, se hace referencia a la actuación conjunta de tres personas, de forma que mientras el primero, y luego el segundo, tienen acceso carnal con la víctima, los otros dos contribuyen con su presencia a la intimidación, de manera que el tribunal de instancia los condenó, y esta Sala lo confirma, considerándolos cooperadores necesarios. Partiendo de esta calificación,

en la medida en la que aportan con su presencia el mantenimiento de la intimidación creada entre todos ellos, entiendo que cada contribución durante la ejecución al hecho consistente en el acceso carnal, opera sobre un hecho ya agravado por la actuación conjunta de los otros dos, de manera que nada impide la aplicación de la agravación, pues en ningún caso se produciría una doble valoración del mismo hecho o circunstancia para obtener dos consecuencias negativas para el acusado.

En consecuencia, entiendo que los motivos en los que se pretendía por los recurrentes la inaplicación del artículo 180.1.2 del Código Penal debieron ser desestimados.

Sentencia 337/2012, Sala Segunda del TS, de 4 de mayo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Refundición de condenas. Pena en abstracto**

Recurso de Casación: n.º 11592/2011

Artículos: **58, 62 y 76 Código Penal y 988 LECrim**

Refundición de condenas. Para determinar el límite máximo de cumplimiento, de acuerdo con las reglas del art. 76 CP, se atenderá a la pena en abstracto, con independencia de que pueda venir degradada en su imposición por quedar el delito en grado de tentativa. Por otra parte, se reitera que la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional referida al abono de prisión provisional debe hacerse a la luz de la denominada «doctrina Parot»; esto es, en relación a cada delito y no al límite máximo de cumplimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primero de ellos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 76.1.b) del CP, con la correlativa inaplicación del art. 76.1 del CP, que fija el límite de cumplimiento en 20 años de prisión.

A) Son antecedentes necesarios para la delimitación del objeto del presente recurso los siguientes: a) Felicísimo fue condenado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el procedimiento sumario 13/1999, a las penas de 12 años de prisión por el delito de pertenencia a banda armada, 2 años por el delito de tenencia de armas de fuego y 4 años y 6 meses de pri-

sión por un delito de falsificación de documento oficial; b) posteriormente, el recurrente resultó también condenado en la sentencia 53/2000, de 27 de octubre, a una pena de 18 años de prisión por un delito de asesinato terrorista en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 572.1.1.º, 139.1.º, 16 y 62 del CP.

El auto recurrido ha fijado el límite máximo de cumplimiento en 30 años de prisión, conforme a lo previsto en el art. 76.1 del CP, en su redacción originaria, aprobada por la LO 10/1995, 23 de noviembre. Los Jueces de instancia rechazan la reducción de ese término al estimar que «... la penalidad que procede considerar es aquella aplicable al delito en abstracto, sin interven-

ción alguna de circunstancia modificativa de la penalidad» (sic).

La defensa del recurrente sostiene, sin embargo, que el análisis de la pena que haya de imponerse al delito no puede prescindir de las circunstancias concurrentes del caso y, muy particularmente, algunas de tanta relevancia como el grado de desarrollo de los hechos o el grado o nivel de participación del reo, pues en el presente caso, el delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado y tiene por tanto límites penológicos autónomos. Se citan a tal efecto una serie de precedentes de esta misma Sala en los que, en trámite de revisión de sentencia la comparación se efectuó atendiendo a la pena en concreto y se concluye que la redacción del art. 70 del CP, operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, ha establecido que la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito que se trate, deducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer, con lo que la pena en abstracto del delito de asesinato en grado de tentativa podría alcanzar como máximo una pena de 19 años y 364 días, con lo que al no poder imponerse una pena de 20 años, el límite que debería haber aplicado la Audiencia Nacional, con fundamento en el art. 76.1 del CP sería el de 20 años y no 30 como establece el auto recurrido.

B) Tiene razón la defensa cuando acentúa la sustantividad de los tipos de imperfecta ejecución. Así lo proclama de forma expresa la mayoría de la dogmática y esta idea viene presidiendo el criterio jurisprudencial para la solución de supuestos de revisión de condena como consecuencia de reformas legislativas que obligan a un juicio ponderativo de la legislación penal más favorable. Sin embargo, no es éste el supuesto de hecho que ahora nos ocupa.

En el presente caso, de lo que se trata es de fijar los términos de la acumulación jurídica de varias condenas entre las que se incluye una de 18 años de prisión, impuesta al recurrente como autor de un delito de tentativa de asesinato terro-

rista de los arts. 572.1.1, 139.1, 16 y 62, todos ellos del CP. La Audiencia Nacional ha estimado que, atendiendo a la pena en abstracto, fijada por el primero de los preceptos citados en una horquilla de entre 20 y 30 años de prisión, resulta de obliga aplicación el art. 76.1 b) del CP que, en la redacción vigente en la fecha de comisión de los hechos, fijaba en 30 años el máximo de cumplimiento en los supuestos en que el acusado hubiere sido condenado «... por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años».

Y la Sala comparte el criterio de la Audiencia Nacional porque es acorde con la solución ofrecida por otros precedentes similares. Es el caso, por ejemplo, de la STS 136/2006, 15 de febrero. La transcripción literal del FJ 5.º resulta de especial interés. En él puede leerse lo siguiente: «... el motivo tercero del recurso se formula al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley, y en concreto por indebida aplicación de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica de mismo carácter. En el presente caso debido a la aplicación indebida del art. 76.1.d del CP en relación con la vulneración del art. 9.3 de la CE (legalidad y seguridad jurídica) y artículo 17.1 del mismo texto constitucional. [...] La censura se centra en la decisión del Tribunal de instancia de fijar en cuarenta años de prisión el tiempo máximo del cumplimiento de las penas impuestas. [...] La sentencia establece que “conforme a la letra d) del número 1 del art. 76 CP, se fija el límite máximo de cumplimiento en 40 años de prisión, al estar el homicidio terrorista consumado castigado con pena superior a 20 años”. [...] El recurrente, por su parte, sostiene que la sentencia incurre en “error iuris” porque el tiempo máximo de cumplimiento no debe ser establecido atendiendo al delito de homicidio consumado, sino al de homicidio intentado que es el que calificó la Sala sentenciadora, cuya pena en ningún caso sería superior a los veinte años de prisión. [...] El precepto aplicado establece que el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable será “de 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo... y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”. [...] El delito de homicidio terroris-

ta está comprendido en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código, cuyo art. 572.1.1 no contempla la forma imperfecta de ejecución como un valor autónomo independiente del delito consumado que tipifica, de suerte que la redacción del art. 76.1.d) CP, al incluir el término “delitos” sin ninguna otra precisión o especificación se está refiriendo al concepto legal de delito que se expresa en el art. 10 del Código, en cuya definición no se hacen distingos sobre las formas imperfectas de ejecución o de participación. [...] De hecho, la cuestión es la misma que se presentó a la hora de interpretar la expresión “pena máxima señalada al delito” del art. 131 CP al establecer los plazos de prescripción de las diferentes figuras delictivas tipificadas en el Código. Pues bien, la polémica suscitada al respecto sobre si el marco de referencia debía ser la pena máxima establecida para el delito consumado, o, por el contrario, la señalaba al delito atendiendo al grado de ejecución alcanzado o a las formas de participación, quedó zanjada por el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 1997, en el que se abordó si había de partirse de la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y ejecución, resolviéndose el debate de acuerdo con la primera tesis. La consecuencia de dicha resolución se plasmó, entre otras, en la STS de 12 de abril de 1997 que, si bien anterior al Pleno citado, fue el criterio sustentado en la misma el que prosperó en la Junta General, y en la que se dejaba sentado que “tenemos que afirmar que cuando la ley habla de delitos graves entiende por tales aquellos a los que se señala una pena superior a tres años sin tomar en consideración si el delito se ha cometido en grado de tentativa o consumado, con lo que podemos afirmar que si por aplicación de una eximente incompleta debemos bajar la pena a una franja inferior a tres años no por eso el delito pierde la consideración de grave. En resumen la gravedad se determina por la pena abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda llevarnos la estimación de formas imperfectas de ejecución o los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal...”. [...] La aplicación del art. 76.1.d) CP resulta, pues, ajustada a

derecho y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado».

A la misma conclusión, aunque con distinto itinerario deductivo, llega la reciente STS 145/2012, 6 de marzo. En este caso, aun aceptando que la determinación del límite de cumplimiento ha de tomar como referencia el marco punitivo que ofrece la tentativa del delito de asesinato terrorista —ponderando todas las posibilidades de reducción que ofrece el art. 62 del CP la pena podría ir de 5 a 20 años—, concluye que «... nunca puede llegarse a una pena superior a 20 años (...). Consecuentemente nos encontramos en las previsiones del art. 76.1.a), que fija como tope máximo la pena de 25 años, al no ser la pena de ninguno de los delitos superior a 20 años».

Algo similar acontece con uno de los precedentes ofrecidos por la defensa y el Fiscal. Se trata de la STS 302/2004, 11 de marzo. Es cierto que en esta resolución, la Sala se inclina por tomar como referencia cuantitativa la respuesta penal asociada, no al delito de asesinato terrorista en abstracto, sino a la pena prevista, también en abstracto, a la tentativa de ese delito, que oscilaría entre los 5 y 20 años de prisión, una vez operada la rebaja en uno o dos grados impuesta por el art. 62 del CP. Pues bien, aun tomando como punto de partida ese presupuesto metodológico, la sentencia fija en 20 años —no en 19 años y 364 días, como pretende el recurrente— el tope máximo de la pena resultante, estimando de aplicación el art. 76.1.a) y, por tanto, fijando en 25 años el límite de cumplimiento. Y lo hace con el siguiente razonamiento: «... a la vista del contenido del artículo 76 no hay duda que nos encontramos, ante un supuesto que desborda las previsiones legales para la generalidad de los casos, y entra en los supuestos específicos de ampliación del tiempo máximo de la condena, en función de la gravedad y entidad de las penas impuestas. Dentro de este supuesto, el legislador ofrece dos opciones: una primera que nos lleva a un máximo de cumplimiento de veinticinco años, y otra a un máximo de treinta años, según la versión del Código Penal vigente, en el momento de entrar en juego las extensiones de las penas y su posible acumulación. [...] El argumento de la Sala para aplicar el límite máxi-

mo de treinta años, pasa por considerar que las penas que se contemplan en el artículo 76, son las penas en abstracto. Nada tenemos que objetar a esta valoración, pero no se puede aplicar este criterio tomando siempre, como referencia, el delito consumado. Si el delito es consumado la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde cinco años hasta veinte años pero nunca puede llegarse a una pena superior a los veinte años. [...] El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos. [...] Nos encontramos en las previsiones del artículo 76.1.a) que fija como tope máximo la pena de veinticinco años, al no ser la pena de uno de los delitos superior a veinte años».

Tampoco resulta definitiva la cita de la STS 1129/2009, 10 de noviembre. En ella no se resuelve el tema suscitado en el presente recurso, en la medida en que se trataba de la tentativa de un delito de atentado terrorista agravado en atención a la víctima, en aquel caso, un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. No se operaba, por tanto, con la pena básica —20 a 30 años de prisión del art. 572.1 del CP— sino con esa misma pena en su mitad superior (art. 572.2 CP) que, ineludiblemente, hacía entrar en juego el tope de 30 años fijado por el art. 76.1.b).

La solución que se propugna no está, desde luego, en contradicción con los restantes precedentes que con minuciosa cita ofrece la defensa del recurrente. Las resoluciones mencionadas en el escrito de desarrollo del primero de los motivos (AATS 28 octubre 1998; 10 febrero 1999; SSTS 1375/1998, 10 de octubre y 319/2000, 15 de febrero, se refieren a supuestos de revisión de pena, por tanto, de distinta naturaleza que el que define el presente recurso de casación.

En suma, la fijación de los términos de la acumulación jurídica debe realizarse de acuerdo con la pena en abstracto asociada al delito cometido, con independencia de la degradación puni-

tiva operada como consecuencia de la imperfecta ejecución del hecho pretendido por el autor. La propia utilización de los vocablos «hasta» o «superior a» empleados por los apartados a), b), c) y d) el art. 76.1, evocan la voluntad del legislador de operar con cuadros abstractos de medición de pena. Esas expresiones están en abierto contraste con la locución «la más grave de las penas en que haya incurrido» —art. 76.1 CP—, que sí toma como referencia una pena en concreto, ya definida en su duración definitiva.

Con independencia de lo anterior, aun cuando nos moviéramos en el marco penal asociado al delito intentado, la reivindicación del recurrente encaminada a sustituir el tope máximo de la pena resultante —5 a 20 años de prisión por 5 años a 19 años y 364 días de prisión— presenta importantes dificultades que no pueden pasar desapercibidas. Es cierto que la LO 15/2003, 25 de noviembre, dio nueva redacción al art. 70 del CP. Pero esa adición o supresión de un día aparece como una referencia correctora para identificar uno y otro marco punitivo. No ha traído consigo —precisamente por su innecesariedad— una sustitución paralela de otros preceptos, como es el caso del art. 76 del CP. Sucede, por tanto, que llevando a sus últimas consecuencias la tesis del recurrente, existiría una franja cuantitativa sustraída a toda posibilidad de limitación. En efecto, si el apartado a) del art. 76 abarca aquellos casos en que uno de los delitos está castigado con pena de prisión hasta 20 años —19 años y 364 días— y el apartado b) engloba aquellos otros en los que alguno de los delitos estuviera castigado con pena de prisión superior a 20 años —20 años y 1 día—, la pregunta surge por sí sola: ¿qué sucede cuando uno de los delitos está castigado con pena de 20 años? La tesis del recurrente —apoyada por el Fiscal— convierte esa franja en una referencia cuantitativa errática, sin solución posible.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Tercero.—Los motivos segundo y tercero son susceptibles de tratamiento unificado. Se formulan al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 58 del CP, en su redacción originaria de la LO 10/1995, 23 de noviembre y con cita de los arts. 5.4 de la

LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración del art. 17 de la CE, en relación con los arts. 57.1 de la CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 del PIDCP y en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Argumenta la defensa de Felicísimo que éste permaneció en prisión provisional, en la causa 13/1999, del Juzgado Central de instrucción núm. 3 desde el 14 de marzo de 1999 hasta el 16 de abril de 2001, en que recayó sentencia condenatoria. También estuvo afectado por la medida cautelar de prisión preventiva en el sumario núm. 7/1997, desde el 27 de abril de 1999 hasta el 19 de noviembre de 2001, en que adquirió firmeza la sentencia núm. 53/2000 de 27 de octubre. Existen, por tanto, períodos coincidentes en los que el recurrente estuvo en situación de penado y preso preventivo —desde el día 17 de abril de 2001, hasta el 19 de noviembre de 2001— que deberían computarse sobre la pena resultante acumulada y no sobre cada una de las condenas. Así se desprende de la redacción previgente del art. 58 del CP y de la jurisprudencia constitucional que lo ha interpretado.

No tiene razón el recurrente.

Como recuerda el Ministerio Fiscal, la pretensión del recurrente es incompatible con la doctrina sentada por esta Sala, que ha afirmado que «... en el caso de las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas, por estrecha analogía con lo anterior, las mismas se han de producir 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 resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas, de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del referido límite legal, éste continuará operando tal como se previó en su momento». En

la misma línea, la STS 759/2011, 30 de junio, recuerda que «... finalmente procede recordar en lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de acumulación de penas que como afirmamos recientemente en nuestra sentencia 207/2011, la cuestión ha de ser abordada desde la perspectiva del criterio establecido en la STS 197/2006, conforme al cual una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica, por lo que las diferentes penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho de tal modo que la forma de cumplimiento de la condena total se iniciará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, dándose comienzo al comienzo del cumplimiento de la siguiente una vez extinguida la primera y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973 o 76 del Código Penal vigente y produciéndose la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante llegados a dicho estadio. Por tanto, el cómputo de los períodos 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».

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

Sentencia 359/2012, Sala Segunda del TS, de 9 de mayo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Tráfico de drogas. Momento consumativo**

Recurso de Casación: **n.º 1784/2011**

Artículos: **16 y 368 Código Penal**

Tráfico de drogas. Momento consumativo. Se entiende ya consumado el tipo en el supuesto de quien, habiendo ingerido las cápsulas que contienen la droga, en vez de emprender el viaje previsto acude al centro médico para su expulsión. La Sala de instancia había absuelto por entender presente una tentativa desistida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En relación con la consumación o no del delito contra la salud pública, esta Sala ya ha indicado en repetidas ocasiones que la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha sido admitida por la jurisprudencia con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aun sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas).

Y es esa configuración como delito de peligro abstracto la que impide, en el supuesto que nos ocupa, atribuir eficacia jurídica a un desistimiento que, una vez se hizo presente, no podía en modo alguno impedir la consumación y consiguiente ofensa del bien jurídico protegido. Se ha dicho en relación con el delito de tráfico de

drogas previsto en el art. 368 del CP, que se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión.

Esta Sala ha rechazado la apreciación del desistimiento en relación con el delito previsto en el art. 368 del CP en otros precedentes, de los que son buena muestra, por ejemplo, las SSTS 322/2008, 30 de mayo o 1053/2007, 18 de diciembre. En esta última, se razona en los siguientes términos: «... el desistimiento del artículo 16.2 del Código Penal supone que el delito no ha sido consumado. Y es bien sabido que el delito contra la salud pública por tráfico de drogas se consume con la mera posesión, mediata o inmediata, cuando pueda inferirse adecuadamente el destino al tráfico. La ley no contempla la posibilidad de desistimientos incompletos que pudieran actuar como atenuantes analógicas. (...) El acusado, ahora recurrente, portaba una cantidad de droga que ya por sí misma revela el destino al tráfico, lo que se complementa con la inexistencia de datos acerca de su condición de consumidor. Ninguna trascendencia tiene a estos efectos el que pudiera haber desistido de una concreta acción de tráfico efectivo, pues subsistiría la conducta típica que ya había dado lugar a la consumación del delito». Idéntica doctrina inspira las SSTS 661/2008, 29 de octubre; 980/2009, 6 de octubre y 325/2011, 29 abril.

También descarta la aplicación del desistimiento voluntario a los delitos de consumación anticipada la STS 1140/2010, 29 de diciembre, razonando que son presupuestos aplicativos del art. 16.2 del CP los siguientes: «... a) que nos hallemos ante la comisión de un delito en grado de tentativa, cualquiera que fuere el grado de ejecución alcanzado, siempre que el mismo, obviamente, no hubiere llegado a consumarse; b) que dicha ausencia de consumación se debiera a una actuación llevada a cabo por el propio autor del delito, no de la víctima o de terceros; c) que esa actuación consista bien en un comportamiento pasivo, como el mero “desistimiento de la ejecución ya iniciada”, o activo, “impidiendo la producción del resultado”; d) que semejante comportamiento del autor sea completamente voluntario y no influido o condicionado por causas ajenas a su voluntad libre. Condicionamientos que implican su inaplicación a los efectos de la total y absoluta irresponsabilidad en delitos (...) de consumación anticipada y permanente, en los que basta la búsqueda de la finalidad delictiva (...) aunque no se produzca resultado delictivo alguno...».

Con igual efecto desestimatorio, la STS 969/2009, 28 de septiembre, precisa que el desistimiento «... no excluye la responsabilidad ya contraída por diverso título con motivo del comportamiento precedente (artículo 16 del Código Penal). Así, si bien el desistimiento de un proyecto criminal individual puede dar lugar a la pretendida exención, si el desistimiento lo es de un concierto de plurales voluntades al que siguió la decisión de ejecución, (artículo 17 en relación con el 168 del Código Penal) tal resolución manifestada de voluntad criminal solamente puede ser absorbida por el delito efectivamente ejecutado por los concertados, pero no resta impune si aquella absorción no ocurre».

La STS 843/2009, 23 de julio, en línea con lo razonado por el Ministerio Fiscal, descarta la aplicación del desistimiento en cualquiera de sus manifestaciones. Y lo hace con el siguiente argumento: «... tiene razón el Ministerio Fiscal que aquí recurre: tal y como se plantea la cuestión en la sentencia recurrida, no cabe aquí hablar de desistimiento activo, pues tal actuación fue posterior a la consumación del delito

y es sabido que este desistimiento activo ha de ser anterior a ese momento de la consumación, pues ha de producirse durante el periodo de ejecución, cuando este ya ha comenzado y aún no ha finalizado, según se deduce de lo dispuesto en el art. 16.2 CP».

La apreciación del desistimiento voluntario en un delito de esta naturaleza constituye, en consecuencia, una excepcionalidad que se explica por las circunstancias concurrentes en el caso concreto. La STS 985/2010, 3 de noviembre, recordaba que «... su aplicación a supuestos de tráfico de drogas, no imposible dogmáticamente, estaría siempre rodeada de absoluta excepcionalidad». La STS 369/2011, 11 de mayo, admitió ese desistimiento respecto de un acusado en relación con el cual nada decía el hecho probado de su participación en el concierto previo para el transporte de la cocaína y que, una vez requerida su colaboración, desistió de aportar la documentación que resultaba necesaria para la retirada de los bidones en que se alojaba la droga: «... El relato fáctico no refiere que el recurrente hubiera comprometido su actuación con anterioridad al envío de la sustancia tóxica. Se trata de una persona que aparece en el hecho probado desconectada de los agentes que intervienen en el comercio de la sustancia. Es una persona que es instada a intervenir cuando la sustancia se encuentra en España, y cuando la policía ya estaba alertada de su existencia. Lo realiza, se dice en el hecho probado a instancias de otros de los condenados, y se encarga de contratar los servicios de una empresa que la llevaría a su casa. Cuando le indica esta empresa la necesidad de una documentación de la que carecía, desiste, dejó de reclamar la mercancía, esto es, conociendo el concreto contenido de los bidones, deja de actuar para reclamar la llevanza de la droga aportando unos documentos que eran necesarios para su remisión y entrega».

Tercero.—En el caso que define el objeto del presente recurso de casación, el hecho probado describe con detalle los dos elementos sobre los que se construye el delito del art. 368 del CP. En el tipo objetivo, un acto posesorio, derivado de la voluntaria ingesta de 64 cápsulas de cocaína que fueron alojadas en el interior de su cavidad abdominal. En el tipo subjetivo,

el conocimiento por Segundo del contenido de esos objetos —111,73 gramos de cocaína— y su voluntad de trasladar esa sustancia a otro país que no ha sido determinado. Así se desprende del *factum*, en el que se señala que el acusado «... concertó con un individuo no identificado el transporte de cocaína a un país no determinado a cambio de 3.000 euros que recibiría una vez entregada la sustancia a un tercero en dicho país. En ejecución de dicho acuerdo, en fecha 25-11-10, el acusado accedió a utilizar su cuerpo como medio de transporte, de forma que permitió que ese individuo no identificado le introdujera dentro de su cuerpo 64 cápsulas cuyo contenido era cocaína, debiendo presentarse a las 9,00 horas en el aeropuerto del Prat».

Ese fragmento del juicio histórico, pues, encierra los elementos típicos que dan vida al art. 368 del CP, de suerte que el debate sobre la voluntariedad del desistimiento o acerca de la existencia de un peligro cierto para la vida del acusado como causa determinante de su decisión de acudir a un centro hospitalario —datos que integran el eje argumental de la sentencia de instancia—, carece ahora de trascendencia. Los actos posesorios ya desplegados con anterioridad a la presentación en el Hospital del Mar solicitando la extracción de los objetos en

los que se había ocultado la cocaína, tienen la entidad precisa para hacer posible el juicio de tipicidad. Así lo hemos afirmado en nuestra jurisprudencia, ya que al tratarse de un delito de riesgo, que no exige la producción de un resultado material por haberse adelantado las barreras de protección, basta con poseer las drogas con propósito de transmitir a terceros, aunque la transmisión no se haya efectuado (STS 960/1997, 1 de julio). No es necesario, en fin, acreditar que se han realizado actos de tráfico o transmisión a terceros de la droga, pues la intención de hacerlo basta para colmar la figura delictiva. Téngase presente que nos hallamos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado, bastando la constatación de una tendencia o propósito sin exigir ninguna materialización posterior de las conductas, es decir, la conducta típica se integraría con la sola detentación de un propósito serio de realizarlas. Con ellas se crea un riesgo o peligro para la salud de las personas —potenciales consumidores— que integra el bien jurídico protegido (STS 1013/2005, 16 de septiembre).

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso entablado por el Ministerio Fiscal, con la consecuencia penológica que se expresa en nuestra segunda sentencia.

Sentencia 372/2012, Sala Segunda del TS, de 11 de mayo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Insolvencia punible. Responsabilidad civil**

Recurso de Casación: **n.º 1307/2011**

Artículos: **109 y 260 Código Penal**

Insolvencia punible. Responsabilidad civil derivada del delito. Se traza el ámbito respectivo de actuación de la jurisdicción penal y la mercantil a la hora de fijar la responsabilidad civil derivada de un delito de insolvencia punible, rechazando en el caso concreto que se produjera un *bis in idem*.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, alega infrac-

ción de ley, por la indebida aplicación del art. 109 del CP.

A juicio de la defensa, se habría producido una vulneración del principio constitucional

non bis in idem en la materia relativa al pronunciamiento de la responsabilidad civil objeto de condena, ya que la sentencia recurrida condena a la responsabilidad civil derivada del delito, pero dicha condena, con la misma cuantía y a favor de la masa de acreedores, ya había sido declarada por la sentencia recaída en el concurso de acreedores ordinario núm. 339/2004-A, de fecha 26 de marzo de 2007, promovido frente a Gonzalo, resolución confirmada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo de apelación núm. 365/2007 y en la sentencia derivada del procedimiento ordinario núm. 840/2005-E, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, interpuesto contra Lacasa Zaragoza S.A y Brígida.

El motivo no puede prosperar.

En materia de responsabilidad civil ligada al delito de insolvencia concursal, la relación entre la jurisdicción civil y penal es autónoma pero interrelacionada. El art. 260.3 del CP es claro cuando señala, a los efectos que ahora interesan, que «... el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa». El desenlace en el ámbito de la responsabilidad civil estará condicionado, como es obvio, por el art. 112 de la LECrim, conforme al cual, una vez se ejercita la acción penal, se entenderá también utilizada la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla una vez terminado el juicio criminal. De ahí que no exista cobertura jurídica para afirmar que el Juez penal llamado a enjuiciar el carácter delictivo de la insolvencia concursal carezca de capacidad para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito. Las fuentes obligacionales son distintas y como tal operan en cada uno de los procesos.

La competencia del Juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito de insolvencia punible ha sido proclamada en varios precedentes jurisprudenciales (cfr. por todos, STS 1013/2003, 11 de julio). En su escrito de desarrollo del motivo, la defensa menciona la STS 382/2010, 28 de abril. El supuesto de hecho allí enjuiciado, sin embargo, nada tenía que ver con el que ahora es objeto de examen. Allí se trataba de una causa por un posible delito de

apropiación indebida, relacionado con el cobro de un premio correspondiente al sorteo de la lotería primitiva, en el que la parte querellante ya había ejercido con carácter previo la acción civil por la vía del art. 109.2 CP, habiendo obtenido una resolución condenatoria de acuerdo con sus pretensiones por la mitad del importe total del premio. Ninguna relación tiene con las dificultades interpretativas del art. 260.3 del CP y los términos de la incorporación a la masa del importe de la indemnización.

Al margen de ello, conviene precisar que la existencia de un tratamiento jurisdiccional en paralelo, aunque claramente interrelacionado en materia de responsabilidad civil, se manifiesta en otros preceptos de la legislación concursal. Tal es el caso del art. 50.2 de la Ley 22/2003, 9 de julio, en el que se exhorta a los Jueces y Tribunales del orden penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor a que emplacen a la administración concursal y la tengan como parte en defensa de la masa, si se personase.

De ahí que no nos hallemos ante un problema de *non bis in idem*, como con cierto desenfoque se defiende en el motivo. La prohibición constitucional de doble incriminación, en la medida en que supone un desbordamiento del principio de culpabilidad, no acoge en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. La exclusión del deber de pagar de forma duplicada una obligación civil, encuentra una explicación más lógica en la concurrencia de alguna de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 Código Civil). No se trata, en fin, de un problema asociable al *non bis in idem*, sino a la idea civil de enriquecimiento injusto, excluible, precisamente, mediante una decisión jurisdiccional que, ya en fase de ejecución, analice la concurrencia de algún hecho extintivo del deber de hacer frente a la obligación declarada o, como sucede en el caso presente, de una disposición legal (art. 260.3 CP) que aplique a un destino específico —su incorporación a la masa— la cantidad resultante.

En suma, no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad

quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos. No en vano, el art. 86 ter 1.º, 3.º de la LOPJ señala entre las competencias del Juez del concurso conocer de «... toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cual-

quiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Idéntica cautela late en el art. 53.1 de la Ley Concursal 22/2003, 9 de julio, en el cual se dispone que el Juez mercantil ha de dar cumplimiento a las sentencias dictadas antes o después de la declaración de concurso «... el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda».

Por cuanto antecede, no habiéndose producido la vulneración del principio *non bis in idem*, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Sentencia 375/2012, Sala Segunda del TS, de 14 de mayo

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Prueba preconstituida. Falta de contradicción**

Recurso de Casación: **n.º 1479/2011**

Artículos: **24 CE y 448 y 730 LECrim**

Prueba preconstituida: Reproducción en juicio, mediante su lectura, de la declaración prestada ante el Juez de Instrucción por la víctima, ausente en el plenario, que al no garantizar debidamente el derecho de contradicción no puede considerarse prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primero y único motivo se formula, al amparo del art. 852 de la LECr, por infracción de precepto constitucional y del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE.

1. Sostiene el recurrente, postulando su inocencia, que se han producido gran cantidad de incongruencias documentales (...)

Por otra parte, la víctima denunciante no ha podido ir a juicio oral porque se encuentra en paradero desconocido, por lo que no existe prueba alguna de los hechos imputados.

2. En nuestro caso, los partes de asistencia sanitaria y del médico-forense invocados, son compatibles con la denuncia y con los hechos declarados probados por la sentencia, reflejando los mismos que el reconocido relata una agresión a puñetazos, y que se constata la existencia de hematomas en la espalda, región dorsal,

y algias generalizadas etc., de modo que tales elementos, sin resultar decisivos para desvirtuar la presunción de inocencia, podrían servir para corroborar los datos proporcionados por la declaración del denunciante, si su manifestación reuniera los requisitos necesarios para haber accedido al juicio oral en condiciones de ser tomada en cuenta como prueba por el tribunal de instancia. (...)

Tercero.—Ello no obstante, no puede coincidir con el valor dado por el tribunal de instancia a tales declaraciones, en cuanto que, aun cuando realizadas a presencia judicial y bajo la fe del Secretario, carecen de los caracteres que, para una prueba válidamente preconstituida, «garantizando la posibilidad de contradicción de las partes», exige el art. 448 de la LECr, sobre presencia del procesado y del Abogado de su defensa, y del Ministerio Fiscal, proporcionando a los mismos la oportunidad de hacerle

al denunciante o querellante las repreguntas que tuvieran por conveniente y el Juez declarara pertinentes.

Como expusimos en nuestra STS 27-1-2011, n.º 17/2011, partiendo de los parámetros de la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre los requisitos de regularidad que una prueba de cargo debe revestir para poder desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, sobre el derecho de defensa y a un proceso equitativo, y en particular, sobre el contenido del derecho del acusado a interrogar o a hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, conforme a las prescripciones del art. 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, tal ausencia sí que ha de reputarse como trascendente, pues aquél fue privado de la posibilidad de interrogar (a través de su Letrado) a quien le inculcaba. Imposibilidad que persistió, por las circunstancias relatadas, en el mismo juicio oral.

Y la STS de 21-10-2010, n.º 867/2010, recuerda que cuando se trata de testigos, es preciso, en primer lugar, que las declaraciones hayan sido practicadas en presencia del Juez instructor, pues éste es el único órgano dotado de la independencia suficiente para garantizar la preconstitución de medios de prueba, y con la asistencia de las partes personadas y, especialmente, de los letrados de los imputados con la finalidad de garantizar la posibilidad de contradicción.

La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo, o a un proceso con todas las garantías en términos del artículo 24.2 de la Constitución. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado, derecho expresamente reconocido en el Convenio Europeo

para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada. Y además, aun así, habrían de reconocérsele algunas consecuencias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, «sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44, 1993/14318; Unterperthinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)». Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario».

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vi-

gencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que «conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE, interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40). (STC núm. 57/2002, de 11 de marzo).

No obstante, en alguna ocasión ha precisado que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4). En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECr, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras).

En segundo lugar es necesario que la presencia del testigo en el juicio oral para ser interrogado directamente no sea posible. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, recoge esta doctrina, sentencia 22.2.99, al señalar «no obstante, hay supuestos en los que la vigencia de 730 L.E.Cr, aquellos en los que, por causas independientes a la voluntad de las partes, la prueba no puede reproducirse en el juicio oral. La jurisprudencia ha señalado como situaciones generadoras de la excepcionalidad, las del

testigo fallecido, la del testigo en ignorado paradero y la del testigo en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados Internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral». En estos supuestos excepcionales, las declaraciones del procedimiento deberán ser leídas en el juicio oral y son susceptibles de ser valoradas como actividad probatoria.

La utilización del art. 730 LECr 1882/1 queda así limitado a aquellos casos en que el testimonio resulta de imposible o muy difícil práctica en el acto del juicio oral y, en estos casos, el Tribunal podrá excepcionalmente tomar en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura den el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero».

El fundamento de la admisión como prueba de cargo válida de la preconstituida, en las condiciones señaladas anteriormente, lo describe la sentencia del TC 91/91 que cita igualmente sus resoluciones anteriores, SSTC 107/85, 182/89 y 154/90, 1990/9350, afirmando que no admitiéndose «supondría hacer depender el ejercicio del “ius puniendi” del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (amenaza a los testigos) pudiendo dejarse sin efecto lo actuado inmediatamente», añadiendo que:

«... un sistema que pondera adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha distar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respecto a aquellas garantías».

También la jurisprudencia del TS (SS. 360/02, 1338/02, 1651/03) ha venido admitiendo la validez de la introducción en el Plenario, a efectos de garantizar el principio de contradicción, mediante la lectura de la declaración correspondiente, de lo manifestado por el testigo en fase sumarial y ante el Juez instructor siempre que dicha declaración se haya producido conforme a las prescripciones de la LECr. Las condiciones previstas en el mencionado

artículo se refieren a que la diligencia sumarial no pueda ser reproducida en el juicio oral por causas independientes a la voluntad de las partes.

En el caso presente, por tanto, la presunción de inocencia que originariamente protegía al acusado, no puede entenderse que se haya desvirtuado y, en consecuencia, el motivo ha de ser estimado.

Sentencia 392/2012, Sala Segunda del TS, de 16 de mayo

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Deslealtad profesional de abogado**

Recurso de Casación: n.º 1017/2011

Artículo: **467 Código Penal**

Deslealtad profesional de abogado: Se analizan los elementos constitutivos del delito, en particular las relaciones con el de apropiación indebida, cuando se da una indebida utilización del *ius retentionis*.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo primero, por la vía del *error iuris* del art. 849.1.º LECriminal impugna la aplicación en la sentencia sometida al presente control casacional del art. 467.2.º Cpenal, de deslealtad profesional por ausencia en su acción del dolo específico que vertebraba tal delito.

Ya anunciamos el fracaso del motivo.

El precedente legislativo del actual delito de deslealtad profesional referido a procurador o abogado, está constituido por el art. 360 del Cpenal de 1973 que incluía en la definición del tipo la nota de «con abuso malicioso de su oficio». Tal nota no existe en el actual tipo, y esta omisión es relevante, porque como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala, en el texto vigente, es claro que se está ante una conducta culpable, pero el elemento de la culpabilidad queda cubierto con el simple dolo eventual, sin que se requiera un dolo directo y reduplicado que en el art. 360 Cpenal estaba presente en la exigencia de concurrencia de «abuso malicioso».

En definitiva, el actual tipo penal, como se recoge en la STS de 14 de julio de 2000, se vertebraba por cuatro elementos:

a) Que el sujeto activo sea procurador o abogado, es decir, se está ante un delito de sujeto especial o de propia mano.

b) Que en concepto de tal, despliegue una acción u omisión de la que se debe derivar un resultado ya que se está ante un delito de resultado.

c) Que exista un perjuicio de forma manifiesta, perjuicio que no tiene que ser necesariamente económico —SSTS 89/2000 y 87/2000— derivado de esa mala praxis culpable asimismo, lo que aparta del delito aquellas gestiones que formalmente correctas no hayan sentido el efecto querido, lo que ocurre diariamente porque todo juicio es un decir y un contradecir, y en toda sentencia se rechazan unas posiciones defendidas por letrado en relación a una de las partes, ya sea demandante o demandado, querellante o querellado, etc.

d) Desde el plano de la culpabilidad es suficiente un dolo eventual, es decir el conocimiento y consentimiento —incluso vía principio de indiferencia— de la lesión que se va a producir a los intereses que se defienden, siendo suficiente el dolo eventual, y, por supuesto la negligencia o culpa para la que el último párrafo del art. 467 prevé una respuesta menor si media una grave negligencia.

En definitiva, este tipo penal viene a describir lo que con impropiedad ha sido llamado en ocasiones la «prevaricación de abogados o

procuradores», y se dice impropriadamente porque la idea de prevaricación está indisolublemente unida a la condición de función pública de quien la comete.

En el presente caso resulta patente no ya la desatención y abandono del letrado recurrente en relación a la diligente llevanza del asunto que los querellantes le habían encomendado, sino que con conocimiento de los perjuicios que su acción y también omisión iba a causar y con consentimiento, al menos con una indiferencia total que no le impidió continuar con su acción y omisión, siendo cabal conocedor de las consecuencias, omitió toda información a sus clientes del resultado de sus gestiones y del cobro de parte de la indemnización, y presentó —acción— el escrito de renuncia al ejercicio de las acciones en las Diligencias Previas 5052/2006 del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Barcelona, —folio 105 de las actuaciones—, con lo que se les derivó el perjuicio de no poder intentar la continuación contra terceros, siendo por lo demás irrelevante a los efectos de la prosecución de la causa contra terceros lo manifestado por Luis Pablo que, visto el escrito impedía a ojos vista dirigir la imputación contra otra persona, siendo patente, como dice la sentencia de instancia —pág. 14, f.jdco. Segundo— «... no consta que hiciera nada a partir de ese momento para que la imputación pudiera prosperar, resultando evidente que de la literalidad del texto... no se desprendería una implicación criminal...».

En esta situación, el recurrente, además se hizo autopago de sus honorarios profesionales que él mismo fijó ejercitando un *ius retentionis* que carece de todo apoyo normativo siendo claramente antijurídico. Antijurídico y penalmente delictivo.

El Tribunal de instancia aborda esta situación en el f.jdco. tercero de su sentencia, y reconociendo que la jurisprudencia de esta Sala los supuestos de autopago de la minuta de honorarios se han estimado delito de apropiación indebida y no de deslealtad profesional, en el presente caso se dice en el último párrafo del f.jdco. tercero de la sentencia:

«... Ante dichas circunstancias, no se aprecia en el acusado la concurrencia de forma in-

dividualizada del elemento subjetivo del injusto del delito de apropiación indebida, sino formando parte integrante del soporte de culpabilidad inherente al delito de deslealtad profesional por el que se efectúa el pronunciamiento condenatorio...».

Esta Sala comparte plenamente la calificación jurídica de deslealtad profesional que recoge la totalidad del injusto realizado por el recurrente que desborda la mera *ius retentionis* o autopago de su minuta.

Es cierto que cuando solo se efectúa el autopago de la minuta profesional, esta Sala ha estimado que se está, más bien ante un delito de apropiación indebida. En tal sentido se pueden citar las SSTS 1749/2002; 150/2003; 117/2007 ó 1123/2007 y más recientemente la STS 92/2008.

Más aún, la STS 1259/2003 en un caso de exclusivo autopago de la minuta efectuado por letrado que fue condenado en la instancia como autor de un delito de deslealtad profesional, en la referida sentencia se casó la sentencia variando la calificación jurídica de deslealtad profesional a apropiación indebida.

Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo:

«... Aunque en una primera aproximación, la acción perseguida pudiera parecer subsumible en cualquiera de los dos tipos penales de referencia, puesto que en ambos se requiere la concurrencia del perjuicio, el segundo —la apropiación indebida— es más específico, ya que contempla una determinada manera de perjudicar, de entre las posibles al alcance de los Tribunales...», y se termina haciendo referencia a la regla del art. 8.1.º Cpenal —principio de especialidad—.

Argumento reversible encontramos en la STS 92/2008, en la que con el valor de obiter dictum se dice que «... se podrá discutir si se está en presencia de un delito de apropiación indebida, como se sancionó en la sentencia sometida al presente control casacional, o bien en un delito de deslealtad profesional del art. 467.2.º que sería delito especial por la condición del sujeto activo frente al genérico de la apropiación indebida...».

En todo caso, lo relevante y de aplicación al presente caso es que el recurrente además de efectuar un indebido *ius retentionis* para hacerse pago de su minuta, perjudicó de forma relevante los intereses de los querellantes que tenía encomendados en relación a las Diligencias Previas 5052/2006 que se tramitaban en el Juzgado de

Instrucción n.º 8 de Barcelona, con conocimiento y con consentimiento lo que exterioriza el quebranto del deber de lealtad profesional, por lo que realizó, con toda claridad la acción típica del art. 467-2.º Cpenal.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo.

Sentencia 410/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de mayo

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Intervención de las comunicaciones. Sistema SITEL**

Recurso de Casación: n.º 1452/2011

Artículos: **18 CE, 230 LOPJ y 579 LECrim**

Intervenciones telefónicas: tras exponer la doctrina de la Sala relativa a la conformidad del sistema SITEL con las exigencias constitucionales, se declara que la mera alegación de falta de la firma electrónica en los CDs y DVDs remitidos de las intervenciones telefónicas practicadas no autoriza a estimar la nulidad de las mismas por la posibilidad de manipulación. Estimado el recurso por motivos diversos de los relativos a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, la Sala al casar la sentencia ordena la destrucción de los datos almacenados en la unidad central del sistema SITEL, guardando solo la copia entregada en estos autos a la autoridad judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—El segundo motivo, alega por igual cauce la nulidad de las intervenciones telefónicas por carecer de autenticidad los CDs aportados al carecer de la firma electrónica. Se cita en apoyo de tal exigencia el art. 230 LOPJ e incluso el art. 17 bis de la Ley del Notariado, en relación al envío por vía electrónica de escritura pública, así como la Ley 11/2007 de 22 de Junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos así como otras normativas relativas a esta cuestión para concluir que como el Secretario judicial no puede dar fe de que el contenido de los CDs y listados asociados remitidos coincidan con los del servidor central del que proceden, debe decretarse la nulidad de las intervenciones telefónicas.

Aunque no consta en los oficios policiales de solicitud de intervención telefónica que el sistema técnico que se iba a utilizar era el SITEL —Sistema Integrado de Interceptación

Legal de Telecomunicaciones—, hay razonablemente por la fecha de la intervención, año 2010, que como tal sistema forma parte de los sistemas informáticos utilizados para la investigación de delitos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desde tiempo anterior, ese fue el sistema de captación utilizado.

Este sistema tiene su cobertura reglamentaria en el RD 424/2005 de 15 de Abril por el que se aprobó el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y el servicio universal y la protección de los usuarios, y el Capítulo II del Título V, —arts. 83 a 101—, sobre interceptación legal de las comunicaciones, ha sido declarado ajustado a la legalidad en sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 2008, Recurso 69/2005.

Por lo demás, el sistema SITEL está diseñado para sustituir las carencias del anterior sistema de interceptación analógica. Se constituye

sobre la base de enlaces punto a punto con las operadoras de teléfonos que transmite la información correspondiente a la interceptación que dichas operadoras realizan en su sistema y se transmite automáticamente al sistema central del Cuerpo Nacional de Policía para su almacenamiento, todo ello se efectúa automáticamente, sin intervención de los agentes policiales y queda almacenado en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía a disposición de la autoridad judicial quedando guardadas las grabaciones en el sistema central de SITEL hasta que la autoridad judicial no ordene su destrucción, y a requerimiento de dicha autoridad, se podrán efectuar los cotejos que se consideren necesarios con los CDs o DVDs que se remitan.

Tal sistema ha sido declarado acorde a la exigencia constitucional también por diversas resoluciones de esta Sala. En tal sentido, se pueden citar las SSTS 250/2009; 308/2009; 1078/2009 y 1215/2009.

En cuanto a la forma de operar la STS 1078/2009 de 5 de Noviembre, explica que, solicitada la intervención de la comunicación y autorizada ésta por la autoridad judicial con el empleo del programa SITEL, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación. El acceso por parte del personal de esta unidad se realiza mediante un código identificador de usuario y clave personal. Realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para el Juez de instrucción. El contenido de la intervención efectuada es aportada por el Servidor Central del Sistema, y este es responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para su entrega a la autoridad judicial pertinente, constituyéndose como la única versión original.

En sentencias posteriores —STS 1215/2009, de 30 de Diciembre— se ha insistido en la acomodación del sistema SITEL a la norma constitucional, refiriéndose a la autenticidad de los DVDs sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro salvo prueba

en contrario, pues se trata de documentos con fuerza probatoria avalada incluso legalmente acudiendo como complemento de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos —art. 318—, la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico, la posible impugnación de su autenticidad —art. 267 LEC—. La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida.

Y en algunas sentencias ya más recientes —SSTS 740/2010, de 6 de Julio; 753/2010, de 19 de Julio y 764/2010, de 15 de Julio— se incide en que las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del art. 230 LOPJ. Esas garantías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación y la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación, también, la propia digitalización de la interceptación, con fijación horaria, permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización.

En conclusión, la posibilidad de manipulación o alteración es prácticamente imposible y en todo caso dejaría rastro informático de la misma, por ello el cuestionamiento de la veracidad de los CDs o DVDs remitidos porque carezcan de la firma electrónica, singularmente cuando se alega su falta sin argumentar ni presentar algún indicio sugerente, como juicio de probabilidad de tal alteración, carece de consistencia.

En el presente caso no se han presentado elementos objetivables con un mínimo de consistencia como para atender la queja, que, por cierto existía y con mucha mayor probabilidad

de alteración en el sistema analógico que ha sido sustituido por el SITEL, y por otra parte consta en las actuaciones que los CDs y DVDs remitidos contienen el volcado íntegro y completo de los originales del servidor central —ver folios 78 y 120, entre otros—.

Por todo ello, y como se dice en la reciente STS 207/2012 de 12 de Marzo:

«... El mero hecho de que falte la firma electrónica no puede entrañar necesariamente la nulidad probatoria que postula la defensa del recurrente, pues ni esa firma garantiza de por sí la autenticidad e integridad de los soportes in-

formáticos, ni su ausencia permite concluir que han sido manipulados o alterados...».

Caso de presentar sospechas fundadas y con el mínimo de objetividad, procedería entonces que el propio Secretario judicial realizase una compulsión con el servidor central del sistema SITEL para verificar la integridad y autenticidad de las grabaciones aportadas a la causa, pero en modo alguno puede sostenerse para la sola alegación de posibilidad de alteración exija tal compulsión so pena de estimar la nulidad de tales grabaciones.

Procede la desestimación del motivo.

Sentencia 413/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de mayo

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Abono de prisión provisional. Tras la entrada en vigor de la LO 5/2010**

Recurso de Casación: **n.º 11914/2011**

Artículos: **2 y 58 Código Penal**

Abono de prisión provisional. Se inclina la sentencia por el criterio *tempus regit actum*, declarando aplicable el nuevo contenido del art. 58 CP, tras la LO 5/2010, a las decisiones que sobre abono de la prisión provisional se adopten tras su entrada en vigor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La parte recurrente entiende, en la formalización de su único motivo, por infracción de ley del art. 58 del Código Penal, en su redacción dada por LO 5/2003, de 25 de noviembre, que el tiempo sufrido en prisión preventiva, simultaneando su cumplimiento de pena en otra causa, conforme a la doctrina resultante de la interpretación que verifica del mismo el Tribunal Constitucional, en la STC 57/2008, ha de serle abonado en la causa de referencia, dictada por la Audiencia «a quo», con independencia de la fecha de la condena decretada por tal Tribunal, ya que no puede predicarse un efecto perjudicial para el reo, la nueva redacción del art. 58 del Código Penal, incorporado por LO 5/2010, en donde el legislador claramente establece que «en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una cau-

sa». Quiere por ello ver en su situación una especie de «derecho adquirido», considerando que, vigente en el periodo de cumplimiento de pena y medida cautelar personal, la doctrina resultante de la STC 57/2008, de 28 de abril, al ser anterior a la entrada en vigor de la LO 5/2010, se ha de tener en consideración el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales, que «se asienta en los derechos de certeza y seguridad jurídica y en el respeto de los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas». De tal modo, que, en su tesis, el 10 de octubre de 2010, «adquirió un derecho, ingresado en su patrimonio, sobre la segura aplicación de abono simultáneo de la pena sufrida de prisión, del 13-10-2009 al 10-10-2010, junto a la preventiva, del que actualmente se solicita su abono, en aras de la certeza jurídica de un Estado de Derecho y a la seguridad que la STC 57/08, de 28 de abril, le garantizaba en ese momento».

Tercero.—Para resolver la cuestión planteada, hemos de partir de la naturaleza jurídica que debemos conferir al contenido del art. 58 del Código Penal, que ordena el abono de la prisión preventiva sufrida por el reo, el cual «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, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella». A tal efecto, es necesario poner de manifiesto que la sentencia recaída en la causa en donde se pretende tal abono, fue dictada con fecha 13 de abril de 2011, y que su firmeza fue declarada el día 13 de mayo siguiente, vigente ya la nueva redacción del citado art. 58 del Código Penal.

La Audiencia «a quo» dice que tal precepto tiene carácter procesal, aunque se aloje en una ley sustantiva, como es el Código Penal, y que en consecuencia, no rige efecto alguno retroactivo, favorable o desfavorable, aplicándose el principio «tempus regit actum», característico del Derecho procesal.

Nuestro punto de vista, sin embargo, es determinar si a todas las normas que se alojan en el Código Penal, se ha de aplicar el contenido del art. 2.2 del Código Penal, a cuyo tenor «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena», y que, por el contrario, las desfavorables no pueden ser aplicadas retroactivamente, en perjuicio del reo.

Es por ello que hemos de averiguar si el abono de la prisión preventiva en la causa por la que se condena posteriormente a quien ha sufrido tal medida cautelar, ordenada por tal precepto, es una ley penal propiamente dicha, o se trata de una norma que regula una circunstancia atinente a la ejecución de la pena, que únicamente adquiere virtualidad aplicativa cuando se produce el hecho que justifica su existencia, es decir, la condena firme del acusado, lo que abre paso a la ejecución de la pena impuesta al mismo; de manera que antes, pues, de tal momento, no existe derecho alguno por parte del imputado, ni ha adquirido una expectativa que pueda ser

protegida como si se tratara de una ley penal más favorable, sino que el abono de la prisión preventiva, será efectuado en los términos en que se encuentre disciplinado legalmente en el momento de efectuar tal operación (ejecutiva).

Para ello, hemos de distinguir entre la configuración de las leyes penales, que son las tipifican las infracciones criminales, o lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles. A tal núcleo se refiere el contenido del art. 2.º del Código Penal, tanto en la vertiente del principio de legalidad («lex certa, anterior y scripta»), como en su funcionamiento temporal, al establecerse la retroactividad favorable al reo. Pero hemos de convenir que no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, como por ejemplo, en la sustitución o suspensión de penas, o pago fraccionado de multas, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. Y lo mismo, en cuanto al supuesto aquí planteado, el abono de la prisión preventiva, pues no es más que una norma ejecutiva que regula el cumplimiento de la prisión.

Esta interpretación resulta igualmente del estudio de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LO 5/2010. En efecto, se determina en la primera de ellas, que «los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor». Como puede advertirse la norma se refiere a «hechos», lo que caracteriza el hecho punible en sí mismo considerado, y no a las circunstancias atinentes a la forma de ejecución del delito, lo que resulta igualmente del apartado 2 de tal disposición, en donde se aclara que para la determinación de cuál sea la ley más favorable, se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta

Ley, previéndose incluso una audiencia al reo. Esto mismo se deduce de los parámetros que se establecen en la disposición transitoria segunda de la referida Ley Orgánica, en donde únicamente se tiene en consideración la duración de la pena, pues tal aspecto es el que determina la aplicación más favorable, o no, de la nueva norma penal. Nada de ello tiene, pues, relación con los avatares de la ejecución de tal pena, por lo que respecta al contenido del art. 58 del Código Penal, lo que refuerza la interpretación que llevamos a efecto en esta resolución judicial.

Y a mayor abundamiento, hemos de partir que el citado abono doble, resulta, igualmente, de una interpretación del Tribunal Constitucional, fruto de la STC 57/2008, única dictada hasta el momento, por lo que sus efectos se han desplegar en las situaciones anteriores a la promulgación del nuevo art. 58 del Código Penal, quedando sin efecto tal interpretación por voluntad del legislador, a partir precisamente de la vigencia de la nueva norma. Y es precisamente en tal momento, cuando la Audiencia dicta la sentencia condenatoria, esto es, en momento posterior a su vigencia, por lo que se ha de aplicar el marco legal que sea procedente para dar cumplimiento a una pena, que —dicho sea de paso— también se ha constituido en condena en

momento posterior a la vigencia de la repetida LO 5/2010.

A partir de este momento, no existe ya una laguna legal, de la que se hizo eco el Tribunal Constitucional en la referencia Sentencia, sino que el legislador ha despejado la duda con la expresa previsión de que «en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa». Y, como dice nuestra STS 345/2012, de 16 de mayo, «en consecuencia, no existe un derecho constitucional al doble cómputo, sino únicamente la interpretación conforme a la Constitución de una laguna legal, interpretación que queda sin contenido una vez que dicha laguna ha sido subsanada». Por ello, la norma vigente, como decíamos más arriba, tiene que ser aplicada conforme al nuevo marco, ahora ya regulado —y resuelta la laguna—, en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, pues —se repite en la STS 345/2012, anteriormente citada—, «es en el momento en el que se impone la condena cuando surge el derecho al abono de la preventiva sufrida, abono que debe realizarse conforme a la normativa legal imperante en el momento de la condena».

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 386/2012, Sala Segunda del TS, de 18 de mayo

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Denegación de prueba documental**

Recurso de Casación: **n.º 1012/2011**

Artículos: **24 CE, 579, 656, 781, 785, 786 y 850 LECrim**

Estimación del recurso del Ministerio Fiscal por quebrantamiento de forma, debida a la inadmisión de una prueba documental pertinente y necesaria para el resultado del proceso en atención a lo acordado en el Acuerdo plenario de 26-5-2009 (resolución que legitimó la intervención telefónica practicada en otra causa precedente), y que determina la nulidad del juicio y de la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En el primer motivo del recurso invoca, al amparo de lo dispuesto en el art.

850.1.º de la LECr., el quebrantamiento de forma consistente en haberse denegado la prueba documental que interesó el Ministerio Público

en su escrito de calificación y al inicio de la vista oral del juicio. El Fiscal propuso en su escrito de calificación, bajo el apartado de «más documental», y también al inicio de la vista del juicio, que se aportaran a la causa las copias testimoniadas de los autos de intervención telefónica dictados en las diligencias previas 1355/2008, 3308/2008 y 1907/2009, todas ellas tramitadas en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Ayamonte. (...)

2. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene establecida el Tribunal Constitucional una consolidada y reiterada doctrina (SSTC 165/2004; 77/2007; 208/2007; 121/2009; 89/2010; 2/2011; y 14/2011, entre otras), que se sintetiza en los siguientes términos:

- a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional.
- b) Este derecho no tiene carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.
- c) No obstante, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable.
- d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omiti-

da o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

- e) Finalmente, el recurrente debe justificar la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo.

En cuanto a esta Sala de Casación, ha señalado también una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar (SSTS 784/2008, de 14-11; y 5/2009, de 8-1). Entre los primeros, exige, en primer lugar, que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECr. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba solicitada. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la Sala requiere que la prueba sea pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS núm. 1591/2001, de 10-12 y 976/2002, de 24-5); necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5-3); y, por último, ha de ser también posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3. Centrados ya en el supuesto enjuiciado, el examen de la prueba solicitada constata que se trata de una prueba pertinente, toda vez que está sin duda relacionada con el objeto del proceso. En efecto, se trataba de realizar una investigación judicial sobre la conducta de unas personas que ya habían sido objeto de otras diligencias judiciales anteriores; en concreto dos guardias civiles sobre los que había sospechas de que estaban colaborando con traficantes de hachís de la zona, al pasarles información sobre los días y horas idóneos para introducir la droga. (...)

En cuanto a la necesidad de la prueba documental, se halla relacionada con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009, en el que se estableció lo siguiente: «En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad».

«En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada».

«Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de

constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

Por consiguiente, cuando los datos que se aportan a una investigación judicial proceden de las intervenciones telefónicas acordadas en otra causa, resulta procedente que la acusación aporte las resoluciones que legitimaron la medida mediante la que se obtuvo una fuente de prueba que ahora opera de forma relevante en una nueva causa. Y ello con el fin de legitimar ante las defensas de los acusados el origen de los datos que determinan la nueva medida.

Frente a ello, el auto de admisión de pruebas y la sentencia dictada por la Audiencia recogen una fundamentación para denegar la prueba documental solicitada por la acusación pública que no puede asumirse por esta Sala.

Por una parte, se argumenta que la petición de prueba por el Ministerio Público en el escrito de calificación resulta extemporánea, afirmación que carece de fundamento procesal, dado que es en el escrito de calificación donde las partes han de proponer las pruebas que han de practicarse o ser sometidas a contradicción en el plenario para que después sean ponderadas o calibradas en la sentencia.

También carece de una base razonable el segundo argumento que se vierte en la sentencia, cuando se dice que el control judicial sobre los indicios concurrentes para la adopción de la intervención telefónica es previo al auto en que esta se acuerda, por lo que resultaría irrelevante que se aportara después de que el auto se hubiera dictado y se hubiera ya concluido la instrucción.

El Tribunal de instancia confunde en este caso la fundamentación indiciaria de la medida con su legitimidad. Para decretar la medida de la intervención telefónica se precisa que en el oficio policial se aporten unos datos concretos que integren lo que la jurisprudencia denomina sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones. Pero no es preciso que en ese momento inicial del proceso se aporte la documentación que justifique los datos objetivos indiciarios que se describen en el oficio policial. Ello será labor a realizar en un momento posterior, ya que de no ser así se formalizaría y entorpecer-

ría en exceso el curso de las investigaciones en un momento procesal en que prima la urgencia y no la aportación de pruebas sobre los datos indiciarios. De modo que si con posterioridad se acredita que los datos aportados por los agentes en el oficio policial carecen de una mínima base probatoria, la medida devendría nula y quedarían sin efecto las fuentes de prueba obtenidas mediante lo que habría de entenderse como un fraude procesal al Juez de instrucción que decretó la intervención telefónica.

La solicitud por el Ministerio Fiscal de un testimonio de los autos dictados en los tres procedimientos de diligencias previas no fue por tanto extemporánea, ya que esas resoluciones no se precisaban para verificar la veracidad del contenido del oficio en el momento inicial del proceso, pero sí que eran necesarias en una fase posterior para comprobar la legitimidad del origen de las fuentes de prueba extraídas de otro procedimiento y también la realidad de los datos que con urgencia se aportaron en el oficio policial que determinó la medida extraordinaria de investigación.

En consecuencia, la prueba solicitada por el Ministerio Público fue interesada en un momen-

to procesal idóneo y además se trataba de una prueba pertinente y necesaria, ya que se considera relevante al efecto de determinar la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas que fueron anuladas por el Tribunal de instancia.

Ello significa que la Audiencia al denegar el referido medio probatorio vulneró el derecho a la prueba que tiene el Ministerio Fiscal (art. 24.2 de la CE), generándole indefensión por no poder contar con unos documentos que le eran necesarios para legitimar las intervenciones telefónicas que fueron finalmente anuladas por el Tribunal de instancia, incurriendo así en el quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.1.º de la LECr.

La estimación del recurso conlleva la nulidad del auto de admisión de pruebas dictado el 2 de noviembre de 2010, de la vista oral del juicio y de la sentencia recurrida. Por lo tanto, deben retrotraerse las actuaciones al momento anterior a dictar el referido auto con el fin de que se redacte otro en el que se admita la prueba documental propuesta por el Ministerio Fiscal. Y realizados los trámites pertinentes se celebrará un nuevo juicio por un Tribunal diferente al que dictó la sentencia anulada.

Sentencia 429/2012, Sala Segunda del TS, de 21 de mayo

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Responsabilidad civil: ámbito de actuación de la jurisdicción contable y de la jurisdicción penal**

Recurso de Casación: **n.º 1803/2011**

Artículos: **116 y 122 Código Penal**

Ámbito de actuación respectivo de la jurisdicción contable y de la jurisdicción ordinaria (penal): una lectura sistemática de los arts. 18 de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas, y 49.3 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, evidencia que el ámbito de actuación de la jurisdicción contable se limita a la determinación de este tipo de responsabilidad (contable), estando reservada la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito a la jurisdicción penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO
Decimoctavo.—En el segundo motivo del recurso, con el mismo apoyo, considera infringido

el artículo 116 del Código Penal, en tanto que el tribunal no condenó a los dos acusados a indemnizar en la cantidad malversada.

1. El Tribunal de instancia entendió que la determinación de las indemnizaciones civiles derivadas del delito de malversación deberían ser establecidas por la jurisdicción contable y que, por lo tanto, no era de su competencia sino de la correspondiente al Tribunal de Cuentas. El Ministerio Público, aun señalando que la regulación de la materia puede considerarse un tanto confusa, sostiene que la jurisdicción penal no queda desapoderada por las competencias de la contable para establecer las consecuencias civiles del delito de que se trate, aun cuando el tribunal de Cuentas conserve su competencia para determinar la existencia e importe, en su caso, del alcance contable que le corresponde examinar.

2. En el caso, es preciso realizar dos precisiones. En primer lugar, la jurisdicción contable ya ha dictado sentencia en el asunto relacionado con los hechos enjuiciados en la presente causa, con fecha 29 de junio de 2009, desestimando el recurso de apelación contra la de instancia de 10 de setiembre de 2008, siendo confirmada por la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011. En aquella resolución, confirmada en apelación y ésta en casación, se acordó declarar la responsabilidad contable directa de los aquí recurrentes, Horacio y Onésimo, por un importe de 1.078.851,10 euros y de Evelio y Marcelino por un importe de 1.552.632,04 euros, condenándolos al reintegro de esas cantidades.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal solamente refiere su recurso a la responsabilidad de los autores de los delitos de prevaricación y malversación, sin que ahora interese la condena de los partícipes a título lucrativo que interesaba en la instancia.

Entrando en el examen de la cuestión, efectivamente, tal como dice el Ministerio Fiscal, el artículo 18 de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas, al disponer que cuando los hechos fueran constitutivos de delito «la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia», pudiera entenderse en el sentido de que no es procedente que se realice pronunciamiento alguno en la jurisdicción penal sobre esa cuestión. Sin embargo, ya el artículo 49.3 de la Ley 7/1988 permite otra interpretación, cuando a la previsión antes

señalada, de la que ya conviene resaltar que la jurisdicción contable solo determinará la responsabilidad en el ámbito de su competencia, es decir, en materia contable, añade claramente, con cita del anterior precepto, que el juez o tribunal que entendiera de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos. Es decir, que ambos preceptos, en realidad, se refieren a la responsabilidad contable, exigible a los responsables de rendir cuentas, y no a la responsabilidad civil nacida del delito, que deberá ser precisada en la jurisdicción penal de acuerdo con las normas del Código Penal sobre el particular. Ello sin perjuicio de que ambas jurisdicciones adopten las medidas necesarias para evitar una doble exacción cuando el pronunciamiento de ambas jurisdicciones se refiera a los mismos hechos.

Pues no existe necesariamente coincidencia entre una y otra responsabilidad. De un lado, porque el Tribunal de Cuentas solamente examina la responsabilidad contable exigible a los responsables de rendir cuentas respecto del manejo de caudales o efectos públicos (artículo 49.1 de la Ley 7/1988), mientras que la responsabilidad civil dimanante de un delito puede afectar a otras personas que hayan participado en el mismo y a las que no correspondieran aquellas obligaciones, e incluso puede alcanzar a partícipes a título lucrativo, (artículo 122 CP) resultando absurda la supresión de su responsabilidad civil por el daño derivado del delito solo por el hecho de haberlo cometido junto con alguna persona sometida a la jurisdicción contable. Y de otro lado, porque cada responsabilidad se resuelve con arreglo a sus normas específicas, de manera que, como ocurre en el caso, la prescripción en el ámbito contable puede excluir reclamaciones de indemnización que serían, sin embargo, procedentes, en el ámbito penal. O, podrían contemplar en sede penal vínculos de solidaridad entre los condenados (artículo 116.2 CP) que no se establecen en el marco de la responsabilidad contable.

Esta es, de otro lado, la doctrina establecida por esta Sala, recogida en extenso en la STS n.º 257/2003 citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, así como en otras posteriores igualmente mencionadas.

Por todo ello, el motivo se estima, y se dictará sentencia acordando la condena de los acu-

sados a la indemnización civil solicitada en la instancia por la acusación pública.

Sentencia 437/2012, Sala Segunda del TS, de 22 de mayo

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Extemporaneidad en la presentación del escrito de acusación. Cómputo de plazos**

Recurso de Casación: **n.º 1346/2011**

Artículos: **11 y 184 LOPJ; 136 LEC; 201, 215, 784 y 800 LECrim**

Escrito de acusación: Se precisan las consecuencias de la extemporaneidad en la presentación del escrito de acusación deteniéndose, además, sobre el modo en que se debe efectuar el cómputo de plazos en las fases anteriores a la apertura del juicio oral fijando el alcance de la reforma operada en este punto por la LEC de 2000.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primero de los motivos planteados por esta recurrente busca también cobijo en el derecho a la tutela judicial efectiva: el escrito de acusación de la parte querellante se habría presentado una vez transcurrido el plazo de diez días que se le confirió y que establece la ley. Su extemporaneidad debería haber determinado su rechazo. No se hizo así. Esa irregularidad afectaría al derecho de la otra parte a la tutela judicial efectiva. Consciente de que la presencia de la acusación pública que mantuvo también la pretensión condenatoria acogida en la sentencia, la recurrente se apresura a justificar que eso no disipa la relevancia de su queja. Fue la petición de la acusación particular —que calificaba también los hechos como estafa agravada— la que llevó a fijar la competencia en la Audiencia Provincial y no en el Juzgado de lo Penal. Se alteró así con esa indebida, en su opinión, aceptación del tardío escrito de acusación la secuencia procesal natural por la que habría discurrido el proceso, de haberse repelido por el escrito de la acusación particular.

Son muchas las razones que confluyen para negar a este argumento virtualidad alguna:

a) La defensa ha esperado a comprobar que la sentencia recaída es condenatoria y contraria a sus intereses para elevar esta protesta. En ningún

momento anterior adujo nada sobre esa hipotética extemporaneidad. Ni cuando se le comunicó el escrito de la acusación; ni cuando se le dio traslado de las actuaciones; ni cuando formuló su escrito de defensa; ni al suscitarse un problema de competencia objetiva que acabaría con los autos remitidos a la Audiencia; ni al inicio del juicio oral; y ni siquiera en el momento de los informes. Si hay algo tardío es esta alegación que se antoja poco compatible con la buena fe procesal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que obliga a poner de manifiesto las posibles deficiencias procesales en cuanto se advierten, y no reservarlas para hacerlas valer solo en el caso de que el procedimiento finalice con una resolución desfavorable a los propios intereses.

b) La presentación tardía de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. Si se trata del Fiscal, fuera del caso previsto en el art. 800.5 de la LECrim, estaremos ante una irregularidad que podrá influir, si el retraso fuese insólito o desmesurado, para valorar la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas; o en el ámbito interno de la Institución pero sin repercusiones en el proceso. Si, como en este supuesto, la queja se refiere a una acusación no pública, tampoco puede automáticamente anudarse a esa extemporaneidad su expulsión inmediata del proceso, si no ha mediado previo requerimiento judicial. Agotado el plazo señala-

do para evacuar el traslado conferido con el fin de formular el correspondiente escrito de acusación sin que se haya presentado éste, habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECr: señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de acusación habrá que entender precluido el trámite por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 136), lo que, en definitiva, se traducirá en una suerte de desistimiento tácito o legal de la acusación particular, privada o popular (STC 101/1989, de 5 de junio). Dadas las drásticas consecuencias que pueden aparejarse a la omisión del trámite en el término fijado, parece aconsejable que el señalamiento de ese segundo plazo previsto en el art. 215 vaya acompañado de la advertencia formal de tener por apartada del proceso a la parte acusadora de que se trate si no se evacua en tiempo el traslado conferido. Anudar al mero incumplimiento del plazo el efecto de tener por precluido el trámite sin más y, por tanto, por apartada del proceso a la acusación de que se trate, sería desproporcionado. Las SSTs 73/2001 de 19 de enero y 1526/2002 de 26 de septiembre avalan esta interpretación que, por otra parte, encuentra apoyo legal en el art. 242.2 LOPJ.

c) Más aún: en el presente supuesto ni siquiera resulta correcto hablar de presentación extemporánea de tal escrito. Da por supuesto la recurrente que en ese plazo de diez días han de computarse también los inhábiles por virtud del art. 201 LECr, al no haberse abierto aún la fase de juicio oral. No se puede estar conforme con tal entendimiento. El citado precepto dispone: «Todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales». La redacción proviene de la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero por la que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Civil. Antes tal precepto rezaba así «Los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren con sujeción a la Ley, serán sin embargo hábiles para las actuaciones del sumario». Pudiera parecer una modificación estilística, tendente a enterrar una terminología rancia y adecuarla al art. 184 de la LOPJ. Pero tras las palabras se intuye también un cambio de paradigma: es la actividad material de ins-

trucción de las causas criminales la que exige esa declaración de habilidad de todos los días y horas. De ahí no cabe deducir sin más que en los plazos procesales establecidos en esa fase inicial del proceso deban computarse los días inhábiles. La explicación de esa aparentemente inocua modificación que se lleva a cabo en una reforma de tanto fuste como es la promulgación de una Ley de Enjuiciamiento Civil no puede radicarse en una simple mejora literaria. Es legítimo entender que el legislador quiso mediar entre dos interpretaciones de esa norma con consecuencias muy diferentes y ambas compatibles con la Constitución Española (STC 1/1989, de 16 de enero). Según la primera esa declaración supondría que en aras de la agilidad todos los plazos procesales durante la fase de instrucción comprenderían todos los días. El entendimiento alternativo reclamaría un sentido distinto para la disposición: en lo que se está pensando es en la actividad que materialmente puede ser calificada de instrucción —práctica de diligencias con las finalidades previstas en el art. 299 LECr— pero no en actos de parte como la presentación del escrito de acusación o un recurso contra una resolución interlocutoria. La Ley ya no habla de las actuaciones del sumario, sino de la instrucción de las causas criminales, locución que concuerda mucho mejor con esa segunda interpretación. Con esa forma de cómputo el escrito estaría presentado en el plazo legal, incluso presumiendo que la notificación de la resolución por la que se ordenaba dar traslado para calificar fue acompañada de la entrega material de las copias (STC 208/1998, de 26 de octubre). En efecto, la notificación se llevó a cabo el día 25 de octubre de 2007 (folio 353 vuelto); y el escrito se presentó el 6 de noviembre siguiente (o día 7) cuando, si se descuentan los días no laborables, todavía no había transcurrido el plazo de diez días establecido en la ley.

d) Además, tal y como ha recordado la parte recurrida en su escrito de impugnación, la resolución del Instructor confiriendo ese traslado (arts. 779.1.4.^a y 780.1 LECr) supone clausurar la fase de instrucción. No en vano el art. 780 encabeza un capítulo que se intitula «De la preparación del juicio oral». Pese a no estar abierto el juicio oral, ya no se puede hablar de fase de instrucción. Decae la eficacia del art. 201 LECr

incluso en la más rígida de sus lecturas. Si a ello se añade que en ese trámite el Fiscal solicitó nuevas diligencias conforme le autoriza el art. 780.2 (folio 320) que se llevaron a cabo, y que, por tanto la fase de investigación se reabrió; y

que cuando se volvió a dar traslado la acusación presentó un escrito en plazo dando por reproducida su anterior calificación (folio 383), se concluye la debilidad del argumento blandido en este motivo que, por ello ha de ser rechazado.

Sentencia 440/2012, Sala Segunda del TS, de 25 de mayo

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Estafa y alzamiento de bienes. Relaciones concursales**

Recurso de Casación: **n.º 1078/2011**

Artículos: **8, 21, 73, 109, 248 y 257 Código Penal**

Relaciones concursales entre estafa y alzamiento de bienes: Se ocupa ampliamente la sentencia de este particular, admitiendo (matizadamente) la posibilidad de un concurso real entre ambos delitos. Por otra parte, se recuerda la doctrina jurisprudencial relativa al alcance de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En un motivo por infracción de ley del art. 849.1.º se propugna la supresión de la condena por el delito de alzamiento de bienes del art. 257.1.º del Código Penal. Entre el previo delito de estafa, por el que ha sido condenado, y el delito de alzamiento de bienes existiría una relación de consunción a resolver por la regla 3.ª del art. 8 del Código Penal. El concurso de normas —que no de delitos— llevaría a sancionar exclusivamente por el delito de estafa. El desvalor de tal delito absorbería el de la conducta posterior encaminada a vaciar de activos ejecutables la sociedad deudora y culminar así la defraudación. El alzamiento de bienes no sería más que el agotamiento del delito de estafa y no merecería un castigo diferenciado.

El recurrente en efecto ha sido condenado por un delito de estafa de los arts. 248 y 250 del Código Penal en virtud de una operación mercantil concertada en nombre de la entidad EVELAM EUSKADI, S.L. de la que era administrador. El valor de lo defraudado ascendía a un total de 360.607,26 euros, importe de la madera que le fue suministrada y que debía haberse abonado en cuatro plazos en los meses de febrero y marzo de 2000. Entre los meses de marzo y abril

de ese mismo año se efectuaron las operaciones de despatrimonialización que han sido catalogadas como delito de alzamiento de bienes.

El tratamiento penal que deba darse al alzamiento de bienes efectuado para eludir el pago de la deuda surgida de una previa conducta defraudatoria ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinal. En un primer acercamiento la consideración de que ambas figuras protegen un bien jurídico homogéneo —son delitos patrimoniales— evocaría el concurso de leyes, aunque las conductas estén perfectamente diferenciadas. Primeramente se consigue el desplazamiento patrimonial mediante un engaño con el consiguiente empobrecimiento de la víctima; posteriormente para consolidar el enriquecimiento buscado —ánimo esencial a la estafa— se extraerían bienes del patrimonio impidiendo así que la víctima pudiese resarcirse recuperando el importe de lo defraudado. La colocación en una situación de insolvencia no constituiría más que el agotamiento de la estafa, un acto posterior co-penado que no incrementaría el disvalor. Esta concepción es respaldada por un amplio sector doctrinal: en los supuestos en que el deudor contrae una obligación sin ánimo de cumplirla, y a continuación, para evitar su rea-

lización forzosa ejecuta actos de alzamiento, deberá aplicarse con exclusividad el tipo de la estafa que sería *lex consumens* que desplaza y absorbe el alzamiento, acto de agotamiento impune. Sólo si hubiese otros acreedores diferentes al sujeto pasivo de la estafa, cabría hablar de concurso de delitos.

Esa concepción ha inspirado algunos pronunciamientos de esta Sala que han apostado por la aplicación del art. 8.3 del Código Penal. Reciente es la STS 1522/2005, de 20 de diciembre, referida al texto penal vigente. A igual solución se llegaba en la sentencia 191/1996, de 28 de febrero, aunque en relación con el antiguo art. 519. La «despatrimonialización» posterior a un delito de estafa no significaría otra cosa que la definitiva disposición sobre lo obtenido fraudulentamente, y ello supondría sencillamente agotamiento de ese delito. «El bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes del art. 519 CP —explica la sentencia— lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos y viene a ser la contrapartida a la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1911 del Código Civil, en el que se reconoce al acreedor el derecho a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas (v. SS. de 30 de septiembre de 1968, 19 de diciembre de 1985 y de 9 de mayo de 1986, entre otras). Acreedor y deudor son los sujetos contrapuestos de la relación obligacional. Difícilmente puede calificarse así a la relación que pueda existir entre el responsable criminal de un delito contra el patrimonio y la víctima del mismo. El autor de un delito contra el patrimonio, en los delitos de apoderamiento, como sin duda lo es la estafa, lo que pretende es incrementar ilícitamente su patrimonio a costa del perjudicado. En el desvalor de su acción ha de comprenderse por tanto el perjuicio patrimonial de la víctima. La comisión del delito implica ya el perjuicio patrimonial del perjudicado. Este no precisa de la ulterior despatrimonialización del responsable criminal, que por tal condición lo es también civilmente (v. arts. 19, 101 y siguientes CP).

La STS de 25 de marzo de 1966 rechaza también la concurrencia de un delito de alzamiento, con un argumento similar. Consideran-

do que las obligaciones civiles nacidas de delito tendrían una naturaleza diferente, se niega que puedan constituir el presupuesto del delito de alzamiento de bienes. Como se verá enseguida este argumento ha perdido toda virtualidad a la vista del nuevo art. 258 CP.

En dirección opuesta han caminado otras resoluciones de esta Sala Segunda. Ya la vieja sentencia de 23 de diciembre de 1957 apreció un concurso real: nada impide que el delito de estafa vaya seguido de un delito posterior de alzamiento de bienes. Las sentencias de 14 de octubre de 1985 o 23 de enero de 1993 adoptan idéntica solución.

Tras la promulgación del Código Penal de 1995 algún comentarista ha entendido que el problema quedaba definitivamente zanjado a la vista de su art. 258, una nueva modalidad de alzamiento de bienes de dudosa utilidad. Se castiga al «responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente».

Esa previsión confirmaría legalmente que el crédito frustrado por el alzamiento de bienes puede venir constituido por una obligación civil nacida de delito (art. 1092 del Código Civil). Se privaría así de toda base a la exégesis, de la que era muestra alguna de las sentencias antes aludidas, que veía con recelo la construcción de un delito de alzamiento de bienes sobre ese tipo de obligaciones.

El argumento es apreciable, pero no concluyente. En la génesis de ese nuevo delito —alzamiento para eludir el pago de la responsabilidad civil *ex delicto*— se encuentra más bien la voluntad de salir al paso de una jurisprudencia, que, por cierto, ya había sido abandonada, que consideraba que únicamente las deudas exigibles eran idóneas a los efectos del antiguo art. 519. Eso dejaba fuera de su radio de acción las insolvencias provocadas antes del enjuiciamiento de la conducta delictiva de la que nacía la responsabilidad civil. Sin embargo era ya interpretación consolidada desde tiempo antes de la promulgación del nuevo Código Penal la admisión

del alzamiento ante deudas no vencidas o todavía no declaradas por sentencia. El momento del nacimiento de la obligación es el de comisión del hecho delictivo (art. 1089 del Código Civil). A partir de ese instante la obligación existe y respecto de ella la sentencia firme condenatoria no tiene valor constitutivo, aunque hasta la deuda no será exigible hasta que recaiga. Eso explica que bajo el imperio del anterior Código sin dificultad alguna se castigasen conductas que hoy encajarían en esta norma por su carácter especial, como la enajenación fraudulenta de un inmueble a un familiar para eludir la responsabilidad civil surgida de un homicidio todavía no enjuiciado (sentencia 896/1996, de 21 de noviembre). Precisamente por eso se ha tachado de innecesaria la tipificación explícita acogida por el art. 258: en principio todas las conductas ahí contempladas son susceptibles de encajar en el art. 257; y la pena es exactamente la misma. Quizás en esa realidad haya que buscar la raíz del escaso uso que se ha hecho de esa norma. Se tiende a acudir, como ha sucedido en el presente supuesto, al alzamiento genérico, pese a que el principio de especialidad (art. 8.1 del Código Penal) haría más correcta la tipificación por esta vía. El tema carece de cualquier caso de toda trascendencia sustantiva y procesal. No hay ningún problema de principio acusatorio, ni de derecho a ser informado de la acusación.

Las razones que explican su aparición y el amplio abanico de supuestos en los que incide el art. 258 no permiten entender que su presencia priva definitivamente de toda razón a quienes defienden una relación de consunción entre los delitos de estafa propia y alzamiento de bienes. El art. 258, desde esa perspectiva, vendría a contemplar otros delitos no patrimoniales de los que nace responsabilidad civil (imprudencias, delitos de lesiones o contra la vida, delitos sexuales...). En los delitos patrimoniales la sustancial semejanza de bien jurídico protegido invitaría a otra solución.

Hay que distinguir supuestos para ofrecer unas claves de solución equilibradas. Primeramente se impone destacar que el problema tiene unos perfiles muy diferentes a los que se plantean en las relaciones entre algunas estafas impropias (arts. 251.2.º o 3.º) y el alzamiento de bienes en

que se llega con mayor facilidad al concurso de normas (STS 209/2012, de 23 de marzo).

En otro orden de cosas hay que rechazar el concurso de delitos cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; o, en su caso, los que los han sustituido. En esos casos sí que puede hablarse propiamente de agotamiento del delito. Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio. Es lo que sucede en los timos conocidos popularmente como «nazareno» consistentes en la venta rápida a bajo precio de las mercancías defraudadas —lo que comporta a la vez impago de las obligaciones e insolvencia provocada—. Esa es la realidad que subyace tras la citada STS 191/1996, aunque las razones de la exclusión del delito de alzamiento de bienes no se lleguen a exteriorizar de esa forma y aparentemente parezcan susceptibles de ser proyectadas a todos los casos de estafa y posterior insolvencia provocada. Habrá concurso de normas si el objeto del alzamiento son los bienes defraudados.

En el extremo opuesto si en el momento en que se produce la ocultación de bienes para eludir el pago de esa obligación ha recaído ya sentencia condenatoria por el delito de estafa; o incluso cuando existe una distancia temporal relevante entre el desplazamiento patrimonial que genera el engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de la más emblemática de las insolvencias punibles, no podrá negarse el concurso real. Si hay solución de continuidad y la insolvencia se provoca cuando ha sido descubierta la estafa y al temerse por la pérdida de otros activos patrimoniales se dispone de ellos fraudulentamente, se puede diferenciar perfectamente entre las dos conductas. Hay un plus de antijuricidad y agravamiento de la situación de la víctima que por eso es doblemente víctima: primero al verse privada de unos bienes; posteriormente al comprobar como, descubierta la defraudación, el delincuente elude sus obligación de indemnizar con otra nueva manobra también tipificada de forma autónoma.

Quedan en un terreno intermedio en el que la cuestión adquiere su máxima dificultad aquellos supuestos, como el aquí analizado, en que

actividad defraudadora y provocación de la insolvencia se mueven en el mismo marco temporal. El perjudicado todavía no es conocedor de que ha sido víctima de una defraudación. El plan defraudatorio parece abarcar no sólo el engaño motor del acto de disposición, sino también la actividad consecuente, casi inmediata, consistente en extraer del patrimonio aquellos bienes con los que se había aparentado solvencia y un inexistente propósito de atender a las obligaciones que se contraían. En una primera aproximación pudiera parecer que las acciones están tan íntimamente trabadas que solo deberían merecer una única respuesta punitiva.

Sin embargo examinadas las cosas con más detenimiento hay que rechazar ese planteamiento que postula el recurrente. No sólo estamos ante acciones diferentes, aunque en la secuencia temporal no haya solución de continuidad, sino que además se produce una nueva decisión que agrava sensiblemente la posición del estafado.

Un argumento de coherencia penológica refuerza definitivamente la opción por el concurso real de delitos. En el presente supuesto se ha condenado por un delito de estafa agravado del art. 250 castigado con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Esa penalidad de este caso ahora examinado ensombrece el argumento, pues es superior a la del delito de alzamiento de bienes: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Pero la solución que se ofrezca para esta cuestión ha de extenderse a todos los casos de estafa más alzamiento posterior (y, con ciertos matices, a otros casos de comisión de delitos o faltas contra el patrimonio que supongan enriquecimiento propio y ulterior insolvencia). Suscribir como respuesta una relación de consunción en que la infracción patrimonial anterior absorbe el posterior alzamiento lleva a dislates punitivos que no pueden asumirse. El alzamiento que tuviese como base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión comprendida entre

seis meses y tres años (art. 249). Esta perniciosa consecuencia es seguramente la que ha llevado a un sector doctrinal a dar prevalencia al principio de alternatividad (art. 8.4.º) para resolver el supuesto. Estaríamos ante una consunción impropia según la terminología de algún autor, en la que el tipo preferente será el más penado. Pero en realidad lo que trasluce esa comparación de penas es que si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto y el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche penal. Sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone ignorar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal en ese caso a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito.

Estas consideraciones se erigen en argumento decisivo para repeler el presente motivo: la estafa propia admite el concurso real con el posterior delito de alzamiento de bienes que tenga como presupuesto la deuda generada con la previa defraudación. (...)

Tercero.—Los motivos segundo y tercero de este recurso giran en torno a la responsabilidad civil. El recurrente ha sido condenado a abonar en tal concepto a la entidad Bergkvist-Insjön Travaru K.B. la cantidad de 49.236,28 euros. Se queja de ese pronunciamiento: la responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos (art. 1305 del Código Civil). El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31

de diciembre, 1091/2010, de 7 de diciembre ó 209/2012, de 23 de marzo, además de las que cita el recurrente). En el presente supuesto no se ha procedido a esas declaraciones de nulidad porque no eran solicitadas por ninguna de las acusaciones: rige el principio de rogación. No hubiese sido posible, además, pues no habían sido llamadas al proceso como partes las entidades que habían intervenido en las operaciones de compraventa, exigencia insoslayable para esa anulación que, por afectarles de manera directa, no puede acordarse sin su previa audiencia para que puedan ejercer su derecho de defensa.

Las acusaciones solicitaban la condena a todos los responsables de una indemnización por el monto de la obligación crediticia cuyo pago se eludió. En el caso del otro condenado, Sabino, así lo ha acordado la Audiencia Provincial. Pero no como autor de un delito de insolvencia punible, sino como responsable del delito de estafa.

En virtud de la doctrina que ha quedado expuesta no era procedente extender esa condena a este recurrente que había intervenido exclusivamente en uno de los hechos constitutivos de alzamiento de bienes. El crédito previo no es transformado por la incidencia de un delito de alzamiento de bienes que por esencia ha de ser posterior al nacimiento y constitución de la obligación. Ahora bien la doctrina de esta Sala Segunda sobre la fórmula habitual por la que ha de enfocarse la responsabilidad civil derivada de un delito de alzamiento de bienes no se agota en esas dos afirmaciones: primero, que no ha de cubrir el montante del crédito defraudado por no ser consecuencia del delito; segundo, que ha de concretarse en la anulación de las operaciones fraudulentas para restaurar la situación anterior al delito. Esas dos premisas pueden completarse en determinados casos con otras aclaraciones y especificaciones. Éste es uno de esos casos.

Tras la comisión del delito de alzamiento de bienes el crédito permanece sin variación alguna. El acreedor puede reclamarlo en virtud de la fuente que lo fundase —un contrato, la ley, un delito...— ante la jurisdicción correspondiente. No se superpone un nuevo título de pedir al que lo originó. Por tanto el partícipe en el alzamiento como cooperador que no adeudaba nada antes del delito, en principio no tendrá por qué

asumir esa obligación cuyo pago se ha eludido. Los deudores seguirán siendo los mismos, los que lo eran antes del delito. Ahora bien, de ahí no cabe derivar que para ese tercero no pueda nacer nunca una responsabilidad civil derivada del delito. No sólo a través de esa singular modalidad de «restitución» que se concreta en la anulación de los negocios jurídicos hechos en fraude de acreedores. También cuando quepa legítimamente deducir del delito de alzamiento de bienes unos perjuicios directamente anudables al mismo. Por una parte serían indemnizables los perjuicios que se demuestren producidos por la imposibilidad de hacerse pago y que son diferentes del mismo crédito (SSTS 1388/1999, de 7 de octubre o 980/1999, de 18 de junio). Además, la imposibilidad de cobro que es la consecuencia del delito de alzamiento de bienes es un perjuicio evaluable cuyo resarcimiento puede venir obligado a asumir también ese tercero, sin perjuicio en su caso de la posibilidad de repetir contra los inicialmente obligados. No porque venga a sustituir al deudor inicial o a situarse a su lado en la obligación; sino porque su acción ha generado un perjuicio concreto que se superpone a la deuda y del que ha de responder. Al contribuir a la ineficacia de la acción contra el deudor puede hacerse hace también responsable del perjuicio económico ocasionado. Una actuación propia ha impedido un cobro, aunque fuese parcial.

Esas ideas están también presentes en la doctrina de esta Sala. La STS 430/2005, de 11 de abril, tras reiterar la tesis clásica, abre la puerta a otro tipo de declaraciones que plasmen en pronunciamientos indemnizatorios: «la existencia, validez, exigibilidad y ejecutabilidad de estas deudas son un presupuesto objetivo del delito sin cuya existencia esta no tendría virtualidad ni las posibilidades de existencia. La maniobra que tiene su origen en el propósito de eludir el pago de esta deudas a través de operaciones ficticias o encubiertas son las que tiene su origen en el propósito delictivo por lo que deben ser anuladas y dejadas sin efecto por tener una causa ilícita que no es otra que cometer un delito de los tipificados en el Código Penal.

Esta tesis tradicional y aplicable en la generalidad de los casos cede el paso a otra más ajus-

tada al principio de reparación de las víctimas de los hechos delictivos, como es la restitución o indemnización de las cantidades que constituían el importe de la deuda impagada, sin perjuicio de añadir los gastos ocasionados en la odisea procesal de perseguir el pago o cobro de los bienes. Para ello la sentencia tiene que explicar por qué llega a esta solución alternativa y contraria o distinta de la teoría clásica de la responsabilidad nacida del delito».

Argumentos similares se encuentran en otros precedentes jurisprudenciales. La STS 2055/2000, de 29 de diciembre declaraba: «En el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil presenta, en efecto, características peculiares porque el desplazamiento patrimonial no permite, sin más, como reparación del daño la cuantía exacta de los créditos burlados ya que, en línea de principio, como se sostiene correctamente en el recurso, la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables, como establecía el art. 102 del CP reproducido en lo esencial en el art. 111 del CP vigente. (En este sentido SS. 14-3-1985, 20- 2-87, 15-6-90 y 12-7-96). La restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio de 1986, citada por el Ministerio Fiscal, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es «líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor» (en el mismo sentido SS. 16-3-92 y 12-7-96). Es lo sucedido en el caso enjuiciado pues, como se hace constar en el *factum*, el procedimiento ejecutivo fracasó, al despacharse la ejecución,

ya que los bienes se habían aportado a la sociedad patrimonial creada por los acusados que los fueron enajenando de suerte que «recaída sentencia condenatoria en el procedimiento ejecutivo señalado, los acusados tampoco hicieron efectivo su importe», precisándose en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada que esa enajenación a terceros, reconocida por los acusados, hacía inviable la posibilidad de resolver las operaciones, toda vez que los adquirentes gozaban de la fe pública que les ofrecía la inscripción registral para concluir, con fundamento, que «no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones».

La sentencia 1662/2002, de 15 de octubre, con cita de la anterior, abunda en esas ideas introduciendo un criterio de concreción de los perjuicios ocasionados por el alzamiento y que se superponen con el crédito que se trataba de burlar: «La Jurisprudencia de esta Sala ha sentido como regla general que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que la misma no nace del delito y su consumación no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial sino a la de un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello se afirma que lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo (SSTS núm. 238/01, de 19/02, o 1716/01, de 25/09, y las citadas en la misma).

Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. El artículo siguiente, 111, precisa que la restitución

del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable. En este sentido surge el problema de que el importe de la deuda no es consecuencia del delito sino que preexiste al mismo y por ello podría sostenerse la imposibilidad de una declaración como la pretendida por los ahora recurrentes. Sin embargo, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios».

Por fin, la sentencia 944/2004, de 23 de julio, tras rechazar con los argumentos tradicionales que los perjuicios ocasionados por el delito de alzamiento de bienes son equivalentes al valor de la obligación impagada, admite que pueden existir unos daños específicos derivados de esa infracción cuyo cálculo deberá realizarse en cada caso concreto. No se trata de utilizar retorcidamente la categoría de los «daños morales» (STS 234/2005, de 24 de febrero) para basar una compensación económica que puede aparecer intuitivamente como adecuada. Lo que procede es desentrañar en cada caso si las acciones catalogables como alzamiento de bienes o han generado un perjuicio económico añadido; o han ampliado la esfera de sujetos responsa-

bles. Quien ha contribuido a la ineficacia de un crédito vencido y exigible se convierte también en responsable civil frente al acreedor por esa conducta suya impeditiva que ha frustrado sus legítimas expectativas de cobro.

Eso es lo que sucede aquí. Joaquín no adeudaba nada a la entidad perjudicada. Los deudores en virtud del negocio civil criminalizado eran el autor del delito de estafa (Sabino) y la entidad por cuya cuenta actuaba (Evelam Euskadi, S.L.). Joaquín al avenirse a realizar una venta simulada de parte del patrimonio de Evelam Euskadi, S. L. menoscabó las posibilidades de resarcirse de Bergkvist-Insjön Travarü K.B., haciendo ilusoria sus posibilidades de ejecutar esos bienes para cubrir parcialmente su crédito. Ha contribuido con su actuación al perjuicio derivado del impago de la deuda y en esa medida se hace co-responsable, con una responsabilidad civil que ha nacido de su delito.

¿Cómo calcular la indemnización? La respuesta es sencilla y venía ya apuntada en la parcialmente transcrita STS 1662/2002, de 15 de octubre. El valor del bien que se ha sustraído a la ejecución, siempre que sea inferior a la deuda total, nos dará la medida de su responsabilidad. En este caso valorada la finca propiedad de Evelam Euskadi, S.L. en 49.236,28 euros según declaran los hechos probados, esa ha de ser la cifra de la que deberá responder; en el bien entendido, no explicitado en la sentencia pero implícito en su decisión, de que no es una cuantía a añadir a la indemnización fijada a cargo del otro condenado, Sabino, sino la parte de esa indemnización de la que responderá también solidariamente Joaquín, pues con su conducta ha provocado que la entidad mercantil perjudicada se vea imposibilitada de resarcirse en ese importe.

Sentencia 436/2012, Sala Segunda del TS, de 28 de mayo

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Cierre del local como consecuencia accesoria**

Recurso de Casación: **n.º 11292/2011**

Artículos: **31, 129, 368, 369 y 369 bis Código Penal**

Cierre de local: Se concreta el nuevo ámbito de aplicación del art. 129 CP, entendiendo que la consecuencia accesoria en él prevista de cierre de local, en una condena por tráfico de drogas, sigue siendo imponible con arreglo al nuevo texto, aunque no sea una persona jurídica la responsable del delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo denuncia el recurrente, por la vía procesal del art. 849.1.º de la LECr., la infracción de los arts. 366, 368 y 369.3 en relación con los arts. 33.7 d) y 129.3, todos ellos del C. Penal, al resultar desproporcionado el tiempo del cierre del local por un periodo de cuatro años, tras la reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 22 de junio.

La tesis de la defensa es que al haberse reducido la pena privativa de libertad impuesta al acusado de 9 años y un día de prisión a 6 años y un día en virtud de la reforma de los arts. 368 y 369 del C. Penal por LO 5/2010, reducción que se llevó a cabo por auto de revisión de 4 de noviembre de 2010, también debió revisarse la medida de cierre del local, que tenía un techo de cinco años y que fue impuesta por un periodo de cuatro años, resultando ahora desproporcionada una vez que se ha reducido la pena privativa de libertad.

Pues bien, al haberse aplicado al acusado el nuevo texto del art. 369 del C. Penal para la imposición de la pena privativa de libertad, es claro que también ha de operarse con el nuevo texto legal para la aplicación de la medida del cierre del local, al no resultar factible aplicar las penas de distintos textos legales para la privación de libertad y para el cierre del establecimiento.

Después de la reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, el nuevo art. 369.1.3.º del C. Penal ya no prevé en el precepto la me-

da específica del cierre del local (antiguo art. 369.2.2.º), toda vez que la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha conllevado que ahora las nuevas penas aplicables a estas [art. 33, letras b) a g) del C. Penal] se establezcan de forma específica en el nuevo art. 369 bis del C. Penal. Sin embargo, ello no significa que se haya suprimido como medida accesoria el cierre de local cuando este se utilice por una persona física para cometer la acción delictiva, como sucede en el presente caso.

En efecto, el nuevo art. 129 preceptúa lo siguiente:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas

por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas».

Dado el tenor literal de este precepto, es claro que ahora se siguen manteniendo las consecuencias accesorias para las «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código». De modo que cuando se trata de entidades sin personalidad jurídica el legislador ha querido mantener en vigor esta especie de tercera respuesta penal consistente en las medidas accesorias con el fin de evitar o de prevenir futuras acciones delictivas durante un periodo de tiempo determinado, siempre, eso sí, que recaiga una condena penal sobre una persona física que se haya valido de la empresa, organización o entidad para cometer el hecho delictivo.

Además, el nuevo art. 129 no exige que la norma prevea de forma específica para el tipo penal la aplicación de las consecuencias accesorias, sino que es suficiente con que se trate de uno de los delitos o faltas para los que se permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Y ello es lo que ocurre en el supuesto contemplado.

En efecto, el delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes prevé la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando estas sean responsables de los delitos comprendidos en los arts. 368 y 369 del C. Penal (art. 369 bis). Se trata, pues, de un tipo penal al que puede aplicarse el art. 129 del referido texto legal. Esto implica que en los casos en que el delito no sea cometido por una persona jurídica pero sí se valga la persona física de una empresa, organización, grupo o entidad sin personalidad jurídica para cometer el hecho delictivo sí podrá operarse con las consecuencias accesorias previstas en aquella norma penal.

En el supuesto ahora examinado es claro, según se recoge en la sentencia dictada el 27 de mayo de 2008, que el acusado se valió del local del bar para perpetrar la acción delictiva, de ahí que se le impusiera como consecuencia accesoria el cierre del local.

Ese cierre también lo permite ahora, según se ha constatado, el nuevo art. 129, remitiéndose

a tal efecto a los apartados c) a g) del art. 33.7 del C. Penal, en el que se prevé la clausura de los locales o establecimientos por un periodo que no podrá exceder de cinco años. Se mantiene así el mismo tiempo de clausura que se contemplaba en el derogado art. 129 del texto punitivo.

Por consiguiente, sí se halla legitimada la adopción de la consecuencia accesoria del cierre del local para el tipo penal del art. 369.1.3.^a del nuevo texto legal, y además con la misma duración que en la regulación anterior.

Y en lo relativo al argumento de fondo que alega la parte recurrente, centrado en la falta de proporcionalidad de la medida, conviene subrayar que si con ello se refiere la defensa a que la consecuencia accesoria se impone en su mitad superior y, en cambio, la pena privativa de libertad se impone en su cuantía mínima, lo cierto es que esa misma disparidad existía cuando el Tribunal de instancia dictó la sentencia, dado que se le impuso la pena privativa de libertad en su cuantía mínima —9 años y un día de prisión en ese momento—, mientras que la medida de cierre del local se le aplicó casi en el límite máximo —4 años cuando el techo estaba en 5 años—.

A este respecto, ha de sopesarse que se trata de dos consecuencias punitivas muy distintas. Una constituye una auténtica pena muy gravosa para la libertad de la persona física y la otra es una consecuencia accesoria que recae sobre la empresa utilizada como instrumento delictivo. El principio de proporcionalidad no puede por tanto operar como si se tratara de dos parámetros iguales y con unos mismos fines y objetivos. La función de la pena privativa de libertad y la de la consecuencia accesoria son distintas y también son muy dispares los efectos y los destinatarios de una y otra.

De otra parte, la respuesta de la Audiencia resulta razonable y coherente, habida cuenta que si en su momento impuso un tiempo de clausura del local de cuatro años, lo lógico es que, al no haberse modificado en el nuevo texto legal la duración de la consecuencia accesoria, que sigue teniendo un límite de cinco años, tampoco se rectifique ahora el tiempo establecido en la sentencia que dictó en su día.

A ello ha de sumarse que si la privación de libertad alcanza los seis años no puede estimarse desproporcionado que el cierre del local se acuerde por cuatro años, tiempo sustancialmente inferior al de prisión. Se considera, pues, que

esa duración es adecuada para que la consecuencia accesoria cumplimente su función preventiva especial. Por todo lo cual, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 257/2012, Sala Segunda del TS, de 30 de mayo

Ponente: **Don Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Defraudación. Estafa impropia**

Recurso de Casación: **n.º 1562/2011**

Artículos: **248 y 251 Código Penal**

Estafa impropia: Se trata de un supuesto de constitución de hipoteca con posterioridad a la firma del documento privado de compraventa de inmueble. La sentencia de instancia fue absolutoria, condenado por estafa la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Recogemos un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La motivación jurídica de la sentencia impugnada excluye el delito de estafa porque entiende que no ha concurrido engaño determinante a la firma del documento privado de compraventa de 28-03-2002. Y ello es así por cuanto en aquella fecha no estaba constituida la hipoteca que gravaba la finca matriz y además el propósito de constituirla ya se anticipaba en aquel documento privado suscrito por ambas partes, querellante y querellado cuando expresamente se recoge la posibilidad de pagar parte del precio «mediante la subrogación del préstamo hipotecario que Inmobiliaria Noster Betanzos S.L., concertará con la entidad bancaria correspondiente».

Y añade que no hubo ocultación del propósito de hipotecar ni el mismo puede deducirse de la no cancelación posterior de la hipoteca, invocando la STS 1280/99 de 17 de septiembre, que ha señalado que no se aprecia estafa cuando en los contratos privados de compraventa de las viviendas se autorizaba a hipotecarlas con la obligación de liberarlas antes de entregarlas a los compradores, cosa que luego no hizo por problemas financieros sobrevenidos, pero no señala cuáles fueron esos problemas, ni las pruebas de su existencia y entidad.

Ciertamente, la cláusula segunda del contrato privado celebrado el 28 de marzo de 2002 pone claramente de manifiesto que en el momento de su firma la parte compradora abonó 20.915,22 euros al vendedor, pero también que el resto sería satisfecho mediante cheque bancario «o bien mediante subrogación del préstamo hipotecario que Inmobiliaria Noster Betanzos, S.L. concertará con la entidad bancaria correspondiente». Lo que demuestra que la compradora conocía y consentía la eventual constitución de la hipoteca que iba a trabar la finca matriz donde se ubicaría el local objeto del negocio jurídico.

Pero también es cierto que un año más tarde, el 28 de marzo de 2003, la compradora abonó otra parte del resto pendiente, concretamente, 30.000 euros. Y que posteriormente se satisfizo lo que faltaba mediante una operación de compensación de deuda el día 2 de marzo de 2004, con lo que en esa fecha la compradora ya había cumplido su obligación de pago total del inmueble en cuestión.

La acusación particular recurrente reconoce que no era posible desvincular al local bajo en el momento de la constitución de la hipoteca sobre la finca matriz, pero que sí hubiera sido

posible en el momento de distribuir el gravamen entre las distintas fincas el 9 de marzo de 2004, al haber surgido, al mundo jurídico, con ocasión del otorgamiento de la escritura de división horizontal, ocho nuevas fincas. Sobre esta cuestión debemos señalar las disposiciones de la Ley Hipotecaria que regulan esta materia. Así, el art. 123 establece que si una finca hipotecaria se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.

Y, de seguido, el art. 124 dispone que dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquél a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

Para concluir el art. 125 que cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el art. 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.

Aplicando esta normativa al caso presente, no cabe sino concluir que habiendo sido totalmente pagado el precio del local, el vendedor podía y debía excluir los 84.000 euros que se cargaban sobre el local como parte de la hipoteca global, o alternativamente, levantar esa carga hipotecaria con el dinero recibido por el comprador.

Y, desde luego, no resulta de aplicación el art. 125 LH transcrito, porque la imposibilidad legal de exigir la liberación de alguno de los bienes hipotecados única y exclusivamente lo será cuando siendo varios los bienes hipotecados, no se haya señalado o distribuido cuota hipotecaria de cada uno de ellos; circunstancia esta de la distribución de la hipoteca que aquí si se produjo.

Es esta segunda secuencia de la actuación del acusado la que integra el delito de estafa impropia, cuando después de haber recibido el vendedor la totalidad del precio estipulado del local, otorgó el acusado escritura pública de distribución de hipoteca por la que se gravaba dicho local con 84.700 euros de principal en favor de la entidad bancaria que concedió el préstamo, en claro perjuicio del adquirente, que se consolidó más tarde cuando el banco interpuso demanda de ejecución hipotecaria sobre los bienes hipotecados, siendo uno de ellos el local objeto del litigio, sobre el que se trabó embargo y siendo adjudicado a la entidad bancaria ejecutante por el 50% de su valor de tasación, vulnerando el acusado de este modo los deberes que constituyen al vendedor en garante frente al comprador, ya que ni siquiera consta que éste fuera informado de la mencionada distribución de hipoteca, permaneciendo, pues, ignorante de que el inmueble adquirido como libre de cargas y gravámenes estaba afectado por la hipoteca en cuestión.

Como con toda corrección y acierto señala el Ministerio Fiscal al apoyar el motivo casacional el delito de estafa impropia tipificado en el art. 251.2.º CP es un precepto autónomo, al que no le son aplicables todos los elementos de la estafa común. El delito no requiere que el perjuicio del primer adquirente resulte de una maniobra engañosa que haya determinado su acto de disposición, sino que resulta de una conducta posterior realizada con un tercero, en la que no es imprescindible que ése resulte engañado ni que resulte perjudicado, ya que el precepto admite como elemento típico alternativo el perjuicio de uno u otro. Ni siquiera es necesario que la voluntad o el propósito de realizar el gravamen o enajenación preceda en el tiempo a la ejecución de la primera transmisión. El tipo solo exige que, habiendo sido efectuada la venta, antes de la definitiva transmisión, se venda nuevamente a otro o se grave la cosa (STS 16-09-2010).

Tampoco es necesario que el sujeto pasivo haya sido privado de sus derechos, sino que solo se requiere que el autor haya obrado infringiendo los deberes asumidos respecto del adquirente, aprovechando la diferencia entre el contrato existente entre las partes y la situación registral del inmueble y poniendo en peligro, mediante

una segunda venta o gravamen, la adquisición de los derechos que acordó. Por lo tanto, una vez producida la segunda venta o gravamen, el delito ya ha quedado consumado, pues el perjuicio consiste en la situación litigiosa en la que quedan los derechos del perjudicado (SSTS 28-06-2004; 8-01-2008). Y es claro que la actuación constitutiva del delito por parte del acusado viene determinada por el hecho de haber ido recibiendo el importe del local cuando ya estaba constituida la hipoteca sobre la finca matriz, sin comunicarlo al comprador, y habiendo ya cobrado el total importe, acordar la concreción de la responsabilidad hipotecaria del local en la suma mencionada.

Según el criterio jurisprudencial, el tipo de estafa impropia por el que se ha formulado acusación, no requería la concurrencia de un ánimo de engañar en el momento en el que se firmó el contrato privado de compraventa. Es suficiente que antes de la definitiva transmisión del local se trabara una hipoteca, que fue anunciada pero no comunicado su efectivo otorgamiento a la parte compradora, y posteriormente, estando ya abonado el local, que se incluyera en la distribución de cuotas de responsabilidades hipotecarias.

Cuarto.—Es menester recordar que en el contrato de compraventa el vendedor es garante de que no surja una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre el bien objeto del contrato (véanse SSTS de 29 de enero de 1997 y 13 de octubre de 1998). En el caso presente, el acusado había recibido la totalidad del precio pactado por el local y había entregado las llaves del mismo al comprador, pero no le informó de que días más tarde, pactaba con el Banco prestamista la distribución de la hipoteca inicial entre los distintos pisos y locales que constituían el inmueble, y en el que aplicaba al local vendido y completamente pagado una carga hipotecaria de 84.700 € de principal, 11.434,50 de intereses ordinarios, 55,902 de intereses de demora y 19.266,90 por costas y gastos; total: 171.263,40 euros.

De este modo, al ocultar el acusado al comprador este acuerdo con el Banco (tampoco consta que se le informase de la hipoteca que trataba la finca matriz y que se constituyó el 2 de mayo de 2002), infringió sus obligaciones de

garante hacia aquél, irrogándole un claro perjuicio, porque al desconocer el mismo, no tuvo el denunciante oportunidad de impugnar ese contrato tan oneroso, máxime teniendo en cuenta la abultada carga económica que recaía sobre el local, muy superior a los 77.957 euros (incluido el IVA) que era el precio acordado del local, según el contrato de compraventa; siendo así, por otra parte, que también la conducta típica comprende no solo los supuestos de constitución de hipoteca, sino también el exceso en la misma, ya que, como decíamos en la STS de 7 de abril de 2005 en ambos casos concurre la misma antijuridicidad en la acción, impulsado por el mismo dolo fraudulento y ejecutado con la misma actuación de ocultamiento, todo ello en el marco de una conducta maliciosa dominada por el engaño a través del abuso de confianza en la relación contractual y con el resultado perjudicial para los compradores, que ven disminuido el contenido patrimonial del bien adquirido equivalente a la carga a la que han de hacer frente. El delito quedará consumado en el momento en el que, de espaldas a los compradores, el vendedor grava de nuevo el bien enajenado o lo grava por un importe superior al convenido contractualmente, resultando irrelevante a estos efectos que los perjudicados conocieran la situación de la carga real que pesaba sobre el inmueble en el momento de la definitiva transmisión por escritura pública, pues, dada la estructura del crédito hipotecario, la vivienda objeto del contrato se constituyó desde el primer momento en garantía real del contrato suscrito entre el vendedor del inmueble y la entidad MAPFRE como acreedor hipotecario.

Porque, además, el vendedor, perfecto conocedor de que el inmueble había sido pagado en su integridad, no debió asumir el acuerdo con el banco en clamoroso perjuicio del comprador haciendo recaer sobre el bien vendido y pagado una carga hipotecaria como la citada, y nada consta en la sentencia que impida considerar que el acusado hubiera podido repartir ese gravamen hipotecario sobre el resto de los inmuebles del edificio, ni que el Banco prestamista se opusiera a esa operación, o bien mediante cualquier otro sistema que, garantizando los derechos del Banco prestamista, excluyera al comprador del local de la carga hipotecaria que se impuso sorpresivamente sobre el bien adquirido —y pagado, ha de repetirse, en

su totalidad— irrogándole un perjuicio tal que, ante el impago del prestatario, el local en cuestión pasó a propiedad del Banco tras el oportuno procedimiento de ejecución hipotecaria.

Podría argumentarse que el desmesurado gravamen acordado por el acusado y el Banco sobre el tan repetido local no se constituyó «antes de la definitiva transmisión al adquirente», que requiere el tipo penal al haber entregado las llaves al comprador anteriormente y ocupado éste el local el 1 de marzo de 2004.

Pero frente a esta objeción ha de señalarse que ya las sentencias de este Tribunal Supremo de 28 de junio y 19 de noviembre de 2002, quedó claro que la correcta interpretación del art. 251.2.º C.P. era la que consideraba que era posible la comisión delictiva con «traditio» o sin ella, explicando que ya la reforma de la Ley Orgánica 8/1983 se dictó en este punto para evitar la desprotección en que quedaban numerosas víctimas de fraudes inmobiliarios (véase STS de 5 de marzo de 2004). Quiere decirse, pues, que aun en el caso de que se haya efectuado la «traditio» del bien objeto del contrato de compraventa, el gravamen con que se carga posteriormente dicho bien, es constitutivo de delito, por lo que en estos casos no cabe excusarse con que al momento de la constitución de ese gravamen no se había producido la transmisión definitiva. Y ello es así precisamente para evitar que en el período que media entre la entrega del bien y la escritura pública de compraventa (y su inscripción en el Registro de la Propiedad) puedan producirse impunemente conductas gravemente antijurídicas y lesivas de los derechos del contratante de buena fe.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado, casándose y anulándose la sentencia de instancia, debiendo dictarse otra por esta misma Sala en la que se califiquen los Hechos Probados como constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en el art. 251.2 CP del que es responsable el acusado en concepto de autor, imponiéndose la pena de un año y un mes de prisión y responsabilidad civil directa por el importe de la hipoteca constituida y no abonada sobre el local objeto de la compraventa, además de los gastos de cancelación, con aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.108 C. Civil y 576 LECr (...).

VOTO PARTICULAR QUE EMITE
EL EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO
A LA SENTENCIA N.º 257/2012
EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1562/2011

1. Formulo este voto particular con tanto afecto como respeto a mis compañeros de la mayoría, pero obligado a ello en la medida que mi discrepancia es absoluta respecto de su decisión, aun compartiendo, y precisamente por eso, las afirmaciones sobre los presupuestos de que parte aquélla.

2. Comparto, en efecto, la afirmación de que, por razón de su comportamiento, constituido por la venta del inmueble al querellante en documento privado de 28 de marzo de 2002, el acusado no puede ser penado por delito de estafa. Acepto la fundamentación de la mayoría al respeto, en particular cuando proclama que al tiempo de dicha venta no medió engaño sobre la eventualidad de la hipoteca que gravaría la finca.

Puedo también compartir, pese a que quizás no sean aplicables en este caso, la transcripción de las disposiciones legales sobre hipoteca que se hace en la sentencia de la mayoría. Muy particularmente las afirmaciones de que, de no verificarse distribución de la hipoteca que se constituyó sobre la finca, «el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera». Y que, cuando sea una la finca hipotecada, o siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados.

3. Sin embargo, en mi modesta opinión, es una incoherencia la afirmación, que se añade justo a continuación de tales asertos, en el sentido de que el acusado, en calidad de deudor hipotecario, por haber percibido del querellante el precio de lo vendido, podía y debía excluir el sometimiento de la concreta parte de la total finca objeto de esa venta a la responsabilidad de una cuota de la deuda hipotecaria.

Obviamente tal afirmación de mis compañeros no puede respaldarse por la invocación de ningún precepto.

Es incluso dudosa la aplicación de los preceptos que invoca de la Ley hipotecaria al caso

concreto de la extensión de la hipoteca, que grava la finca, al inmueble que sobre ella, después, se edifica. En tal caso ha de partirse de que tal extensión, y consiguiente sujeción de lo edificado al gravamen, se produce por aplicación del artículo 110, apartado 1 *in fine* de la LH, eso sí, si mediare pacto entre el dueño deudor y el acreedor hipotecario. Tal pacto ha de tenerse por concurrente en la medida que la sentencia reconoce a que una forma de pago expresamente prevista en el contrato era precisamente la subrogación en la hipoteca.

En cualquier caso, ora por esta norma, ora por las que transcribe la mayoría, la hipoteca gravaba, desde la edificación misma, el inmueble objeto de esta causa, y no tenía facultades el vendedor para excluirlo de dicho gravamen.

Aún más, de no verificarse una específica y más limitada derrama de la deuda hipotecaria, tal como proclama la mayoría, el acreedor hubiera podido dirigirse contra lo vendido por la totalidad de la deuda hipotecaria.

4. Con todo, la discrepancia con la decisión mayoritaria se hace más grave en cuanto considero que parte de la estimación de una importante vulneración del principio de legalidad.

En efecto, la condena se quiere justificar por estimar que la «segunda secuencia» del comportamiento del acusado (el acto por el que divide el edificio en propiedad horizontal y distribuye la garantía en cuotas sobre cada finca fruto de esa división, en pacto solamente con el acreedor) se subsume en el tipo penal del artículo 251.2 del Código Penal.

Estima la mayoría que en ese momento el local había «pasado a ser de la exclusiva titularidad dominical». Comparto ese aserto. Solamente desde una profunda ignorancia del sistema español de transmisión del dominio podría sostenerse que, para considerarse definitivamente concluida la adquisición por el comprador que paga y entra en posesión de lo vendido, tal adquisición quedaba a expensas de alguna circunstancia posterior, como el otorgamiento de una escritura pública o la inscripción registral. Pero, como en la cuestión anterior, también aquí estimo modestamente que la mayoría incurre en una poco discutible incoherencia. En efecto el tipo penal concretamente aplicado —251.2

del Código Penal— y en la modalidad que se toma en consideración, supedita la infracción criminal a dos premisas: a) la previa enajenación de una cosa mueble o inmueble como libre y b) el gravar antes de la definitiva transmisión al adquirente. Pues bien, la mayoría comparte conmigo que, cuando se vendió el local litigioso «no hubo ocultación del propósito de hipotecar». Mal puede equipararse tal comportamiento a la venta de una cosa como libre.

Y es también la mayoría la que afirma que el delito se comete en lo que denomina la «segunda secuencia». Y que ésta acaece cuando el comprador ya ha adquirido «la exclusiva titularidad dominical».

Por si la incompatibilidad de tales premisas con el tipo penal fuera poco, no es menor la discrepancia en la equiparación del acto jurídico «de distribución de la carga hipotecaria» con el acto típico que prevé el citado artículo. Éste consiste en la constitución de un gravamen, pero quien distribuye el que ya existe, no solo no constituye una nueva carga, es que, además, lo que hace es precisamente disminuir la carga que hasta ese momento soportaba el bien, conforme precisamente a las normas que la mayoría invoca de la ley hipotecaria. Porque de ellas deriva, según el criterio de la mayoría, que sin distribución de la carga, el acreedor puede repercutir contra cualquier parte de la finca y que no cabe pedir la liberación de ninguna parte. Por más que, en realidad tal situación ocurre, no tanto por las normas citadas, con dudoso acierto, por la mayoría, sino por mor de la extensión prevista en el ya citado artículo 110 de la LH.

5. Pero es que, finalmente, en todo caso, como con acierto supo ver el Ministerio Fiscal cuando se adhiere al recurso de la acusación particular, si el tipo penal exige que partamos de una venta del inmueble «como libre», la afirmación de tal presupuesto exige contradecir las conclusiones que el Tribunal de instancia proclamó y que la mayoría de este Tribunal acepta.

En efecto el Ministerio Fiscal justifica su tesis en que el Tribunal de instancia yerra al inferir el conocimiento por la parte compradora de la existencia de la hipoteca. Sabe el Ministerio Fiscal que si se mantiene esta conclusión falta la premisa típica de la venta de la cosa como libre.

Y, para adecuarse, con más rigor técnico que el criterio de la mayoría del que discrepo, a lo que el artículo 251.2 del Código Penal exige, el Ministerio Fiscal señala como acción delictiva la constitución de la hipoteca después de la venta. No esa «segunda secuencia» de concreción de la hipoteca ya constituida, que la mayoría erige en momento de consumación del delito. Y ello porque el Ministerio Fiscal sabe que, cuando tal concreción ocurre, el comprador ya es dueño de lo que se le vendió. Y, por tanto, ya se ha cerrado el tiempo en que la acción puede realizarse como típica.

Por su parte la acusación particular funda su recurso en que el acusado, cuando «consintió» la atribución de responsabilidad del local al pago de la hipoteca, es decir con ocasión de la segunda secuencia de que habla la mayoría, fingió ser dueño cuando ya no lo era porque el comprador ya había adquirido el dominio, mediante el documento privado de venta el pago del precio y la entrega de la posesión.

Olvida dicha acusación que tal comportamiento, en su caso, nunca sería el tipificado en el artículo 251.2, sino el del artículo 251.1, ambos del Código Penal que aquí no se imputa.

Si la decisión de la mayoría acoge cualquiera de esas dos justificaciones, ignora plenamente

la declaración de hechos probados no combatida por el cauce correspondiente. Y, lo que es más grave, con frontal conculcación de dos derechos fundamentales siempre amparados por nuestro Tribunal Constitucional y por esta misma Sala Segunda del Tribunal Supremo: a) el derecho a un proceso con todas las garantías, por desautorizar una prueba personal, en cuyo resultado fundó el Tribunal de instancia la exclusión de todo engaño o fingimiento, no solamente de la estafa propia, sino el de hacerse tener por dueño sin serlo cuando se grava y b) el derecho de defensa por condenar al absuelto con un nuevo título de imputación sin audiencia directa del acusado por el Tribunal que condena ex novo a quien había estado hasta ese momento absuelto. Vulneración de derecho fundamental que debería dar lugar a la estimación de una petición de nulidad por esta misma Sala, de instarse por el penado, ya que se produce con ocasión de la sentencia y, en su caso, sería merecedora de la formulación de pretensión de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es por ello que, reiterando mi humilde respeto al parecer de la mayoría pero atendiendo a los derechos fundamentales del acusado ahora condenado, formulo este voto en el sentido de que la sentencia recurrida debió ser confirmada.

Sentencia 448/2012, Sala Segunda del TS, de 30 de mayo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Apropiación indebida. Contrato de cuentas en participación**

Recurso de Casación: **n.º 1882/2011**

Artículos: **253 Código Penal y 239 Código de Comercio**

Apropiación indebida: El contrato de cuentas en participación, previsto en el art. 239 del Código de Comercio, constituye título que puede fundamentar la existencia de un delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado

de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador. (...)

B) El contrato de cuentas en participación aparece regulado en los arts. 239 a 243 del Código de Comercio. De acuerdo con su descripción

legal, esta figura jurídica, permite a los comerciantes «interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen». Como precisa la STS, Sala de lo Civil, 4 de diciembre de 1992, «... se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terrenos, que no tiene intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución de capital que efectúan».

La suscripción de un contrato de esta naturaleza —recuerda la doctrina civilista— genera una serie de obligaciones entre el partícipe y el gestor. El primero, ha de realizar la aportación comprometida, debiéndose mantener al margen de la gestión del negocio, cometido que asume en exclusiva el gestor, adquiriendo aquél el derecho a participar en los resultados prósperos o adversos de la operación que justifique la aportación dineraria. El gestor, por el contrario, asume la obligación de aplicar los fondos aportados por el partícipe al fin pactado, adquiriendo la titularidad de los bienes y obligándose a rendir cuentas de los resultados del negocio suscrito.

La idoneidad del contrato de cuentas en participación para generar el delito de apropiación indebida ha sido ya proclamada en diversos precedentes por esta Sala. Así la STS 1332/2009, 23 de diciembre, anuló el pronunciamiento absolutorio de la Audiencia Provincial, condenando a quien, habiendo recibido como gestor una aportación dineraria, no la destinó al fin pactado. Se trata de un acuerdo en el que la recepción del dinero está sometida «... a un deber jurídico concreto: emplearlo en el negocio, es decir, dar un destino determinado a tal dinero». De ello se extrae, como primera conclusión, que «... el título de transmisión de la propiedad es de aquellos que permiten la existencia del delito de apropiación indebida; no es equiparable al préstamo mutuo ni al depósito irregular, sino al de administración: gestor llama el Código de Comercio (arts. 242 y 243) a quien recibe el capital en estos contratos de cuentas en participación». Y en el ámbito general del acuerdo fiduciario

como fuente de la obligación de lealtad, la reciente STS 262/2012, 2 de abril, fija los presupuestos de los que derivar la responsabilidad por la comisión de un delito de apropiación indebida (art. 252 CP).

Es cierto que el contrato de cuentas en participación supone que las partes contratantes asumen los resultados favorables o desfavorables de los resultados que justifican la inversión (*cf.* STS, Sala Civil, 908/2004, 29 de septiembre). Pero tan cierto como lo anterior es que el riesgo que anima el contrato no se refiere a la existencia misma de la operación, sino a las ganancias inherentes a la misma. Dicho en otros términos, quien realiza una aportación dineraria a un determinado proyecto todavía sin formalizar, en una fase incluso de carácter precontractual, y lo hace con la esperanza de participar en los beneficios que se deriven de la conclusión del negocio jurídico, no incluye en el riesgo que ese contrato que va a ser fuente de futuras ganancias (o pérdidas), no llegue a concluirse. El partícipe adquiere una expectativa, pero no asume que la entrega de ese dinero sea a fondo perdido, sin ni siquiera rendición de cuentas por el gestor, para el caso en que, por una u otra razón, el negocio que sirve de presupuesto a las ganancias proyectadas no llegue a materializarse.

En el presente caso, por tanto, frustrada la adquisición del 100% de las participaciones de la sociedad «Los Llanos del Pontón S.L.» por parte de la entidad controlada por el acusado —«Coroados de Comercio S.L.»— surgía en Modesto la obligación de restituir lo entregado para el fin que animaba el otorgamiento del contrato de cuentas en participación.

Tiene toda la razón el Fiscal cuando en su informe descarta que el contrato de cuentas en participación suponga una forma de inversión que libere al gestor del deber de aplicar los fondos al fin pactado. No en vano, el art. 243 del Código de Comercio establece que «la liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados».

En consecuencia, la Sala no puede coincidir con el recurrente cuando sostiene que del contrato de cuentas en participación suscrito por el querellante y el acusado con fecha 1 de febrero

de 2006 (folios 44 a 46), se desprende la equiparación del juzgador. Ese contrato es fuente idónea para hacer surgir el delito de apropiación indebida, en la medida en que impone un deber de lealtad por parte del gestor, que se quebranta cuando, frustrado el negocio que justifica la aportación dineraria, no se procede a la rendi-

ción justificada de las cuentas y a la consiguiente devolución del dinero. Su lectura no conduce de forma obligada a una rectificación del *factum*. Antes al contrario, la naturaleza jurídica que es propia de un acuerdo negocial de ese carácter refuerza la convicción acerca del acierto del Tribunal sentenciador.

Sentencia 486/2012, Sala Segunda del TS, de 4 de junio

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Falsedad documental. Delito continuado y «unidad natural de acción»**

Recurso de Casación: **n.º 1168/2011**

Artículos: **21, 74 y 390 Código Penal**

Falsificación de documento oficial. En particular, el problema de la separación, cuando se falsifican varios documentos con la misma finalidad, entre el delito continuado y la existencia de una «unidad natural de acción».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. En el motivo segundo, valiéndose de la misma vía de la infracción de ley, cuestiona la aplicación del art. 74 del C. Penal por entender que no se está ante un supuesto de delito continuado integrado por cuatro actos falsarios, sino ante un solo acto. Según el acusado, las cuatro falsificaciones documentales las realizó en un mismo momento, por lo que estaríamos ante una unidad natural de acción y no ante un delito continuado dado que actuó con unidad espacial e inmediatez temporal.

2. La jurisprudencia de esta Sala ha aplicado en numerosos precedentes el concepto de unidad natural de acción para apreciar un único delito de falsedad documental en los casos en que se elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es, con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal, y actuando además con un mismo objetivo (SSTS 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; 171/2009, de 24-2; 813/2009, de 7-7; 279/2010, de 22-3; y 671/2011, de 20-6).

En esas resoluciones se afirma que concurre una «unidad natural de acción» en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, se lleva a cabo en «unidad de acto». Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan solo porque se da la circunstancia de que los diferentes efectos objeto de valoración vienen incorporados a varios instrumentos documentales, pero siendo una conducta del todo equivalente a la que se hubiera producido alterando las diferentes cifras si las mismas estuvieran contenidas en una sola relación. Lo determinante —dice esa jurisprudencia— es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos y lugares diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida constituye un solo delito. Han de entenderse, pues, en esos casos realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

Es cierto que los criterios expuestos coexisten con una segunda línea jurisprudencial en la que se da prioridad al criterio normativo de acción del art. 74 del C. Penal sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y el bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 1011; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4).

Para clarificar la cuestión quizá convenga advertir que tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado concurren una pluralidad de hechos desde una perspectiva ontológica o fenomenológica. Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado. De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudir a la figura intermedia del delito continuado.

Tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado se opera con criterios normativos, toda vez que ontológica o naturalísticamente se da en ambos casos una pluralidad de actos en sentido natural. Lo que sucede es que en el primer supuesto la densidad de la normativización es menor al operar los distintos actos con una mayor estrechez y vinculación

espacio-temporal, circunstancia que propicia la aplicación de un solo tipo penal más liviano, excluyéndose la modalidad más grave del delito continuado, en la que se incrementa el grado de ilicitud de la conducta y la punición de la norma debido a la menor unicidad naturalística de los actos ejecutados por el autor y a la intensificación del dolo.

Por otra parte, conviene sopesar que la modalidad de la unidad natural de acción se aplica también con cierta asiduidad en los delitos contra la libertad sexual. Pues esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en el caso de que concurren varias penetraciones y agresiones sexuales, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad natural de acción que ahora prevalece en la doctrina. No cabe hablar, por tanto, cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve; de modo que es la unidad típica y no la continuidad delictiva la determinante de la calificación de los hechos (SSTS 1302/2006, de 18-12; 42/2007, de 16-1; 667/2008, de 5-11; y 398/2010, de 19-4, entre otras).

Así las cosas, sería una contradicción que se aplicara la unidad natural de acción en delitos que tutelan bienes jurídicos claramente personales, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, y que nos mostráramos en cambio más restrictivos o remisos a aplicarla en los delitos de falsedad, delitos en los que se tutelan bienes jurídicos más bien de índole material y desligados por tanto de los valores personales de las víctimas, ya que en ellos se protege fundamentalmente la seguridad y la confianza en el tráfico jurídico.

3. En el supuesto que se juzga entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. En primer lugar, porque de la lectura del relato de hechos de la sentencia recurrida se desprende que es muy probable que, tal como alega la defensa, la confección de los

cuatro documentos falsos fuera realizada en un solo momento o en una sola ocasión y en un mismo lugar, y no en fechas diferentes ni en lugares distintos. Pues se trataba de elaborar cuatro documentos que tenían como único designio presentarlos en la Jefatura Provincial de Tráfico de Huelva para aparentar espuriamente que el vehículo había sido sancionado en una fecha y en lugar determinado del casco urbano de Lepe por mal aparcamiento, evitando así que se ejecutara una multa de carretera que conllevaba la privación de varios puntos del carnet de conducir.

Los documentos que confeccionó el recurrente tenían todos ellos el mismo objetivo. Tanto el impreso de multa municipal, como el acta de retirada del coche por la grúa municipal, así como su devolución y la carta de pago de los distintos servicios supuestamente prestados por el Ayuntamiento tenían el mismo fin: engañar a la Jefatura Provincial de Tráfico haciéndole creer que la multa de carretera impuesta al acusado obedeció a un error, al aparentar documentalmente que el automóvil se hallaba aparcado en la fecha de la denuncia dentro de la localidad de Lepe, por lo que no podía estar circulando por carretera.

Aunque en los hechos probados no se dice nada sobre cuándo y en qué lugar fueron confeccionados los documentos oficiales espurios, la hipótesis de que se elaboraran en un solo momento, es decir, con unidad espacial e inmediatez temporal resulta perfectamente factible y probable. De modo que, en la duda, ha de acogerse la versión fáctica que favorece al reo, máxime cuando resulta coherente y razonable hablar de una conducta en la que se daba el elemento objetivo de la inmediatez y el estrecho contexto espacio-temporal de los actos falsarios; y también el elemento subjetivo común a los distintos actos, integrado por una sola resolución de voluntad que persigue un único objetivo. En casos como el que nos ocupa en los que los actos falsarios se realizan con unidad

inmediata de acción, responden a un único designio y se documentan para alcanzar un mismo objetivo: desactivar un expediente sancionador de la Jefatura Provincial de Tráfico, se considera artificioso apreciar distintas acciones falsarias para ensamblarlas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal, que está previsto para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan comprimida o cohesionada como la que se percibe en el caso que se juzga. Esa fragmentación o escisión entre los distintos actos plurales insertables en la figura del delito continuado entendemos que no se da en este caso. Debe, pues, apreciarse una unidad natural de acción, concepto que se vale de un criterio normativo para unificar en un solo acto lo que, desde una perspectiva puramente naturalista o fenomenológica, es plural; pluralidad que se diluye cuando los actos se someten a criterios valorativos aplicables en un determinado contexto con arreglo a las concepciones sociales de la vida.

El criterio del bien jurídico no debe en este caso excluir la unidad natural de acción, ya que el delito de falsedad, tal como se anticipó, no tutela un bien jurídico personalísimo. Además, la relevancia que puede tener la pluralidad de actos y su repercusión en el menoscabo del bien jurídico siempre podría aquilatarse a través de la cuantificación de la pena atendiendo al canon de la gravedad del hecho. De todos modos, en el presente caso el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito dado que el tipo del art. 390 tiene asignada una pena mínima de nada menos que tres años de prisión para castigar un delito de falsedad.

Se estima, por lo expuesto, este motivo de casación por infracción de ley y se excluye la continuidad delictiva en la falsedad en documento oficial, con los efectos punitivos que se especificarán en la segunda sentencia.

Sentencia 482/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de junio

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

Resumen: **Conformidad en proceso ante el Tribunal del Jurado**

Recurso de Casación: **n.º 1433/2011**

Artículos: **50 LOTJ y 195 Código Penal**

Delito de omisión del deber de socorro: Se analiza la institución de la conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, con especial consideración del control que el Magistrado Presidente debe hacer sobre la alcanzada y las posibilidades que tiene para no aceptarla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El motivo único al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE en relación con el instituto de la conformidad del art. 50.2.3 LOTJ, al rechazar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sin apoyo jurídico alguno la interpretación que de la institución de la conformidad regulada en el art. 50.2.3 hizo el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado vinculando la misma al citado derecho constitucional y que le condujo a no aceptar la conformidad suscrita por el M.F. y la defensa de la acusada, que abocaba a una sentencia condenatoria, y acordar la continuación del juicio que culminó en sentencia por la que se absolvía en virtud del veredicto de inculpabilidad pronunciado por el Jurado, a Ascensión del delito de omisión de socorro, y estimando el recurso de apelación interpuesto por MF decretar la nulidad de la sentencia, ordenando retrotraer las actuaciones al momento de la presentación de conclusiones definitivas por conformidad de las partes y oída la acusada, ordenar que se dicte sentencia acorde con la conformidad prestada. (...)

Segundo.—(...) Expuestas estas consideraciones previas, el motivo no debe ser estimado (...)

En el procedimiento ante el tribunal del Jurado, la conformidad está expresamente regulada en el art. 50 LO 5/95, de 22-5, precepto que

recoge una especial modalidad de conformidad que, a diferencia de los restantes, no evita el juicio sino únicamente el veredicto del Jurado una vez celebrado aquél. Es decir, la conformidad se produce en el momento de las conclusiones definitivas, por tanto, practicada ya ante el jurado toda la prueba del juicio, lo que implica la disolución del jurado por la existencia de conformidad y la redacción de la sentencia directamente por el Magistrado.

En cuanto a los requisitos de la conformidad, se establecen que la pena de la calificación más grave «no exceda de 6 años de privación de libertad, sola o conjuntamente, con las de multa y privación de derechos» (art. 50.1).

La conformidad ha de serlo «con el escrito de calificación —definitiva— que solicite pena mayor, o con el que presentasen en el acto, suscrito por todas» (art. 50.1).

Respecto a los límites, no pueden incluirse en la conformidad «otros hechos que los objeto del juicio», o sea los comprendidos en el auto de hechos justiciables» (art. 37, a, b y c). Tampoco puede incluirse «calificaciones más grave que la incluida en las conclusiones provisionales» (art. 50.1).

En los apartados 2 y 3 del art. 50 se regula el control de la conformidad que el Magistrado-Presidente, pues la conformidad del acusado no vincula siempre al órgano decisor ya que en determinados casos, puede rechazarla y ordenar la continuación del juicio.

Estos casos son:

- Cuando entiende el Magistrado-Presidente «que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o no lo fue por el acusado» (art. 50-2).
- Cuando el Magistrado-Presidente entiende que «los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito» (art. 50-3, primer inciso).

Este supuesto se refiere a casos de «atipicidad penal», el hecho justiciable no es delito. Como el Magistrado-Presidente al redactar el auto de hechos justiciables ha de determinar el delito o delitos que dichos hechos constituyan, este supuesto solo se dará si en la práctica de la prueba en el juicio oral resulta que alguno de los elementos esenciales constitutivos del tipo penal no ha resultado probado. Problema de valoración de la prueba que correspondería al Jurado.

- Cuando el Magistrado-Presidente entiende que de los hechos aceptados por las partes «pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación» (art. 50,3, inciso segundo).

En este caso, como en los anteriores, el Magistrado-Presidente rechaza la conformidad y ordena la continuación del juicio ante el Jurado, pues se trata de cuestiones de valoración de la prueba de cargo practicada.

En los supuestos del art. 50.3 (no en los casos del 50-2) hay dos particulares cuales son: antes de resolver sobre la continuación del juicio, el Magistrado-Presidente oirá a las partes «previa audiencia de las mismas» y el Magistrado-Presidente «someterá a aquel (el Jurado) por escrito el objeto del veredicto».

Esta regulación de la conformidad, en este avanzado trámite procesal novedad de la Ley del Jurado, ha sido valorada negativamente por parte de la doctrina: en particular en relación al control del Magistrado-Presidente regulado en el apartado 2 del art. 50, porque —tal como señala el MF en su documentado informe—: en primer lugar la decisión del Magistrado Presidente ordenando seguir el juicio, supone una pérdida de imparcialidad y se está avalando un desenlace absolutorio del que, de forma inde-

fectible, se encaminará el Jurado, y en segundo lugar, porque si el Presidente estima que concurren motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, deberá preverse la posibilidad de, sin más trámite, disolver el Jurado y dictar sentencia absolutoria y lo propio puede decirse de la prevención del art. 50.3, dado que el Magistrado-Presidente deberá incluir en las preguntas del veredicto el «objeto nuevo», esto es los «hechos» sustentadores de «no ser delito» o de «exención o preceptiva atenuación», no son alegados por las partes, sino que ha de introducirlos de oficio, unilateralmente, tal vez sin aceptación de las partes («oídas») el Magistrado-Presidente, lo que en alguna medida, puede ser una quiebra de su obligada imparcialidad.

Tercero.—En el caso enjuiciado el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos como homicidio por comisión de omisión del art. 138 CP en relación al art. 11.1.b) CP en relación con arts. 142 y 143 C. Civil, concurriendo error de prohibición venible del art. 14.3 CP; solicitando una pena de cinco años de prisión.

En el trámite de conclusiones definitivas el MF y la defensa presentaron un escrito conjunto de conformidad, calificando los hechos como un delito de omisión del deber de socorro, art. 195.1 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas, solicitando la pena de 10 meses de multa con cuota diaria de 5 euros.

Es cierto que hubo modificación en el título de imputación pero también lo es que tiene declarado esta Sala, como son exponentes las sentencias 144/2011 de 4-3, 846/2011 de 15-7, que el requisito de la homogeneidad no ha de contemplarse desde una perspectiva meramente formal, nominal o retórica, interpretándolo con tal automatismo que la mera modificación del título de imputación por otro no comprendido en el mismo capítulo del texto legal ya determine necesariamente la vulneración del principio acusatorio. Los criterios de interpretación han de ser mucho más sustanciales y relevantes, descartando por tanto una visión meramente formal o superficial de la cuestión. Debe atenderse, consiguientemente, a que la sustitución del precepto en sentencia genere una real y

efectiva indefensión en el acusado por no poder alegar a su debido tiempo argumentos jurídicos susceptibles de desvirtuar la subsumción jurídica que realiza el tribunal. Se añade en esas Sentencias, que es importante la doctrina que establece la STC 73/2007, de 16-4, en la que se afirma que «la sujeción de la condena a la acusación no es tan estricta como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han ido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existe infracción constitucional cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas SSTC 10/88 de 1-2; 225/97 de 15-12; 4/2002, de 14-1; 71/2005, de 4-4; 266/2006, de 11-9). A ello responden los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, esto es, a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilita per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/97 de 15-12). Y por eso hemos afirmado que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho 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 en un debate contrario con la acusación (SSTC 225/97, de 15-12; 170/2002, de 30-9; 189/2003, de 27-10; 145/2005, de 6-6; 262/2006, de 11-9).

En el caso enjuiciado es cierto que el delito de omisión de deber de socorro descrito en el art. 195 CP no es absolutamente homogéneo con el delito de homicidio en comisión por omisión pues en este el dolo se aprecia cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la

situación de hecho que quiera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa, conocimiento que debe referirse también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado; lo que implica que:

- 1) Solo cabe la comisión por omisión de delitos que consistan en la producción de un resultado, lo que debe entenderse ha de ser un resultado material ya sea de lesión o de peligro.
- 2) La omisión ha de concurrir con la infracción de un especial deber jurídico, de origen legal o contractual, de actuar.
- 3) La equiparación o equivalencia de la omisión con la acción ha de realizarse según el sentido del texto de la ley, lo que excluye cualquier equivalencia que no pase por la interpretación de que el elemento verbal de una concreta figura típica penal pueda conjugarse en modalidad omisiva.
- 4) Contribución al resultado de la omisión determinado por el hecho de que la acción omisiva hubiera podido evitar el resultado.

Esto es, el garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no solo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo (STS 257/009, de 30-3), es decir, debe conocer que tiene el deber de intervenir en la situación y debe comprender al omitirlo que su intervención podría evitar el resultado de lesión o de peligro (STS 1697/2002, de 19-10).

Por el contrario, el delito de omisión del deber de socorro reclama para su existencia según recuerda profusa jurisprudencia (SSTS 42/2000, 19-1; 1422/2002, de 23-7; 1304/2004, de 11-11 y *sic*)

- 2) una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente
- 3) 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.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, precisa a continuación que la existencia del 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 situación pasiva.

El deber que impone este artículo surge de la existencia de una persona desamparada y en peligro manifiesto, grave hallada por el culpable, afectado tan sólo por el genérico deber de solidaridad, de suerte que el acto de socorro sea potencialmente apto para modificar o influir en el curso del acontecimiento.

El art. 195 contiene, pues, un tipo de omisión propia en el que la responsabilidad del sujeto activo se genera por el mero «no hacer» independientemente de cuál pueda ser la situación final del substrato material del bien jurídico, cuyo proceso de degradación o deterioro no ha contribuido a evitar o neutralizar el sujeto activo que —a diferencia de lo que sucede en los supuestos de comisión por omisión— en ningún caso responderá de dicho resultado.

Por ello la consumación del delito de omisión del deber de socorro queda realizada desde el momento en que deja de prestarse el socorro, al ser un delito de carácter formal y de peligro que no necesita para su consumación la existencia de resultado alguno.

No obstante la sentencia del Tribunal Superior destaca para excluir la posible infracción del apartado 1 del art. 50 LOPJ cómo en ejercicio comparativo entre los hechos nucleares del auto de hechos justiciables, los que fueron objeto de prueba en juicio oral y los del escrito de conformidad presentado no eran esencialmente diferentes, siendo idéntica la conducta reprochada, sin perjuicio de que se establezca o no relación de causalidad entre comisión y resultado letal.

Siendo así no puede apreciarse vulneración del principio acusatorio —el cambio del título de imputación no surge sorpresivamente en la sentencia, sino en el escrito de conformidad de las partes— ni del derecho fundamental a la presunción de inocencia —como se afirma en el recurso—.

En efecto el presupuesto para no disolver el Jurado y proseguir el juicio y estar, en suma, a

lo que resulte de su desarrollo, es el convencimiento de la denominada inexistencia objetiva o subjetiva del hecho. Así pues, aunque se entienda que la conformidad del art. 50 LOTJ ha de producirse tras la práctica de la prueba, no se trata de que la apreciación de la prueba por el Magistrado-Presidente prevalezca sobre la conformidad en todo caso en que esa apreciación conduzca a estimar no destruida la presunción de inocencia. Lo que se exige en el apartado 2 del art. 50 para no disolver el Jurado es que el Magistrado-Presidente llegue a una «certeza negativa» y es sabido que para que se deba mantener la presunción de inocencia basta la «duda» sobre la culpabilidad. Entre esa duda y la certeza negativa del hecho de la participación del acusado hay un amplio margen. Dentro de ese margen la conformidad que conduce a la condena, prevalece sobre el resultado de la apreciación de las pruebas, tal vez conducente a la absolución.

La LOTJ afirma claramente que, en caso de conformidad dentro de los límites legales, el Jurado será disuelto y el Magistrado-Presidente «dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes».

Hay por tanto, se destaca por la doctrina, sin lugar a dudas, casos de condena no fundados en la valoración de pruebas de cargo, porque cualquiera que sea la posición que se mantenga sobre la naturaleza jurídica de la conformidad esa «admisión de hechos» no es susceptible de considerarse verdadera prueba.

Por ello, se sostiene que la presunción de inocencia no es conculcada por la conformidad si ésta se entiende como acto de disposición del acusado respecto de su derecho de defensa. Se considera disponible este derecho —en concreto, renunciable— y también se estima renunciable el mismo derecho fundamental a la presunción de inocencia, una vez que se haya formulado la imputación o en su caso, el acta de imputación. En definitiva, la conformidad no viola la presunción de inocencia y ésta entraña un derecho renunciable.

Desde esta perspectiva se debe comparar el razonamiento de la sentencia recurrida de rechazar la interpretación realizada por la Magistrada-Presidente que justifica la no acep-

tación de la conformidad y no disolución del Jurado, en la eventual evaluación diferente que podía hacer el Jurado tras la prueba practicada, olvidando que la excepción del art. 50-3 LOTJ radica en que los hechos carecen de tipicidad penal o concurra causa de exención o atenuación, pero partiendo del *factum* aceptado, esto es la descripción fáctica contenida en el escrito de conformidad, pero no someter esos hechos a la evaluación del Jurado por la mera posibilidad de que éste pudiera llegar a conclusión diferente, y menos aún con las inclusiones a que se refiere la Magistrado- Presidente en el fundamento jurídico tercero: hechos sostenidos por

la defensa que no habían sido recogidos en el escrito conformado.

En definitiva, no se trataba de efectuar una valoración subjetiva de los hechos, un juicio probabilístico de la prueba para rechazar la conformidad, sino de determinar si existían motivos bastantes para estimar, en este caso, que el hecho descrito en el escrito de conformidad no había sido perpetrado, si, en este caso, por omisión, los había realizado la acusada, y si eran constitutivos del delito conformado de omisión del deber de socorro y si de esos hechos aceptados no resultaba la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación.

Sentencia 503/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de junio

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Documentación del juicio oral. Delitos contra la salud pública**

Recurso de Casación: **n.º 10025/2012**

Artículos: **743 y 788 LECrim**

Delitos contra la salud pública. Juicio oral: Acta. Se detiene la Sala sobre el nuevo régimen de documentación del juicio oral, determinando los casos en que por no poderse seguir el régimen general (grabación) puede recurrirse a la tradicional acta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El art. 788.6 LECr regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario: «En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley». (...)

Así pues, la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial: «en cascada» o con carácter subsidiario. La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos. En un segundo escalón se admite la

combinación de grabación con acta cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (art. 743.3). En tercer lugar, se encuentra el supuesto previsto en el art. 743.4: cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos. Por fin la ausencia de ese tipo de medios habilita para la tradicional redacción manuscrita. El acta deberá recoger, con la extensión y detalle necesario, todo lo actuado.

La regulación del acta del juicio oral contenida en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, representa, pues, un cambio importante en relación a la normativa anterior. En efecto, el número 6 del art. 788 de la LECr establecía: «Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acu-

sación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario». El art. 230 LOPJ reforzaba la posibilidad de utilizar medios técnicos, informáticos y telemáticos que de cualquier forma eran un medio complementario, no alternativo, del acta escrita.

En la actualidad la forma clásica de documentar el acta es la última de las posibilidades, pero tan válida como el resto de las previstas que son desde luego más acordes con las tecnologías actuales que tienden a penetrar en la Administración de Justicia con un considerable retraso si se compara con otros ámbitos, también de la esfera pública.

El acta es esencial a efectos de recurso. En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Por eso su levantamiento y corrección se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales. Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. «La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula» (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anular a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril).

Tras la reforma de la Ley 13/2009 el art. 743.5 exige que el acta, cuando se extienda, debido a la ausencia de mecanismos de garantía de la grabación (apartado 3) o porque no se puede grabar la vista (apartado 4), ha de efectuarse por

procedimientos informáticos, prohibiendo que la misma sea manuscrita, salvo que la sala carezca de dichos medios informáticos. Así pues, en la previsión legal la extensión del acta de puño y letra del Secretario será lo excepcional.

En todo caso no sobra recalcar aquí a la vista de las alegaciones de las partes que la grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso. La posibilidad de visionar mediante la reproducción de la grabación la vista no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. En ningún caso, la grabación del juicio implicará que el Tribunal Supremo pueda valorar de nuevo la prueba practicada ante la Audiencia. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña entre otras la STS 503/2008, de 17 de julio, Fundamento de Derecho Segundo. Incluso a efectos de un recurso de apelación tampoco se puede exacerbar su valor (STC 120/2009, de 18 de mayo).

El examen del acta extendida por el secretario judicial en este caso evidencia lo infundado de las quejas de las partes. Se ha cumplido escrupulosamente lo previsto en el art. 734.4 LECr, superando holgadamente los estándares mínimos exigibles. Las partes tuvieron ocasión antes de firmar el acta de hacer las observaciones que hubiesen estimado oportunas interesando algún complemento o aclaración. El acta es manuscrita pero resulta perfectamente legible. La utilización de esa modalidad en lugar de procedimientos informáticos está autorizada cuando no se dispone de éstos. Pero aunque se demostrase que era posible su uso, estaríamos ante una mera irregularidad que desde luego es manifiestamente inhábil para provocar la anulación del juicio oral.

El contenido de las declaraciones de los testigos y acusados está recogido en los términos básicos en ese acta. Y, como se ha dicho ya y se insistirá más adelante, no es compatible con un recurso de casación un reexamen de la prueba personal al margen del principio de inmediación. La imposibilidad de contar con la grabación de alguna sesión es irrelevante a efectos de resolver este recurso de casación y los empeños

de los recurrentes en demostrar lo contrario no convencen.

Procede la desestimación de tal petición de nulidad.

Sentencia 496/2012, Sala Segunda del TS, de 8 de junio

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Sentencia. Motivación arbitraria e irrazonada**

Recurso de Casación: **n.º 1948/2011**

Artículos: **24 y 120 CE; 741 y 852 LECrim**

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se declara la nulidad de la sentencia absolutoria de instancia debido a las incoherencias y contradicciones que se aprecian entre el *factum*, claramente incriminatorio, y la fundamentación, sustancialmente exculpatoria. Se reponen las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia con el fin de que se redacte otra con arreglo a Derecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—1. En el primer motivo del recurso denuncia el Ministerio Público, por el cauce del art. 852 de la LECr., la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1, 9.3 y 120 CE), por considerar que la sentencia recurrida contiene una motivación arbitraria, irrazonable y absurda. (...)

2. Las quejas del Ministerio Público relativas a las incoherencias y omisiones de la sentencia mayoritaria cuestionada —cuenta con un voto particular que postula la condena de los dos acusados— se apoyan en rigurosas razones que cuestionan la argumentación y la decisión del Tribunal sentenciador.

En efecto, el examen de la sentencia pone de relieve una primera contradicción sustancial que impide validarla en esta instancia. Nos referimos a que la Audiencia, a pesar de dedicar la casi totalidad de la fundamentación a exponer las razones por las que duda de la prueba practicada, razones que le llevan a pronunciar un fallo absolutorio, recoge, sin embargo, en el «*factum*» una versión de los hechos probados claramente incriminatoria para los acusados. El carácter inculpatario del relato de hechos es tan patente que el Ministerio Fiscal dedica el segundo motivo de su recurso a argumentar que

los hechos probados deben ser subsumidos en el delito contra la salud pública que se imputa a ambos acusados, denunciando por tanto que el Tribunal incurrió en una infracción palmaria de ley que debe determinar en casación un fallo condenatorio.

Para verificar lo anterior es suficiente con plasmar aquí el núcleo de la premisa fáctica de la sentencia de instancia. La Audiencia declara probado que la policía comprobó «cómo, en un determinado momento, aparecía Juan Enrique, que mantenía una actitud que llamaba la atención porque se manifestaba receloso y vigilante. Pasado un rato, llegó al locutorio Benito —que lo hizo con una niña pequeña, hija suya, de cuatro años— introduciéndose en el locutorio. Tal hecho se interpretó como relevante por el dispositivo establecido de modo que, inmediatamente después de haber entrado en el locutorio Benito, se decidió la entrada en el local obstaculizando de manera decidida la labor policial Juan Enrique, oponiéndose a la misma, resistiéndose y braceando con los agentes policiales hasta el momento en que fue reducido, accediendo, entonces, al interior del local los mencionados funcionarios, momento en el que Benito trató de huir por determinada puerta trasera, cosa que no consiguió por ser interceptado, deteniéndose cuando llevaba una mochila donde alber-

gaba seis paquetes de cocaína, cinco de ellos de aproximadamente medio kilo y otro de unos 300 g, con una pureza en torno al 70%».

Resulta incuestionable que un relato de hechos como el que literalmente se acaba de exponer se muestra incompatible con la motivación de la sentencia, dado que en esta se razona extensamente sobre la imposibilidad de acoger como cierta la versión policial debido a que recae sobre ella «una sombra de sospecha», en palabras del Tribunal de instancia, pese a lo cual sí se asume la narración acusatoria.

Y si la relación de hechos contradice frontalmente los razonamientos probatorios de la sentencia, otro tanto debe decirse con respecto al fallo, pues unos hechos probados como los que antes se han recogido resultan inconciliables con una decisión absolutoria.

3. La precedente contradicción es suficiente para declarar la nulidad de la sentencia recurrida, toda vez que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al incurrir en un grado de incoherencia que impide estimar que estemos ante una resolución que cumplimente los cánones mínimos que señala el Tribunal Constitucional para respetar el referido derecho fundamental. (...)

4. Lo expuesto en los apartados precedentes ya determina de por sí la nulidad de la sentencia impugnada con el fin de que se redacte otra con arreglo a derecho. Sin embargo, conviene complementar las argumentaciones relativas a la incoherencia y contradicción con otros datos relevantes que también trajo a colación la parte recurrente, pues de esta forma se pueden evitar otras posibles nulidades de la sentencia que se dicte en su día sustituyendo a la recurrida.

En concreto, se refiere el Fiscal a la posible violación del derecho a la prueba al haberse privado de eficacia, cuando menos *de facto*, a las declaraciones policiales debido a posibles ilegalidades que no se especifican en la sentencia.

Sobre este extremo se hace preciso subrayar que la sentencia de instancia incurre en una confusión de planos a la hora de apreciar el material probatorio que propuso el Ministerio Público, y en concreto la prueba testifical de cargo consistente en los testimonios de los funcionarios

policiales. Y ello porque una cosa es que esas declaraciones no convenzan al Tribunal porque las considere poco veraces o creíbles una vez que las ha presenciado y escuchado, y otra cosa muy distinta es que puedan ser veraces pero alberguen un vicio de raíz que impida considerarlas lícitas.

La motivación de la sentencia permite inferir que la contradicción sustancial tratada *supra* obedece precisamente a esa confusión de planos, pues la Audiencia, una vez oídas las declaraciones de los testigos policiales y constatado el hallazgo de la sustancia estupefaciente, declara probados los hechos nucleares de la imputación del Ministerio Fiscal, dando a entender que ello no puede obviarlos. Pero después desactiva esos hechos en la motivación y dicta un fallo absolutorio.

El Tribunal de instancia comienza diciendo al inicio de la fundamentación que los hechos declarados probados debieran ser constitutivos de un delito contra la salud pública agravado por razón de la cuantía, pero a continuación advierte que no han de generar la responsabilidad penal de los acusados. Queda así sintetizada en estos términos la contradicción sustancial de la sentencia.

En párrafos posteriores se van desglosando las razones por las que no se considera responsables a los acusados de los hechos que sí se declaran probados. Y como argumentos principales destaca la Audiencia la falta de concreción de la fuente de información que llevó a los policías a montar un servicio de vigilancia tan sospechosamente exitoso por su rapidez y eficacia; la intervención de distintas comisarías en la investigación policial de los hechos; y la «sombra de sospecha» que recae sobre el origen de la actuación policial, lo que afecta, según la sentencia, a la «legitimidad de la fuente de la noticia», circunstancia que genera la duda sobre la convicción de la prueba de cargo desde la perspectiva de la credibilidad de la prueba testifical. Por todo lo cual, se acaba concluyendo que ha quedado afectado el derecho fundamental a la prueba de los acusados, derecho que se considera vulnerado por el Tribunal de instancia.

Pues bien, sobre estos razonamientos alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso que

lo que hace realmente el Tribunal sentenciador es, sin mencionarla, aplicar la doctrina de la prueba ilícita, no valorando la prueba con el fin de garantizar la limpieza del proceso, de modo que se excluyen las fuentes de prueba —dice la acusación— con una interpretación de las normas procesales contraria a la norma constitucional. Y también se aduce en el recurso que la Audiencia considera infringido el derecho a la prueba de los acusados cuando estos realmente no han esgrimido esa vulneración ni en la calificación provisional ni en la definitiva, ni tampoco al inicio de la vista oral del juicio.

Tiene razón el Ministerio Fiscal en su queja. Y no solo porque el Tribunal estime conculcado el derecho fundamental a la prueba de los acusados cuando estos no han alegado el menoscabo de ese derecho, sino también porque no se les ha privado de la posibilidad de interrogar a los testigos sobre cualquier aspecto concerniente al origen de las fuentes de la prueba que genera los recelos de la Audiencia.

De otra parte, si verdaderamente considera el Tribunal que la prueba es ilícita debido a su origen, lo coherente es declararlo así en la sentencia y no entrar ya a valorarla. Lo que no cabe es incurrir en la incongruencia de valorarla, declarar los hechos inculpativos como probados y acabar dictando un fallo absolutorio.

Si la mayoría del Tribunal estima que el desconocimiento o el conocimiento turbio sobre el origen de la información que determinó la actuación policial es suficiente para declarar ilícitas las pruebas, debe afrontar directamente la cuestión y razonarla y decidirla en la sentencia, con

el fin de que la acusación pueda impugnarla por verse privada de la prueba de cargo que propuso y fue admitida en su momento. No parece, en cambio, razonable ni legítimo considerarla válida y después desactivarla de facto mediante una nulidad tácita que se oculta bajo al argumento de la falta de credibilidad de los testigos policiales, pese a lo cual se declara probado que a uno de los acusados se le intervienen encima los 2.800 gramos de cocaína y del otro se dice que obstaculizaba la intervención policial con el fin de facilitar la huida del portador de la sustancia estupefaciente.

Por consiguiente, deben también solventarse tales omisiones y contradicciones en el análisis de la prueba de la nueva sentencia que dicte la Audiencia.

Se estima así el primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, sin que por lo tanto proceda ya entrar a dilucidar el segundo, en el que la acusación pretende que se entre en el examen del fondo de la sentencia y que, a tenor de los hechos declarados probados, se dicte una sentencia condenatoria en los términos postulados en su escrito de calificación.

Esa pretensión del Fiscal resulta inasumible porque, tal como se razona en la STC 107/2011, de 20 de junio, anteriormente citada, no puede beneficiarse la parte acusadora de la grave incoherencia de una sentencia para sustentar sobre ella un pronunciamiento condenatorio, pronunciamiento que realmente se cimenta sobre una justificación irrazonable y una ostensible contradicción entre los hechos declarados probados y la motivación de la prueba.

Sentencia 529/2012, Sala Segunda del TS, de 21 de junio

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

Resumen: **Delito urbanístico. Demolición**

Recurso de Casación: **n.º 2261/2011**

Artículos: **110 y 319 Código Penal**

Delitos contra la ordenación del territorio. Demolición. Se analiza en la sentencia la naturaleza jurídica de esta consecuencia, asimilada aquí por el Tribunal Supremo a la responsabilidad civil derivada del delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial —Libro II— que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General —Libro I— ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

El texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales «podrán» acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión «podrán», lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

En efecto es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no im-

perativa ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El «En cualquier caso...» con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado —«podrán»— sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona «en cualquier caso» se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1.º del precepto como los del núm. 2.º, cabe la posibilidad de la demolición... Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, pero no puede sostenerse que solo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

Por ello como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.

Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera

de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añade un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima —que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal— ni tampoco al de proporcionalidad —pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado—; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia a la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente

en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio —lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta—.

Fuera de estos casos debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado y obviamente no es argumento de suficiente entidad frente a ello que no puede repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma, pues ello supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo —suelo urbano donde no lo había— y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe —los posibles compradores—. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.

En resumen debe entenderse que la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.

Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que ha de ser contemplado como infracción penal y como un

ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales ha de dar respuesta y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin

que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones de esta materia refiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo.

Sentencia 538/2012, Sala Segunda del TS, de 25 de junio

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Retroactividad de la ley más favorable**

Recurso de Casación: n.º 1432/2011

Artículos: 2, 77, 248, 250 y 392 Código Penal y Disposición transitoria segunda de la LO 5/2010

Retroactividad de la ley más favorable. En un supuesto de condena por concurso entre falsedad en documento mercantil y estafa agravada por utilización de cheque (agravación ésta suprimida por la LO 5/2010), se determina con precisión el alcance de las Disposiciones Transitorias de la mencionada LO y, en particular, el modo de proceder en su aplicación retroactiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La sentencia inicial condenaba al recurrente como autor de un delito de falsedad del art. 392 en concurso medial del art. 77 con un delito de estafa mediante cheque del art. 250.1.3.º del Código Penal en la redacción anterior a la reforma de 2010. Se imponía, en virtud de la conformidad alcanzada por las partes, la penalidad única de tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de doce euros. Como es conocido la Ley Orgánica 5/2010 ha suprimido el mencionado subtipo agravado que había dado lugar a polémicas sobre sus relaciones con los delitos de falsedad. La nueva regulación es más favorable considerada abstractamente: suprime un subtipo agravado que fue aplicado.

Tercero.—El principio de retroactividad de las disposiciones penales más favorables alcanza en nuestro ordenamiento penal a las sentencias ya firmes siempre que no estén totalmente ejecutadas (art. 2.2 del Código Penal). Así sucede en este caso en que se ha suspendido el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El legislador puede modular esa retroactividad como algunos condicionantes haciendo depender la revisión del estado del proceso. Así hizo

en el régimen transitorio establecido en el Código Penal vigente en técnica que ha reproducido en las sucesivas reformas. Se podrían distinguir hasta cuatro situaciones diferentes: a) hechos en que la sentencia está ya ejecutada en el momento en que entra en vigor la reforma: se niega la retroactividad de la norma más favorable, salvo a efectos de reincidencia; b) sentencias firmes cuya ejecución no ha finalizado: es el caso presente; c) sentencias pendientes de recurso en el momento de la entrada en vigor: la disposición transitoria 3.ª habilita para aplicar sin limitaciones la nueva legislación al resolver el recurso, cumplidos ciertos trámites; d) hechos pendientes de enjuiciamiento: tampoco hay límite alguno y el enjuiciamiento deberá efectuarse tomando como referente la legislación más favorable, aunque no estuviese en vigor en el momento de su comisión: disposición transitoria primera que expresa que para decidir qué legislación es más favorable ha de atenderse a la pena que correspondería (en concreto, hay que entender) atendiendo al cuerpo legal completo.

Aquí nos enfrentamos a un caso de revisión de sentencias firmes no totalmente ejecutadas que genera una problemática específica. El legislador dentro de esos casos ha diferenciado, a

los efectos que aquí interesan, dos grupos diferentes: aquellos en que la pena impuesta fuese también imponible con arreglo a la nueva legislación. En esos supuestos se veda la revisión (salvo que junto a la pena privativa de libertad la nueva norma añada otra pena como alternativa). Otro régimen se articula para aquellos otros supuestos en que esa pena sería de todo punto improcedente en el marco penal que se inaugura. Esa diferenciación arranca de la controvertida disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010 que es reproducción de previsiones idénticas de anteriores reformas: se procederá a revisar las sentencias firmes..., aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Y se añade: «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código». Se desprende de una interpretación literal que no cabe la revisión en tanto la pena impuesta sea imponible con el nuevo Código y la rebaja dependa del arbitrio judicial. Pero no se infiere ni de la literalidad, ni de la filosofía que alienta la disposición que la revisión haya de hacerse excluyendo de la operación el arbitrio judicial.

Tratándose de sentencias firmes hay que dar dos pasos diferenciados en la tarea de revisión: Comparación de las dos legislaciones; y, a continuación, si procede, aplicación de la posterior si es más beneficiosa. La regla citada afecta a la primera fase, pero no condiciona la segunda.

a) En primer lugar hay que comparar ambas legislaciones: la derogada conforme a la que se efectuó el enjuiciamiento y la vigente. En ese primer momento se orilla por imperativo legal el arbitrio judicial: solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre, determinaría una penalidad inferior. Eso es lo que quiere decirse cuando se habla de la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Esa última expresión se refiere a los parámetros con los que se debe operar para la comparación. Se utilizan como términos de comparación la pena efectivamente impuesta y la pena máxima

permitida por la nueva legislación. No significa que la legislación más favorable se aplique taxativamente y prescindiendo del arbitrio judicial; sino que para ponderar si es o no más favorable no pueden tenerse en cuenta hipótesis posibles que se anudan al arbitrio judicial y no a la determinación taxativa de la ley. En abstracto, hay supuestos en que pueden surgir dudas sobre qué ley penal es más ventajosa. Cuando la nueva ley ha rebajado el mínimo de la penalidad prevista para un delito pero al mismo tiempo ha elevado su máximo, la decisión sobre qué ley es más favorable pasará por saber qué uso hará el juez de su discrecionalidad en el momento de la individualización. Habrá que atender a la pena elegida en concreto, al modo que se hace, según la interpretación mayoritaria, a la hora de decidir la forma de castigar el concurso ideal (art. 77). La elección entre la doble pena o la pena más grave en su mitad superior depende en muchas ocasiones de la opción penológica concreta. Pues bien, el legislador con mayor o menor acierto y con el deseo de reducir el número de sentencias firmes que han de ser revisadas ha incluido esta regla comentada que simplifica la operación de comparación al expulsar de los términos de ponderación el aleatorio factor «arbitrio judicial». Así como en el enjuiciamiento de hechos anteriores con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, no rige limitación alguna; la revisión de sentencias firmes solo se abre si en este primer escalón se concluye que la legislación nueva no permitía de ninguna forma la pena impuesta (salvo la excepción ya apuntada de adición de una penalidad alternativa). Eso es lo que se desprende del párrafo segundo del punto primero de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 5/2010, que tiene el rango de ley Orgánica y que es ley especial frente al art. 2.2 del Código Penal, que propiciaría regulaciones más flexibles.

b) Una vez sobrepasado ese escalón y proclamado el carácter más benigno de la reforma se aplica ésta sin condicionante alguno. En esta segunda fase no se excluye el arbitrio judicial. No es posible excluirlo porque es inherente a la función individualizadora. Una interpretación, como la sostenida por el Tribunal de instancia, a tenor de la cual la pena resultante de la revisión ha de ser siempre la máxima imponible sin que

haya espacio para minoraciones ni se deriva de la citada disposición transitoria, ni sería compatible con los principios que inspiran la retroactividad de la legislación más favorable, amén de engrosar el volumen de agravios comparativos (que nunca serán totalmente erradicados en la sucesión de una norma penal más severa, pero que pueden minimizarse). Las alusiones a la exclusión del arbitrio judicial y la taxatividad operan en el momento de la comparación. Si la comparación efectuada con esas limitaciones conduce a considerar más favorable la nueva legislación se rompe la firmeza de la sentencia y el Tribunal recupera en toda su plenitud sus facultades de subsunción e individualización penológica ajustadas al nuevo marco penal. Esa es la interpretación pacífica asumida también por la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2010, de 23 de diciembre.

Cuarto.—La pena impuesta en la sentencia era de tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses. Aparecía como consecuencia de buscar la mitad superior (art. 77 CP) de la infracción más grave (art. 250.1.3.ª). Si el arco penológico total oscilaba entre uno y seis años de prisión y multa entre seis y doce meses; la mitad superior comenzaba en tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses. Ese era el mínimo imponible con esa modalidad de punición. Esa extensión se fijó.

Esa pena de ninguna forma sería compatible con la legislación vigente. La desaparición del subtipo agravado constituido por la comisión de la defraudación a través de cheque, pagaré, letra o negocio cambiario ficticio, reconduce los hechos al art. 248 y a las penas del art. 249: prisión de seis meses a tres años. Conforme al art. 77 del Código Penal la penalidad nunca podría rebasar la conjunta de prisión de tres años y multa de nueve meses (resultante de aplicar la mitad superior de la pena asignada a la infracción más grave, que en este caso será el delito de falsedad en documento mercantil del art. 392). La conclusión es rotunda: la pena impuesta no es imponible. El Código reformado es más favorable. Hay que aplicar la nueva legislación sin que sea obstáculo la firmeza de la sentencia que ha de ceder ante la irrupción de una nueva norma más beneficiosa.

Aquí concluye la primera fase de la operación revisora: han quedado abiertas las puertas a la aplicación de la nueva norma. En la segunda fase ya no existe limitación alguna y se operará con los mismos criterios previstos en las disposiciones transitorias primera y tercera. La disposición transitoria segunda solo impone barreras para la revisión de determinadas sentencias firmes. Pero si en el supuesto concreto no existe tal obstáculo, la nueva tarea de aplicación del derecho no tiene limitaciones.

En el caso ahora examinado hay que proceder a una nueva individualización partiendo del art. 77 del Código Penal. Su límite inferior vendría dado por el castigo por separado de los delitos, a la vista de la jurisprudencia imperante sobre este extremo: el parangón entre las dos formas de penar que abre el art. 77 ha de hacerse considerando las penas en concreto y no con arreglo a la penalidad abstracta (vid. SSTS 11/2004, de 15 de enero, o 297/2007, de 13 de abril). En este caso estaríamos ante dos penas de prisión de seis meses, una por cada delito (arts. 249 y 392), más la pena de multa de seis meses establecida como conjunta para el delito de falsedad (art. 392).

La pena impuesta no se ajustaba al mínimo posible con la legislación vigente en el momento del enjuiciamiento. Ya se ha explicado que no es correcta una exégesis que condujese a fijar siempre el máximo posible cuando se revisa una sentencia firme. Pues bien, tampoco es acertada la búsqueda de reglas aritméticas para proyectar los criterios de individualización utilizados en la sentencia revisada a la resolución revisora. Hay que retomar esa tarea con libertad, aunque sin apartarse de los factores ponderables a estos efectos que quedaron plasmados en la anterior resolución (gravedad de los hechos, circunstancias personales).

La situación que se presenta ahora es singular, pues la sentencia revisada no incluyó, ni podía hacerlo, ningún criterio. Se trataba de una sentencia de conformidad en que se trasladó sin más el acuerdo alcanzado, también en cuanto a la penalidad, entre la acusación y la defensa.

En esas condiciones se hace obligado proyectar los referentes de tal acuerdo al nuevo marco legal. Esa solución viene impuesta no por un

traslado mimético de las proporciones manejadas por la sentencia de instancia, de manera que ese habría de ser siempre el criterio cuando se revisa una sentencia y se fija una nueva pena; sino por el dato muy especial de que lo que se está revisando es una sentencia de conformidad en la que por tanto ha estado ausente una tarea judicial individualizadora. No es ahora posible buscar criterios sobre los que no se debatió. Parece adecuado en esa tesitura ajustarse a los mismos criterios individualizadores: el mínimo de la mitad superior del delito más grave (art. 77 del Código Penal). Es verdad que como señala el recurrente ese no es el mínimo posible. Podría resultar más beneficiosa la punición por separado de cada de-

lito conforme autoriza el art. 77. Pero también sucedía así en la sentencia inicial: se podía haber castigado por separado, pero se buscó la penalidad conjunta. Seguramente en esa decisión consensuada entre Fiscal y defensa influyó que se trataba de dos cheques, aunque se suprimió toda referencia al delito continuado. Por tanto no resulta adecuado, aunque fuese posible, rebajar más allá de ese límite la pena a imponer.

El motivo por tanto ha de ser estimado pues las razones dadas por el Tribunal a quo para elegir el máximo de la pena al revisar la sentencia no se ajustan a las previsiones legales. Ha de ser casado el auto en ese particular procediéndose a dictar segunda sentencia.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 29/2012, AP Bilbao, de 20 de abril

Ponente: **Doña Reyes Goenaga Olaizola**

Resumen: **Apropiación indebida y falsedad documental de representantes de entidad sin ánimo de lucro**

Procedimiento: **n.º 6/2012**

Artículos: **21, 28, 66, 74, 120, 132, 248, 249, 250, 253, 390 y 392 Código Penal y 109, 110 y 773 LECrim**

Asociación sin ánimo de lucro: Apropiación indebida realizada por sus representantes. Reparación del daño causado. Inexistencia de dilaciones indebidas y de prescripción del delito. Inmunidad de jurisdicción: No afecta a actuaciones particulares de cónsules. Falsedad documental: Alteración de contabilidad de la Fundación. Perversión del sistema de transparencia como garantía de control. Participación a título lucrativo de despacho de abogados: No declaración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) Lo que es ilícito, en definitiva, es que se destinen ingresos provenientes de donativos a fines distintos a los previstos por su naturaleza, sin control alguno por parte de la entidad a la que pertenecen y a cuyos fines sociales están encomendados...

Quinto.—(...) Se solicitó, para el caso de condena, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. La Sala entiende que la misma no puede apreciarse... En este caso no se han destacado periodos concretos de paralización de la causa que se consideren desproporcionados o injustificados, pero además basta la compro-

bación de la misma para ver que las diligencias se han llevado a cabo de una manera fluida, sin paralizaciones reseñables, y que la actuación del órgano de instrucción ha sido diligente en la resolución de los variados y frecuentes incidentes procesales que se han venido planteando a lo largo del procedimiento. El volumen de la causa, la naturaleza de los delitos investigados y la necesidad de consulta de una extensa documentación de tipo financiero o contable, que ha exigido la práctica de numerosos informes técnicos que auxiliaran al instructor y a las partes sobre su relevancia, explican sobradamente la duración del proceso y nos impiden apreciar que se ha producido un retraso injustificado en su tramitación.

Sentencia 201/2012, AP Burgos, de 2 de mayo

Ponente: **Don Luis Antonio Carballera Simón**

Resumen: **Delito de daños causados por menor. Responsabilidad de progenitores**

Procedimiento: **n.º 2/2012**

Artículos: **74, 131, 263 y 626 Código Penal; 61 y 62 Ley Orgánica Responsabilidad Penal de Menores; 386 y 741 LECrim**

Menores: Delito de daños y falta de deslucimiento de inmuebles. Graffitis. Prueba indiciaria. Valor de declaración en expediente no ratificada en juicio. Responsabilidad civil solidaria de los padres: Responsabilidad cuasi objetiva por deber de corrección y de educación de hijos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Cuestión diferente, una vez acreditada la participación del inculpaado en los hechos ahora examinados, es la de determinar si —como sostiene el recurrente—, no resulta ajustada a derecho la condena solidaria impuesta a los padres del mismo, al amparo del art. 61.3 de la LORPM, al entender que no se les puede imputar negligencia alguna, atendida la trayectoria personal del menor expedientado y la idoneidad ética de su condena, en atención a la capacidad personal y tuitiva desplegada con el mismo... El fundamento de dicha responsabilidad está en la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres y asimilados incumbe, en el desempeño de la patria potestad, y que comprende también los deberes de educación y formación integral del menor, en la tolerancia y respeto de los derechos individuales y propiedad de los demás, estimándose inadecuadas tanto las conductas de dejadez en la educación, como las actitudes de protección y de justificación a ultranza de la conducta del menor... El sistema diseñado por el legislador cumple una doble finalidad: En primer lugar amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas; y en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los

padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la trasgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos ... Esta responsabilidad nacería de su propia conducta, distinta e independiente de la del menor, consistente en la omisión de su deber de educar al citado menor, no habiendo utilizado correctamente el uso de las facultades de corrección que le correspondían. La responsabilidad solidaria es de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales y de hecho, por este orden, según dice el texto legal (artículo 61.3). Sin lugar a dudas, la expresión por este orden es uno de los puntos más controvertidos del modelo de responsabilidad dibujado por la LO 5/2000. Las líneas interpretativas que al respecto se han suscitado van desde la tesis de la responsabilidad acumulativa, en la que se admite que puedan responder solidariamente los sujetos de más de una clase, pasando por la de la responsabilidad en cascada (responden en primer lugar los primeramente nombrados y, en su falta o insolvencia, los segundos, y así sucesivamente), para finalizar con la de la responsabilidad excluyente (se responde por el orden legalmente establecido sin que exista posibilidad de pasar a la clase siguiente en el supuesto de insolvencia). Aun cuando la tesis de la acumulación o la de la exclusión lleven en la práctica a resultados plenamente satisfactorios desde una perspectiva de justicia material, parece que

es la primera de ellas la llamada a imponerse poco a poco en las resoluciones de juzgados y audiencias (SAP Valladolid, Sección 2.ª, de 22 de noviembre de 2002, o SAP Cantabria de 23 de diciembre de 2003).

Debe tenerse en cuenta que según la más reciente jurisprudencia no se flexibiliza el criterio sino que, antes bien, se camina hacia un principio de responsabilidad acumulativa y objetiva, a favor de la satisfacción de la víctima en la que, la persona o entidad a las que se refiere el art. 61.3 de la Ley reguladora sólo podrá exonerarse probando que absolutamente desplegó toda la diligencia que le era debida para impedir el acto ilícito sin que, a la vista de la prueba practicada en el plenario, éste hecho haya quedado acreditado respecto a los padres del menor.

Ello es así porque la prueba no debe versar, en el presente caso, sobre si los padres tuvieron

o no responsabilidad alguna en el hecho de que el menor se hallara en la calle a altas horas de la noche, sino que la prueba, por el contrario, debe llegar más allá, ya que debe tenerse en cuenta que, estando el menor sometido a su patria potestad y custodia, en el momento de los hechos y, pese a la dificultad de control de una persona conflictiva como el menor expedientado —que había sido condenado previamente por hechos similares—, dichos padres, en aras al deber impuesto en el art. 154 del Código Civil, eran los principales responsables de su educación social y de la inculcación de valores morales, éticos y cívicos, por lo que, siguiendo el razonamiento hecho por la juez «a quo» debe recaer en los mismos la responsabilidad civil dimanante del ilícito penal, por cuanto, además, se trata de una responsabilidad exlege, que no puede ser soslayada por los padres que ejercen la patria potestad sobre su hijo.

Sentencia 206/2012, AP Tarragona, de 3 de mayo

Ponente: **Doña María Concepción Montardit Chica**

Resumen: **Delito contra la flora y la fauna. Absolución**

Recurso de Apelación: **n.º 1129/2011**

Artículos: **28, 39, 47 y 334 Código Penal**

Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna: Caza de especies protegidas. El concepto de caza incluye muerte y apropiación. El concepto de especie protegida no incluye la categoría de «interés especial». Absolución por tipo de protección aplicable a aves capturadas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Cuestión distinta es la relativa a la calificación de las aves como de especie amenazada o de interés especial, que, de forma determinante, influye en la posibilidad de subsumir o no la conducta en el tipo del precitado art. 334.1. A tal efecto, procede traer a colación, como acertadamente razona el apelante, la STS de 19 de Mayo de 1999, que recoge la siguiente doctrina: «El precepto penal sanciona al que cace especies amenazadas... contraviniendo las

Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre... que son la ya citada Ley 4/89 y el R.D. 439/1990 que la desarrolla y establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, en cuyo Anexo II figura catalogado el “pico picapinos” como perteneciente a una especie de “interés especial”, que es una de las cuatro categorías en que el art. 29 de la ley clasifica a las especies, subespecies o poblaciones a que alcanza el ámbito de la misma. Además de la categoría de «interés especial», la Ley establece estas otras:

- a) En peligro de extinción, reservada para aquellas especies cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando.
- b) Sensibles a la alteración de su hábitat, especies cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado.
- c) Vulnerables, referida a aquéllas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos.
- d) La ya citada de interés especial, en la que se podrán incluir las que, sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, o por su singularidad.

Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre

las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción [art. 29.a)], bien de su hábitat [art. 29.b)], o bien porque por su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores [art. 29.c)]. En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquéllas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad». Este análisis es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocupado del estudio del art. 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Este ha sido también el criterio asumido por el Tribunal *a quo* que es compartido por esta Sala Segunda.

Sentencia 245/2012, AP Madrid, de 4 de mayo

Ponente: **Doña Rosa Esperanza Rebollo Hidalgo**

Resumen: **Descubrimiento y revelación de secretos. «Ciberacosador»**

Procedimiento: **n.º 58/2011**

Artículos: **20, 21, 169, 173, 189 y 197 Código Penal**

Descubrimiento y revelación de secretos: «Ciberacosador». Acoso a través de internet por medio de una identidad falsa. Corrupción de menores: Elaboración de pornografía infantil. Amenazas graves. Delitos contra la integridad moral. Faltas de amenazas e injurias. Entrada y registro en lugar cerrado. Condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Entiende la defensa que la diligencia de volcado que se llevó a efecto (folio 120) es nula pues no está firmada por el Secretario Judicial y además debió ser objeto de autorización judicial mediante auto y realizada a presencia de las partes. Ambas alegaciones deben ser desestimadas. Como ya señaló el Tribunal al resolver las cuestiones previas, la intervención de los datos contenidos en los ordenadores y disco duro del acusado y el volcado de dicha

información, no afecta al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y si tan solo al derecho a la intimidad. En ese sentido debe ser citada la STS 663/2011 de 7 de julio, según la cual «como sostiene el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 70/2002, de 3 de abril, y en otras posteriores “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se reali-

za en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”. Por ello y, tras remachar que la interferencia policial no se produjo durante el proceso de comunicación, sino una vez concluido éste, afirma que, en tal caso, “... no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales, sino, en su caso, del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente”. En este mismo orden de cosas, tampoco se violenta el derecho a la intimidad, porque el examen de la agenda telefónica de quien acaba de ser detenido se revela como una acción prudente, razonable y proporcionada, atendidas las circunstancias, como una excepción a la regla general de la necesidad de mandato judicial para invadir la esfera de la intimidad de la persona, siempre que concurran una serie de requisitos: en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otra medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (véanse SSTC 207/1996, de 16 de diciembre y la ya citada de 3 de abril de 2002). Requisitos que concurren en el caso presente en el que la actuación policial controvertida se manifiesta plena de proporcionalidad y razonabilidad para identificar con urgencia y detener a otras personas que pudieran participar en el delito objeto de la investigación, antes de que pudieran ponerse fuera del alcance de la justicia».

Por su parte la STS 256/2008 de 14 de mayo distingue «comunicación ex novo» y «comuni-

cación concluida» recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y señala:

La propia sentencia invocada por el recurrente al aludir a las características delimitadoras del secreto protegido en el art. 18.3 distingue entre la intimidad personal que tendría su adecuado cobijo en el art. 18.1 y el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E. Se viene a dejar sentado que si «ex art. 18.3 CE» la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, «no existe en la constitución reserva absoluta de previa resolución judicial» respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

En nuestro caso se trata de unas comunicaciones por Internet, ya celebradas y concluidas, de tal suerte que sólo constituía material de archivo y a la vista de la naturaleza del delito que se investigaba la policía esta autorizada a recoger los objetos o instrumentos de los que pudiera deducirse la comisión del delito y que fueran hallados en el domicilio registrado, y en este sentido se intervienen los ordenadores y su disco duro.

Por último y referido a la falta de presencia de Fedatario Judicial en la diligencia de volcado de datos de ordenadores, el Tribunal Supremo señala en otra resolución:

«Por idéntico cauce procesal, se ha alegado vulneración de los derechos garantizados en los arts. 18.3, 28.4 y 18.1 CE, con el resultado de que debiera declararse nula la diligencia consistente en el volcado de datos del ordenador intervenido a este recurrente. Ello debido a que no existiría una resolución motivada *ad hoc*, y porque en la realización de esa diligencia se habrían conculcado normas esenciales de procedimiento. En idéntica línea se objeta un defecto en la identificación de los ordenadores; y también que la pericial realizada sobre el contenido de los mismos no contó con la fe del secretario judicial ni su resultado fue llevado a juicio como

tal pericia; todo con el consiguiente perjuicio para el derecho de defensa.

Es cierto que esta última actividad no fue practicada ante el secretario judicial, sino por los técnicos policiales en su propia sede. Pero también lo es que, como razona la Audiencia, esa presencia que se reclama habría sido, *de facto*, tan inútil —y, por tanto, innecesaria— como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas imaginables en cuya

técnica el fedatario judicial no fuera experto». Pues bien en nuestro caso, la diligencia se llevó a cabo a presencia del Secretario Judicial (folio 120) si bien por error dicha Acta no aparece firmada por dicho funcionario.

Es en base a lo expuesto por lo que y como dijimos en su momento no se observan defectos procesales vulneradores de derechos constitucionales que impliquen la declaración de nulidad instado por la defensa».

Sentencia 135/2012, AP Madrid, de 7 de mayo

Ponente: **Don Carlos Agueda Holgueras**

Resumen: **Delitos de asesinato, estafa, incendio y falta de hurto**

Procedimiento: **n.º 27/2011**

Artículos: **25 CE; 20, 21, 22, 28, 65, 66, 74, 109, 110, 139, 140, 237, 242, 248, 249, 263, 266, 351 y 623 Código Penal, y 101, 109, 110 y 761 LECrim**

Delito de asesinato con alevosía y sin ensañamiento. Apropiación de tarjetas de difunto: hurto y no robo con violencia. Delito de incendio de vivienda. Estafa mediante extracción de dinero de cuentas bancarias del fallecido. Atenuantes de drogadicción y embriaguez. Responsabilidad civil: Personación como acusación particular del Estado, por concesión de ayuda a víctimas, y de Aseguradora, por seguro de incendio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) Dos son las entidades cuya legitimación como acusadores particulares se discute, y dos los fundamentos con base en los cuales cada una de ellas sostiene la misma. En ambos casos subyace, como presupuesto de la legitimación que ostentan, la subrogación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.212 del Código civil, transfiere al subrogado un crédito, con los derechos a él anexos. Por un lado, la Abogacía del Estado fundamenta su legitimación en el artículo 13 de la Ley 35/1995, de ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Dicho precepto establece que «el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo.

La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación.

El Estado podrá mostrarse parte en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal». Aparentemente, la legitimación del Estado, por medio de la Abogacía del Estado, obedece a la subrogación de la ayuda provisional, subrogación en los derechos que a víctima o beneficiarios asistan contra el obligado civilmente, lo que limitaría a las acciones civiles las que podrían ejercitarse, teniendo en cuenta la propia institución de la subrogación y la entidad del título subrogado, esto es, una ayuda económica y, por tanto, civil.

El Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayu-

das a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, señala en su artículo 68 que «1. Cuando el Estado se subrogue en los derechos que asistan a la víctima o a los beneficiarios contra el obligado civilmente por el hecho delictivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley, procederá la repetición contra éste hasta el importe total de la ayuda provisional o definitiva satisfecha. 2. El ejercicio de la acción prevista en el apartado anterior se efectuará mediante la personación del Estado en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal. Cuando no se produzca la repetición al Estado en el proceso penal o civil o en sus fases de ejecución, el importe de la ayuda satisfecha se exigirá a la persona civilmente responsable por el hecho delictivo mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación, conforme a lo previsto en el artículo 71 del presente Reglamento. En este caso, la acción del Estado se sustentará en la resolución judicial firme que señale la persona o personas civilmente responsables por el hecho delictivo y el documento acreditativo del abono de las cantidades correspondientes a la ayuda pública». Dicho precepto limita claramente la condición del Estado al ámbito de actor civil, pues especifica que la acción se ejercitará contra «el obligado civilmente por el hecho delictivo...». En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, explicando que la subrogación permite el ejercicio de la acción de repetición contra el civilmente responsable (STS n.º 1032/07, de 3 de diciembre, rec. 518/04). Por lo que, en el caso que nos ocupa, la Abogacía del Estado goza de legitimación como actor civil, por subrogación, que convierte al Estado en parte perjudicada.

En cuanto a la legitimación de la entidad aseguradora, sostiene su pretensión en la indemnización que hubo de entregar al propietario de la vivienda arrendada al fallecido, vivienda en la que ocurrieron los hechos. La facultad que reconoce el artículo 43 de la Ley del Contrato del Seguro, al asegurador que hubiere pagado la indemnización, de ejercitar «los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas respon-

sables del mismo», hasta el límite de la indemnización satisfecha al asegurado, constituye una forma de subrogación legal como consecuencia del pago, según se expresa en el mismo precepto. La raíz de la subrogación está, por tanto, en el contrato de seguro suscrito en su día sobre un bien inmueble, la vivienda en que ocurrieron los hechos. Contrato que fue firmado entre la aseguradora personada en las actuaciones y Silvio, propietario de la vivienda.

Esta Audiencia Provincial ya ha efectuado pronunciamientos al respecto, limitando la legitimación por subrogación al ámbito civil «por aplicación de lo previsto en el art. 43 de la L.C.S. y del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 30 enero de 2007 en relación a la legitimación en el proceso penal de la actividad de la entidad aseguradora conforme al cual cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado» (SAP Madrid, Sec. 7.ª, n.º 830/11, de 10 de octubre). Por lo que, en el caso que nos ocupa, la entidad aseguradora tiene legitimación como actor civil, por subrogación, lo que la convierte en parte perjudicada.

Sentado lo anterior, debemos tener presente que el proceso penal español se caracteriza porque la acción penal es pública, pudiendo ejercitarla todos los ciudadanos españoles (art. 101 LECrim). La acción penal puede ejercitarse por cualquier ciudadano que asume la condición de parte en el proceso penal, mediante el ejercicio de la acción popular (art. 125 de la CE), y por el ofendido o perjudicado por el delito, como acusador particular.

Si la acción penal puede ser ejercitada por cualquier ciudadano español, aunque no haya sido perjudicado por el delito, evidentemente, también podrá ejercitarla el perjudicado. En el caso que nos ocupa, tanto el Estado como la entidad aseguradora son perjudicados por los delitos objeto de enjuiciamiento. Con arreglo a lo establecido en la LECrim, según los artículos 109 y 110 y concordantes, el perjudi-

cado puede comparecer como acusación particular, bien formulando querrela (pidiendo la iniciación del proceso y su constitución como parte en él), bien en un proceso ya iniciado cuando

se le ofrezcan las acciones, compareciendo por medio de escrito, suscrito por abogado y con poder a procurador, en el que pedirá que se le tenga por parte.

Sentencia 418/2012, AP Madrid, de 7 de mayo

Ponente: **Doña María Teresa Chacón Alonso**

Resumen: **Maltrato familiar. Dispensa de no declarar**

Recurso de Apelación: **n.º 958/2011**

Artículos: **24 CE, 89 y 153 Código Penal, 416, 710 y 733 LECrim**

Maltrato familiar: Absolución en recurso de apelación tras condena en la instancia. Acogimiento de la víctima al derecho a no declarar contra imputado. Valor probatorio de testificales de referencia. Prevalencia del principio de presunción de inocencia. Necesidad de motivación de las sentencias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Por lo tanto es preciso situar el valor de la intermediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

- a) La intermediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.
- b) La intermediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que «... la convicción que a través de la intermediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...» —STS de 12 de febrero de 1993—.
- c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la intermediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como

garante de la efectividad de toda decisión arbitraria —art. 9-3.º CE—. Doctrina que resulta de plena aplicación para el recurso de apelación, que otorga plenas facultades al Juez o Tribunal Superior supraordenado *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93, 120/1994, 272/1994 y 157/1995).

Tercero.—En el presente supuesto, el análisis de las actuaciones con el visionado de la grabación del juicio remitido, ha permitido a esta Sala apreciar que no se ha practicado en el plenario una prueba directa, ni indiciaria suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, basándose la sentencia impugnada ante el acogimiento tanto del acusado, como de la presunta víctima a sus respectivos derechos constitucionales a no declarar, el primero como tal acusado; y la segunda en virtud de la facultad que a no declarar contra su pareja sentimental le otorga el artículo 416 de la LECrim, así como la ausencia de testigos directos de los hechos, en las declaraciones de los testigos María Purificación, a quien la supuesta vícti-

ma el día uno de junio (dos días después de los hechos), la habría relatado la agresión, viendo ésta que aquella tenía moratones en la cara y en los brazos. Así como de Laura, cuya declaración (folio 67) en instrucción, fue introducida en el plenario mediante su lectura al amparo del artículo 733 de la LECrim, al hallarse en el extranjero a quien también el referido día (uno de junio), la presunta víctima habría relatado la agresión. Así como de los funcionarios policiales quienes apreciaron signos de violencia en la presunta víctima el día 31 de mayo cuando acudieron al hospital en el que se encontraba, y los informes médicos y forenses obrantes en las actuaciones (folios 29, 30 y 39 de fecha 31/05/2011 y el 02/06/2011) que apreciara en aquella lesiones que describe que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o

quirúrgico, tardando en curar 8 días no impeditivos, y sin secuelas.

Pues bien, partiendo de que los informes médicos, si bien reflejan en la presunta víctima una lesión de carácter leve, no determinan la mecánica de su producción y menos su autoría, no podemos entender, ante el acogimiento de la presunta víctima la dispensa legal que a no declarar contra su pareja le otorga el artículo 416 del LECrim; que las declaraciones de los testigos señalados, que no presenciaron los hechos, repitiendo unas supuestas manifestaciones incriminatorias que les efectuó la presunta víctima, sobre la autoría de las lesiones que presentaba, no mantenidas por aquella en el plenario, impidiendo con ello la debida contradicción, con la descripción genérica que efectúan aquellos, sea suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

Sentencia 334/2012, AP Valencia, de 7 de mayo

Ponente: **Don Carlos Climent Durán**

Resumen: **Delito de tortura. Validez de prueba de grabación de conversaciones**

Procedimiento abreviado: **n.º 24/2010**

Artículos: **18 CE, 174 Código Penal y 730 LECrim**

Delito de torturas: Condena. Descubrimiento del ilícito por grabación de conversación relacionada con otro delito: Validez de prueba por afectar ambos delitos a un mismo autor. Incorporación a juicio oral de declaración de perjudicado en fase de instrucción: Invalidez por inexistencia de contradicción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Ahora se sostiene, con parte de razón, que como el auto que autorizó las escuchas en el interior del vehículo policial se refería exclusivamente a la investigación de la involucración de dos guardias civiles sospechosos, Jenaro y Jesus Miguel, en algún posible delito de tráfico de drogas o de blanqueo de capitales, y como ese vehículo policial no sólo era utilizado por estos dos guardias civiles, sino por otros varios miembros de la Guardia Civil para la realización de diversos cometidos profesionales, se estaba per-

mitiendo una investigación prospectiva y vulnerable de los derechos a la intimidad de los demás guardias civiles afectados por las escuchas.

Este aspecto, así resaltado por los impugnantes, debe ser acogido, bien que parcialmente. Si la investigación estaba dirigida a determinar la implicación de dos concretos guardias civiles en la posible comisión de ciertos delitos, sólo son susceptibles de consideración aquellas escuchas y grabaciones en que alguno de éstos haya intervenido, pero deben ser absolutamente rechazadas las demás escuchas o grabaciones habidas entre otros guardias civiles ajenos a tal investiga-

ción, porque esas escuchas o grabaciones no se hallan bajo la cobertura del auto que las autorizó.

En consecuencia, si el hallazgo casual del delito que es objeto de enjuiciamiento se produjo con ocasión de haberse escuchado que en su perpetración intervenía una de las personas inicialmente investigadas por esos otros delitos, en concreto el acusado Jenaro, se advierte la existencia de una conexión de antijuricidad que permite proseguir la investigación judicial de ese delito casualmente descubierto...

Segundo.—(...).

Ciertamente, las declaraciones que el perjudicado hizo durante la instrucción de la causa se efectuaron sin cumplimentarse el principio de contradicción. Se estimó erróneamente por parte de este tribunal, durante el acto del juicio, que aun habiendo una carencia de contradicción, al considerar que esto se debía al hecho de que la investigación judicial había sido declarada secreta, era de aplicación la doctrina jurisprudencial, elaborada en los últimos años, según la cual cuando el déficit de contradicción es debido a alguna causa justificada (como puede ser la declaración del secreto de la investigación judicial, entre otras posibles causas), es preciso que la versión del testigo encuentre en la causa algún elemento probatorio que la refuerce, para suplir con esto esa deficiencia de contradicción (véanse, por ejem-

plo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, 28 de noviembre de 2007, 2 de marzo de 2010 y 8 de junio de 2011).

Pero tras un análisis más sosegado, posterior a la terminación del juicio oral, ha podido determinarse que cada una de las declaraciones que el testigo perjudicado hizo durante la fase de instrucción se produjo sin hallarse declarada secreta esa investigación, por lo que no había ninguna causa que justificase esa falta de contradicción, ni siquiera podía valer a estos efectos la condición del perjudicado como testigo protegido, pues de la lectura de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, se desprende que esta circunstancia no es impedimento para que deba prestar las declaraciones que procedan, también con respeto del principio de contradicción, si bien deberá utilizarse cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal (artículo 2.b de dicha norma).

Por todo lo cual se llega a la conclusión de que no era procedente haber dado lectura a las declaraciones realizadas por el testigo perjudicado durante la fase de instrucción, al no haber sido realizadas de manera contradictoria, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, lo que impide que ahora sean susceptibles de valoración como medio de prueba».

Sentencia 124/2012, AP Albacete, de 9 de mayo

Ponente: **Don Manuel Mateos Rodríguez**

Resumen: **Tráfico de drogas. Escasa entidad del hecho. Drogodependencia**

Procedimiento: **n.º 12/2012**

Artículos: **21, 368, 369 bis y 370 Código Penal**

Delito contra la salud pública: Tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud. Criterios para aplicar el tipo atenuado de escasa entidad del hecho. Valoración de la drogadicción como eximente incompleta o atenuante ordinaria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La defensa de Faustino intereso, subsidiariamente a la absolución, la condena

conforme al párrafo segundo del mencionado precepto, que prevé un tipo atenuado en atención a «la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable...», se viene

exigiendo, para la subsunción de los hechos en el tipo atenuado, que de trate se actos esporádicos de tráfico, o, no siendo esporádicos, que concurra en el sujeto activo alguna circunstancia especial, como ser drogodependiente, o carecer de posibilidades de llevar a cabo alguna actividad remunerada lícita, como sucede con los inmigrantes irregulares o las prostitutas... La escasa entidad del hecho deriva no sólo de su propia naturaleza (acompañar a un traficante para hacer de porteador de una cantidad de heroína relativamente pequeña), sino también de su carácter esporádico. Y si a lo anterior se une la circunstancia de que el Sr. Olegario es consumidor de heroína y carece de medios lícitos de vida, la conclusión es que resulta de aplicación el tipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 del Código Penal.

Quinto.—Concorre igualmente la atenuante del art. 21.2 del Código Penal. El defensor de Faustino ha alegado la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21.1 del Código Penal.

Según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1071/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 8 noviembre (Aranzadi RJ 2007 355), la eximente incompleta de drogadicción precisa de una profunda perturbación que, sin anularla, disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística aun conservando el sujeto la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1.º CP). Ese no es, ni se ha alegado, el caso de Faustino, que no es posible que estuviera bajo los efectos de las drogas de manera continuada desde que decidió dedicarse a traficar con ellas o a hacer el transporte que motivó su detención, y que no está acreditado que su nivel de adicción fuera tal que le produjera esa ansiedad a la que se refiere la Jurisprudencia como requisito.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se

asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997 [RJ 19971955]), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas. Esta posibilidad tampoco resulta aplicable, dada la ya aludida dilación entre la decisión y el inicio y desarrollo de los actos por los que se va a condenar a Faustino, así como su complejidad, que implica la toma de infinidad de decisiones confirmatorias del ánimo delictual, todo lo cual es incompatible con la idea de un acto compulsivo, ya que el agente tuvo, sin duda, infinidad de ocasiones para meditar su decisión antes de iniciar su ejecución, y aun después, durante la misma.

La atenuante ordinaria se describe en el art. 21 punto 2, y concurre cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada «a causa» de aquella (SSTS 22-5-98 [RJ 19982944]), y para cuya apreciación no se precisa sino que la adicción sea «grave» y exista relación causal o motivacional entre esa dependencia y la perpetración del concreto delito cometido (STS 23-6-2004 [RJ 20044931]).

La gravedad de la adicción resulta, en relación con ambos acusados, del hecho de que han estado en tratamiento con Metadona, que es un fármaco sustitutivo de la heroína, un «mal menor» que se prescribe, según explicó en el juicio la Sra. María Inés, ex trabajadora de la UCA de Tobarra, a adictos antiguos que han intentado sin éxito varias veces desintoxicarse.

Y también el requisito motivacional concurre en ambos. Faustino empleaba las ganancias en costearse su consumo. Esa era la opinión del instructor del atestado, que declaró que las ganancias derivadas del tráfico no las dedicaba a llevar una vida de lujos y excesos, sino

a costearse la adicción y a sobrevivir. Y en el caso de Olegario ello es aún más claro, pues, tal y como se refleja en los hechos probados, su participación en los hechos tenía como finalidad ser invitado a una dosis de heroína por Faustino.

Sentencia 57/2012, AP Jaén, de 10 de mayo

Ponente: **Doña María Fernanda García Pérez**

Resumen: **Abandono de menores e incumplimiento de deberes de asistencia**

Procedimiento: **n.º 51/2012**

Artículos: **226, 229 y 230 Código Penal**

Diferencia entre los delitos de abandono temporal de menor de edad y de incumplimiento de deber legal de asistencia: Situación de desamparo y peligro para la integridad. Condena por el primero a madre y cuidadora temporal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El artículo 229 implica un abandono del menor, lo que supone una «deslocalización del menor fuera del área de custodia, lo que lo diferencia de los supuestos del 226 del Código Penal en el que se sanciona el incumplimiento de los deberes más elementales para el cuidado del menor, pero manteniéndolo dentro del área de la guarda maternal...». El art. 229 CP castiga la situación de peligro creada para un menor por la cesación o abandono de su custodia por parte de las personas encargadas de ello o, en otros términos, por la ruptura de los vínculos que unen al menor e incapaz con su entorno habitual. Y el art. 226 CP hace referencia a una desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda.

En el caso de autos, la recurrente omitió su deber de protección y cuidado al dejar que sus tres hijos menores, de nueve, siete y cinco años permanecieran en la calle varias horas, desde las 23.30 hasta las 3.00 horas, tras comunicarle por teléfono la coacusada Piedad, en cuyo domicilio dejó los niños, una vez consiguió que le cogie-

ra el teléfono que si no los recogía a las 23.30 horas los pondría en la calle, continuando en un pub tomando copas hasta que llegó la Guardia civil, avisada por unos vecinos que los encontraron en la escalera con frío y ganas de orinar y los recogieron sobre las 00.00 horas, y localizando los agentes a la madre en un pub sobre las 2.00 horas no atendió sus requerimientos hasta las 2.30 horas que acudió al Cuartel.

De manera consciente omitió los deberes de protección y asistencia, apreciándose ruptura de ese deber de custodia, aun temporal, por la situación de desamparo en que quedaron los menores de tal corta edad, sin ser atendidos en sus necesidades más básicas (abrigo, aseo y sueño) y con el peligro de haber sufrido algún daño en su vida o integridad física en caso de salir a la calle solos.

No nos encontramos, por tanto, ante un simple incumplimiento de los deberes asistenciales del progenitor para con el menor a que se refiere el art. 226 CP, sino de una conducta omisiva, incumplidora de los más elementales deberes de protección, que genera una situación de desamparo relevante para el menor con el consiguiente peligro para el mismo».

Sentencia 28/2012, AP Cuenca, de 5 de junio

Ponente: **Don José Eduardo Martínez Mediavilla**

Resumen: **Falta de amenazas. Juicio de antijuridicidad**

Recurso de Apelación: **n.º 19/2012**

Artículos: **24, 117 y 120 CE; 620 Código Penal y 741 LECrim**

Falta de amenazas: Amenaza de denunciar por secuestro al padre de la menor ante imposibilidad de la madre de hablar con la hija por teléfono. Absolución por carecer la conducta de entidad suficiente para determinar una condena penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El principio *in dubio pro reo* es una regla interpretativa que sólo afecta a los Tribunales a la hora de valorar las pruebas practicadas, consecuencia de las facultades que los arts. 741 de la LECrim y 117.3 de la Constitución les confieren, y no tiene otra función que la de guiar el proceso mental del Juzgador de instancia en la apreciación de la prueba que ante él se practica, al objeto de que no emita un pronunciamiento condenatorio si tiene alguna duda sobre la realidad y el alcance del hecho.

En el caso que nos ocupa ni la Juzgadora *a quo* ni esta Sala tienen duda alguna sobre la realidad de los hechos declarados probados. Ahora bien, a esta Sala sí le surge la duda en cuanto al verdadero alcance de los hechos declarados probados; y ello por lo siguiente:

- las amenazas se caracterizan (como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo), por, entre otros, el siguiente elemento: que las circunstancias concurrentes doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación;
- y en el supuesto analizado considero que la conducta de la denunciada carece de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, ya que, (como viene a desprenderse del propio contenido íntegro de la Sentencia impugnada), la actuación de la Sra. Lidia pareció obedecer más bien a una forma de llamar la atención en solicitud de información sobre el estado de su hija que a un serio, firme y creíble propósito de conminación de un mal.

Sentencia 232/2012, AP Madrid, de 25 de junio

Ponente: **Don Carlos Agueda Holgueras**

Resumen: **Principio acusatorio. Falta de lesiones**

Recurso de Apelación: **n.º 92/2012**

Artículos: **24 CE, 617 Código Penal, 741, 790 y 973 LECrim**

Condena por falta de lesiones: Recurso de denunciado solicitando condena de denunciante: Principio acusatorio: Imposibilidad de condena de quien no tiene posibilidad de defenderse en juicio. Momento en que puede conocerse la condición de imputado o acusado en juicio de faltas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

«En cuanto al específico procedimiento de juicio de faltas, se ha dicho que la vigencia del principio acusatorio, tanto en los juicios de faltas como en los procesos por delitos, tiene alcance distinto, pues «cuando del juicio de faltas se trata, el principio acusatorio, dadas las características del proceso, actúa de forma menos enérgica, por lo que cabe reconocer en este ámbito cierta flexibilidad en la formulación y en el modo de conocer la acusación, de tal suerte que, cualquiera que sea la forma en que ésta llegue a conocimiento del posible inculpado, ha de entenderse satisfecha la exigencia derivada del artículo 24 CE» (STC 143/09, de 15 de junio; STC 35/93; STC 11/92). También se ha dicho que «en este tipo de proceso penal la acusación puede manifestarse de varias formas, ya sea en la denuncia inicial, ya en el acto del juicio oral» (ATC 208/02, de 28 de octubre; STC 56/94, de 24 de febrero). Así como que resulta «posible según la Ley que la propia denuncia sirva para satisfacer el derecho del inculpado a conocer la acusación que contra él se formula» (STC 115/94, de 14 de abril; STC 56/94, de 24 de febrero).

Sin embargo, se ha dicho que «la flexibilidad no puede llevarse hasta el extremo de considerar admisible la acusación implícita, puesto que, salvando las matizaciones que este Tribunal ha hecho respecto de los juicios de faltas por accidente de tráfico (entre otras, SSTC 182/1991, 11/1992 y 358/1993) es condición insoslayable para entender respetado el principio acusatorio que la pretensión punitiva se exteriorice, al objeto de ofrecer al imputado la posibilidad de contestarla, rechazarla o desvirtuarla» (STC 143/09, de 15 de junio; STC 115/1994; STC 56/1994).

En el caso que nos ocupa, fue Eva quien el 23 de julio de 2011 interpuso denuncia frente a Fructuoso, por hechos ocurridos ese día, supuestamente constitutivos de falta de lesiones. Por ello, Fructuoso fue citado, en condición de denunciado (folios 26 y 27), para la celebración del juicio oral que tuvo lugar el 19 de julio de 2011, después del cual se dictó la sentencia objeto de recurso. Por lo tanto, en ningún caso pudo dictarse en primera instancia sentencia condenatoria frente a Eva, contra quien, se reitera, no se interpuso denuncia alguna, lo que impide considerar ajustada a derecho la pretensión condenatoria sostenida en esta alzada».

Sentencia 236/2012, AP Pontevedra, de 29 de junio

Ponente: **Don Luis Carlos Rey Sanfiz**

Resumen: **Delito de abandono de familia**

Recurso de Apelación: **n.º 363/2012**

Artículos: **53, 226 y 227 Código Penal y 788 LECrim**

Abandono de familia: Condena por impago de pensiones. Falta de legitimación de la madre para reclamar los alimentos de los hijos mayores de edad. Capacidad del obligado al pago para asumir la deuda. Ampliación de la cantidad impagada hasta celebración del juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

(...) el art 228 del CP establece, como condición objetiva de perseguibilidad, que el delito de

Abandono de Familia del art 227 del CP sólo se perseguirá «previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

En el presente caso, dos de los tres hijos respecto de los cuales la ex esposa denuncia impago de pensiones eran mayores de edad al momento de interponerse la denuncia, en julio de 2010, ya que habían nacido en 1985 y 1991, respectivamente. Como ya indica, entre otras, la Sentencia de esta Audiencia Provincial de 27 de septiembre de 2007 «son los hijos, mayores de edad, destinatarios últimos de la prestación económica a la que venía obligado el esposo, los que ostentan la consideración de «persona agraviada» como titulares del bien jurídico protegido por el tipo penal, sobre los que directamente recae la acción delictiva y, por tanto, los únicos legitimados para el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que la recurrente disponga de acciones civiles, al amparo del art 93 del CC para interesar la fijación de pensión aun en el supuesto de hijos mayores de edad

o emancipados que carezcan de recursos propios».

Cuarto.—(...)

«Por tanto, el ámbito temporal de los procesos penales tramitados por el delito tipificado en el art. 227 CP, comprenderá, como regla general, el período que abarca desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, constituyendo el objeto de cada proceso concreto, los reiterados incumplimientos —consecutivos o alternos— constatados hasta dicho momento procesal. En consecuencia, en fase de conclusiones provisionales, el escrito de acusación comprenderá los impagos que constituyen el período mínimo tipificado. También se incluirán en el escrito de acusación los impagos producidos hasta la fecha del auto previsto en el art. 779.1.4.ª LECrim. De esta manera se conforma provisionalmente el objeto del proceso (...)».

Sentencia 686/2012, AP Barcelona, de 30 de junio

Ponente: **Doña Montserrat Comas de Argemir Cendra**

Resumen: **Falta de lesiones por imprudencia**

Recurso de Apelación: **n.º 71/2012**

Artículos: **24 CE, 229 LOPJ, 621 Código Penal, y 717, 741 y 790 LECrim**

Falta de lesiones por imprudencia en accidente de tráfico: Absolución. Recurso de acompañante lesionado. Imposibilidad de revisión de prueba personal en segunda instancia sin nueva práctica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...).

Dado que la doctrina constitucional expuesta comporta el veto a que en segunda instancia se valore la culpabilidad del denunciado sin oírle y sin ser directo receptor de las pruebas cuya valoración nuevamente se solicita y de cuya apreciación depende esa declaración de culpabilidad, ello significa el fracaso de todo recurso actual que pretenda obtener una revisión de la sentencia que comporte la modificación de he-

chos probados, como en este caso se solicita, en base a un supuesto error en la valoración de las pruebas personales practicadas, esto es, en base a las declaraciones de las partes, testigos y peritos, dado que las mismas exigen la formación del juicio de credibilidad sobre su veracidad o mendacidad. Solo el legislador tiene competencia para modificar nuestra legislación procesal y, adaptar la regulación del recurso de apelación en la segunda instancia a las exigencias de la nueva doctrina constitucional».

Sentencia 10/2012, AP Guadalajara, de 9 de julio

Ponente: **Don José Aurelio Navarro Guillén**

Resumen: **Delito de incendio por imprudencia grave. Agravantes**

Procedimiento: **n.º 13/2009**

Artículos: **21, 28, 50, 53, 66, 109, 352, 353 y 358 Código Penal**

Delito de incendio: Imprudencia grave. Agravante específica de afección a superficie de considerable importancia. Atenuantes genéricas de confesión y dilaciones indebidas. Condena únicamente a garante del control del riesgo. Distinción entre imprudencia grave y leve. Determinación de responsabilidad civil en atención a pruebas practicadas. Cálculo de la pena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

(...) su conducta es grave y por ello tipificada en el delito que se le imputa como imprudente en los términos que se recogen en el artículo 358 del Código Penal, pues como antes se adelantó, la gravedad equivalente a estos efectos a la temeraria que recogía el Código Penal de 1973, la jurisprudencia ha establecido que será apreciable cuando hubiere habido omisión de las cauteles más elementales y la previsibilidad del evento sea notoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 y 9 de junio de 1998), y todo ello, con fundamento en la prueba de indicios. Efectivamente, el hacer fuego en el campo, en el mes de julio en un momento de sequía, con una temperatura elevada, con baja humedad exige una precaución extrema, pues a nadie se le escapa que la actividad de riesgo (hacer fuego) en sí misma es peligrosa, sin que ello exija una especial justificación. Ello significa que la persona que lleva a cabo dicho acto deberá actuar de forma diligente y estar permanentemente atenta al fuego por él creado, lo que supone que no es admisible un comportamiento desatento o confiado, pues la fuente de peligro creada no permite distracción alguna. Por ello, desatender el fuego, no estando en el lugar en que el mismo se origina o no prestando la atención debida, es grave y temerario, porque con ello se falta a la más elemental diligencia que se le puede exigir a cualquier persona, por ello esta Sala considera

que la actuación de Soledad es grave y merecedora del consiguiente reproche penal.

Dicho lo anterior, y con relación a los otros dos procesados, don Segismundo y don Pedro Francisco, lo cierto es que no existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que les ampara, esto es, aquella encaminada a fijar el hecho inculcado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo por una parte y, por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad» (SSTC 33/2000 de 14.2, 171/2000 de 266). En efecto, lo único que se ha probado con relación a los dos procesados antes citados es que los mismos colaboraron con Soledad al ejercicio de una actividad lícita como era el hacer fuego, pues el mismo estaba permitido, pero no se ha demostrado que estos asumieran de forma explícita o implícita la función de garante del fuego originado en las barbacoas por Soledad. En efecto, colaborar a la realización de la lumbre no es delictivo, máxime cuando está permitida; la ilicitud surge en el momento en que se omite la diligencia debida y exigible a quien asume la función de garante de la fuente de peligro, que en este caso y por lo antes expuesto es Soledad; con la omisión, lo que inicialmente es lícito se convierte en ilícito, pero no por un acto de los procesados Segismundo e Pedro Francisco de prestar el encendedor o acudir con agua a apa-

gar el fuego, sino por la conducta omisiva de Soledad que no cumple con las obligaciones contraídas por él como garante de la fuente de peligro por él creada.

Cuarto.—En cuanto a la determinación de la pena, es menester partir de lo que dispone el artículo 352 del Código Penal, pues estamos ante un delito de incendio de monte o masa forestal, si bien al estimar que en el mismo ha existido peligro para la vida o integridad de las personas, la pena que procede imponer es la que se contempla en el artículo 351 del Código Penal que va de diez a veinte años. Sin embargo, este Tribunal considera que es de aplicación el inciso último del párrafo primero del citado artículo por las razones antes expuestas y que se dan aquí íntegramente por reproducidas, lo que significa desde el punto de vista de imposición de la pena que la misma será la inferior en grado, por tanto, la que va de cinco años y un día a diez años. Pero el delito de incendio cometido lo ha sido por imprudencia grave y el artículo 358 del Código Penal dice que en estos casos se castigará con la pena inferior en grado a la respectivamente prevista para cada supuesto, que en este caso será de dos años y seis meses a cinco años. Determinada así la pena a imponer, la misma debe ser completada con las agravaciones con concurran, en este caso la que se re-

coge en el artículo 353.1.1.º del Código Penal y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Ello significa, que la pena que va de dos años y seis meses a cinco años, debe imponerse en la mitad superior, porque así lo dice el artículo 353.1.1.º del Código Penal, esto es, la resultante sería de cuarenta y cinco meses y un día a cinco años (sesenta meses). Pero al haberse apreciado la concurrencia de dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dos atenuantes, la pena que se puede imponer es la inferior en grado y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.2 del Código Penal la pena que se impone al procesado es la de dos años de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de diez euros, lo que hace un total de 3.600 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago previsto en el artículo 53 del Código Penal. Asimismo y por aplicación de lo que dispone el artículo 56.1.2.ª del Código Penal resulta procedente la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Sin embargo, no procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 355 del Código Penal por ser un delito de incendio cometido por imprudencia grave, pues las medidas previstas en el citado artículo lo es para los supuestos previstos en la referida sección cometidos de forma dolosa, que no es el caso».

Sentencia 131/2012, AP Lugo, de 9 de julio

Ponente: **Don José Manuel Varela Prada**

Resumen: **Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente**

Procedimiento: **n.º 24/2011**

Artículos: **53, 129, 325, 326 y 327 Código Penal**

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: Absolución. Confusión administrativa sobre autorizaciones y licencias exigibles. Miembros del Consejo de Administración sin relación con actuaciones materiales realizadas en la cantera.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—En conclusión, entiende la Sala (y en este sentido comparte en buena medida el conte-

nido del informe emitido por el Ministerio Fiscal con fecha 23 de agosto de 2007, a medio del cual solicitaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones) que en el caso presente, como

en bastantes otros, se observa la existencia de una multiplicidad (no exenta de complejidad y en constante cambio) normativa, que conlleva en ocasiones a situaciones ciertamente anómalas en las que se conceden a las empresas ciertas autorizaciones y licencias, pero no otras sin que se observen ni se manifiesten las razones para tal o tales no concesiones, sin ni siquiera, —una vez que se da comienzo a la correspondiente explotación— llevarse a cabo la oportuna sanción administrativa (en el caso que nos ocupa ha de recordarse que se incoaron a la empresa dos expedientes sancionadores en el año dos mil seis, sin que conste la imposición de ninguna sanción administrativa), situaciones que deberían tener su acomodo en el ámbito administrativo, no pudiendo incardinarse en el ámbito penal, máxime en casos, como el presente, en el que constan actuaciones por parte de la empresa denunciada (que ya quedaron expuestas), y que alejan la existencia de una inacción u oscurantismo dirigidas al incumplimiento de las normas regula-

doras de la correspondiente actividad, debiendo de tenerse en cuenta, asimismo, en el presente caso —además de la escasa extensión de las canteras— el hecho de que la empresa haya constituido un aval para garantizar la restauración del terreno (aval constituido poco tiempo después de iniciada la actividad) así como la restauración natural producida en la zona, que quedaba plasmada en el informe fotográfico aportado en el acto de juicio, restauración natural, que, también, era reconocida por las —en el inicio y en la propia instrucción— acusaciones particulares, en los sendos escritos a medio de los cuales renunciaban a las acciones civiles y penales, indicando todo lo anterior, referido a la actuación de la empresa, que no puede concluirse que los miembros integrantes de la misma, buscaran ni intencionadamente, ni siquiera con dolo eventual, causar grave daño o poner en riesgo el equilibrio de los recursos naturales, cuya autoría tampoco se deduce, por otra parte, del propio escrito de acusación formulado.

Sentencia 310/2012, AP Madrid, de 9 de julio

Ponente: **Don Julián Abad Crespo**

Resumen: **Delitos de acoso y abuso sexual. Relación consentida**

Apelación: n.º 354/2011

Artículos: 24, 25 y 117 CE; 1, 181 y 184 Código Penal y 741 LECrim

Acoso sexual: Absolución por inexistencia de propuesta de relación sexual. Posible abuso sexual por tocamientos in consentidos: Prevalencia de principio acusatorio que impide condena por este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Este Tribunal de apelación considera procedente dejar constancia de que los hechos probados que así se declaran en la sentencia recurrida, aun con la modificación de los mismos que se hace en esta sentencia de apelación, pudieran ser constitutivos de delitos de abusos sexuales del art. 181.1 del Código Penal, en el que se tipifica penalmente la conducta consistente en realizar actos que atenten contra la libertad

sexual de otra persona, sin utilizar violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento de la persona a la que se somete a tales actos. Pero sin que este Tribunal de apelación pueda plantearse la posibilidad de condena del acusado por tales delitos de abusos sexuales... este Tribunal ha reiterado que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa

distinta de la que se le ha acusado... En el presente caso, contra el concreto pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia recurrida por el que se condena al acusado como autor de dos delitos de acoso sexual ha recurrido únicamente la defensa del acusado. Por lo tanto, la hipotética condena al acusado en esta segunda instancia como autor de delitos de abuso sexual supondría la condena por delitos por los que no se ha for-

mulado acusación en la causa, estando castigados dichos delitos de abuso sexual con penas más graves que las legalmente establecidas para el delito de acoso sexual, por lo que la hipotética condena del acusado en esta segunda instancia como autor de delitos de abuso sexual supondría la vulneración del principio acusatorio y del principio de proscripción de la reforma peyorativa. Razones que vedan tal hipotética condena.

Sentencia 68/2012, AP Palma de Mallorca, de 16 de julio

Ponente: **Doña Mónica de la Serna de Pedro**

Resumen: **Malversación, prevaricación, falsedad, fraude a la Administración y negociaciones prohibidas a funcionarios**

Procedimiento abreviado: **n.º 92/2011**

Artículos: **24 CE, 20, 21, 28, 74, 77, 390, 392, 404, 432, 436 y 439 Código Penal y 101, 729, 741, 761 y 782 LECrim**

Concurso medial del delito de prevaricación con el de malversación de caudales públicos y de éste con los de falsedad documental de documento oficial y de documento mercantil y con el de fraude a la Administración. Delitos continuados. Atenuantes de confesión y reparación del daño. Aplicación del principio *non bis in idem*. Actuación de la acusación popular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Los hechos recogidos en el *factum* son constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos, del art. 432.1 en relación con el art. 74 del Código Penal, en concurso medial:

1. Con un delito de prevaricación con carácter continuado del art. 404 en relación con el art. 74 del Código Penal,
2. Con un delito de falsedad en documento oficial con carácter continuado del art. 390.1.4.º y 74 del Código Penal,
3. Con un delito de continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392 en relación con el art. 390.1.2.º y 74 del Código Penal y,
4. Con un delito continuado de fraude a la administración del art. 436 del Código Penal.

Los hechos también resultan constitutivos de un delito de negociaciones prohibidas a funcionarios del art. 439 del Código Penal.

II. Breve referencia jurídica al carácter continuado con el que se han calificado jurídicamente los hechos.

Mas allá de los límites impuestos por el concepto de acción natural, cuando son varias las acciones típicas ejecutadas, expresivas de un propósito unitario, la figura del delito continuado resulta de obligada aplicación.

En los hechos sometidos a enjuiciamiento por la Sala no ha existido unidad de acción. El concepto de unidad natural de acción no ha sido unánime en la doctrina. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero.

Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal, es decir, hay unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica, así STS 213/2008, 6592/2000, 8254/2006 y 3583/1983.

En conclusión, existirá unidad de acción, y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Esta jurisprudencia señala como requisitos para afirmar la unidad de acción: a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única; c) desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

En el presente caso, la Sala ha reputado los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación, falsedad documental y fraude a la administración, todos ellos en concurso medial con un delito, también continuado, de malversación de caudales públicos; así como un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionarios. En todos los casos existió un plan preconcebido y acordado por todos los acusados, una homogeneidad de las conductas plurales y prolongadas en el tiempo, consistentes —en último término— en desviar o distraer fondos públicos municipales, y que, bajo un dolo unitario, se infringieron idénticos preceptos penales.

Duodécimo.—(...)

Ya se ha razonado que el delito de prevaricación se aprecia en concurso medial del artículo 77 con el delito de malversación de caudales públicos y éste, a su vez, se aprecia en concurso medial con el delito de falsedad documental (en dos de sus tres vertientes, de documento oficial cometido por funcionario, y de documento mercantil cometido por particular) y, a su vez, el delito de malversación lo es, también en concurso medial, con un delito de fraude a la administración con carácter continuado. Pero, a los efectos de no infringir el principio *non bis in idem*, el delito de malversación de caudales públicos no puede ser tomado en consideración para la determinación de la pena imponible, con el delito de prevaricación y, por otro lado, tenerlo en cuenta, nuevamente para la determinación del concurso de delitos con la falsedad documental y, por último, con el delito de fraude a la administración; en tal caso, el delito de malversación sería considerado por triplicado. Por ello, y optando por la solución más favorable a los acusados dentro de la corrección jurídica, se debería haber penado separadamente el delito de prevaricación y el de fraude a la administración y, por otro lado debería ser penado el delito de malversación en concurso medial con los delitos de falsificación documental respectivos. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal, a la hora de individualizar las penas, situó a todos los delitos instrumentales, sin distinción, bajo el delito principal y más grave, que era la malversación, aun considerando el Tribunal que la individualización de las penas por los delitos cometidos debería haberse realizado de la forma antedicha, en cuanto, en el estado presente de las actuaciones, tal forma de proceder supondría actuar en perjuicio de reo ha de aceptarse la calificación formulada por las acusaciones.

Recordamos también que, dada la naturaleza de los delitos contra la Administración Pública, a todos aquellos partícipes que no ostentan la condición de autoridad o funcionario público, les aplicaremos la atenuante del art. 65.3 CP —pena inferior en grado a la señalada por la ley al delito—; y, de igual manera se tendrán en cuenta, en la referencia individualizada de cada condenado la concurrencia, o no, de otras atenuaciones de la responsabilidad.

Sentencia AP San Sebastián de 23 de julio de 2012

Ponente: **Don Ignacio Subijana Zunzunegui**

Resumen: **Malversación, prevaricación, blanqueo y alzamiento de bienes**

Procedimiento abreviado: **n.º 1080/2011**

Artículos: **28, 74, 77, 250, 257, 258, 298, 301, 303, 403, 404, 432 y 438 Código Penal**

Tratamiento procesal de cuestiones previas: Licitud del traslado por la Administración Tributaria al Ministerio Fiscal de información que inicia las diligencias. Validez de diligencias de Fiscalía. No carácter inquisitivo de su actuación. Validez de información obtenida a través de contribuyentes y del auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado. Inexistencia de prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El artículo 547 LOPJ determina que la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Por su parte, el artículo 34.2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad disciplina que en diligencias o actuaciones que lleven a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los jueces, tribunales o fiscales competentes de lo penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos jueces, tribunales y fiscales, y podrán requerir el auxilio necesario de las autoridades y, en su caso, de los particulares. Y, finalmente, el artículo 773.2 LECrim determina que cuando el Ministerio Fiscal tenga no-

ticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. En el presente caso, y con el cobijo normativo que ofrecen los preceptos reseñados, la Policía Judicial, siguiendo las instrucciones y órdenes emanadas del Ilmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía de Gipuzkoa llevó a cabo las diligencias de investigación precisas para comprobar los hechos denunciados y delimitar sus eventuales responsables. Por lo tanto, en ningún momento la Policía Judicial se desligó o desmarcó de las instrucciones del Ministerio Fiscal, integrándose su investigación en las directrices pergeñadas por el Ministerio Público.

Sentencia 46/2012, AP de Las Palmas, de 25 de julio

Ponente: **Don José Luis Goizueta Adame**

Resumen: **Asesinato y robo con violencia**

Procedimiento: **n.º 16/2011**

Artículos: **20, 21, 27, 28, 66, 109, 138, 139, 140, 237 y 242 Código Penal**

Delito de asesinato: Muerte con ensañamiento y sin alevosía. Atenuante de confesión. Desestimación de legítima defensa. Aplicación de baremo de tráfico para cálculo de indemnización por muerte. Robo con fuerza en las cosas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Estudio de la concurrencia o no de la alevosía, que torna el homicidio en asesinato. Jurisprudencialmente se distinguen, en atención al *modus operandi*, tres formas de manifestarse la alevosía:

- a) Proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa, emboscada, insidia o asechanza.
- b) Sorpresiva que se materializa en un ataque súbito o inesperado.
- c) Por desvalimiento, en que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier posibilidad de defensa.

Como se señala en la Sentencia del TS de 24-9-2003, la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; «... en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes», y que concluye afirmando, que una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.). En el caso de autos, es obvio que el acusado dio muerte a Rafael, pero lo que no hemos considerado probado es que además lo hizo aprovechándose de una situación que impedía toda defensa de la víctima. No nos consta que el acusado empleara un modo o forma de ejecución que aseguraba el éxito de la acción, eliminando

todo riesgo para el mismo, pues no se ha determinado exactamente cómo comenzó la agresión, ni los forenses pudieron determinar el plano de situación de agresor y víctima cuando se inicia el apuñalamiento, así manifestaron que hay heridas por prácticamente todo el cuerpo de cintura para arriba, incluso en la zona posterior del tórax, lo que indica que existió un constante movimiento de ambos. Debemos partir de la primera intención que guiaba al acusado, que era el apoderamiento del dinero que sabía portaba la víctima, con lo que no podría descartarse una intimidación inicial para lograr el despojo patrimonial, y por ello una posibilidad de defensa. Téngase en cuenta que la garantía constitucional de presunción de inocencia alcanza a los presupuestos fácticos de la agravación, más, si cabe, cuando ésta cualifica el tipo penal.

Octavo.—(...)

Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, debemos por un lado excluir a los hermanos de la víctima, no ya porque en el grupo IV de la tabla I del Anexo, se descarta a los hermanos mayores de edad, cuando se trata de una víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, sino por que consta en autos que la víctima tenía domicilio diferente de sus hermanos y madre, por lo tanto no convivía con ellos, ni consta que aquellos dependieran económica de la víctima. Respecto de la madre de la víctima, aplicaremos el baremo previsto para los accidentes de circulación, debiendo aplicarse el baremo del año de la sentencia (STS 30 de noviembre de 2011), que fija en 74.305,87 euros la indemnización a la madre de la víctima, cantidad que incrementamos en un 21%, atendiendo a la violencia empujada en la comisión del delito, redondeando en 90.0000 euros la cantidad en que debe ser indemnizada D.^a Adelina».

Revista de

**Derecho
Penal**

**DOCTRINA DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

CONSULTA 1/2012

SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97/2010, DE 15 DE NOVIEMBRE

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dictado varias resoluciones de amparo que han tenido una importante incidencia sobre la operatividad del instituto de la prescripción en el ámbito penal. Muy especialmente, la STC núm. 63/2005, de 14 de marzo, abrió un intenso debate sobre la interrupción de la prescripción de los delitos y motivó un estudio pormenorizado por parte de la Fiscalía General del Estado materializado en la Instrucción núm. 5/2005, de 15 de junio, sobre interrupción de la prescripción. Una vez que esta polémica parece definitivamente zanjada con la intervención del propio Legislador —que, dentro de la amplia reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado una nueva redacción al artículo 132 del texto punitivo—, se ha abierto camino, sin embargo, una nueva incertidumbre, relacionada ahora con el sistema de prescripción de las penas y suscitada igualmente al hilo de una resolución del Tribunal Constitucional.

En efecto, la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, ha rechazado que la suspensión de la ejecución, acordada durante la tramitación de un indulto o con ocasión de un recurso de amparo, tenga la virtualidad de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. La resolución dictada por el máximo intérprete de la Constitución plantea, de esta forma, una duda interpretativa que, suscitada con disparidad de opiniones en el seno de la Fiscalía consultante, gira fundamentalmente en torno a la posible traslación del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena previstos en los artículos 80 y siguientes del texto punitivo.

Conviene realizar, en primer lugar, un breve recordatorio del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional que ha motivado la elevación de consulta a la Fiscalía General del Estado. Según consta en los antecedentes de la sentencia 97/2010, el demandante de amparo fue condenado a una pena de 9 meses de prisión que, impuesta por el Tribunal Territorial Militar Cuarto, ganó firmeza con la sentencia casacional de 9 de abril de 2001. Ante la condena recaída, el penado inició dos vías de actuación paralelas. Por una parte, recurrió en amparo la resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y, por otra, pidió al Ministerio de Justicia la concesión del indulto. La ejecución de la condena impuesta quedó así —sucesivamente y de acuerdo con los artículos 4.4 del Código Penal y 56 de

la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— paralizada hasta tanto recayese una resolución definitiva en los dos incidentes abiertos, lo que ocurrió primero en relación con el indulto —que fue denegado mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002— y más tarde con respecto al recurso de amparo —que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de diciembre de 2005—. Reanudada la ejecución de la condena, el Tribunal Militar acordó, mediante auto de 15 de enero de 2010 —y transcurridos, por tanto, casi nueve años desde la firmeza del fallo condenatorio— que se diera inicio al cumplimiento de la pena de prisión, en el entendimiento de que no había prescrito. A juicio del Tribunal Militar, no estableciendo el precepto directamente aplicable (artículo 46 del Código Penal Militar) más que los plazos de prescripción, debía acudir a la regulación general supletoria contenida en el Código de 1995, de la que el órgano jurisdiccional infringió, siguiendo la interpretación jurisprudencial dominante, que la prescripción había sido interrumpida en los dos incidentes de suspensión planteados.

Esta concreta interpretación del órgano de la jurisdicción militar constituyó el objeto del recurso de amparo que dio lugar a la sentencia 97/2010. En dicha resolución el Tribunal Constitucional entiende que la interpretación efectuada en la vía judicial previa infringe las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Considera, así, en primer lugar, que es aplicable a la prescripción de la pena la reciente doctrina sobre la prescripción de las infracciones penales. Estima, de este modo, que ha de evaluarse la aplicación del instituto prescriptivo desde la óptica constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y siguiendo un canon interpretativo especialmente exigente. En el ámbito de la prescripción, el artículo 24 de la Constitución se erige en tutela reforzada al servicio de la efectividad de los derechos fundamentales a la libertad (artículo 17 CE) y a la legalidad penal (artículo 25 CE). Por lo tanto, no basta que la interpretación de la norma aplicable no sea arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, o que no incurra en error patente. Se exige, además, que la aplicación de las disposiciones que disciplinan el régimen de la prescripción no exceda «de su más directo significado gramatical». No es admisible, por tanto, «una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo».

En el caso planteado, el Tribunal Constitucional estimó que el artículo 134 del Código Penal, aunque aparentemente se limita a señalar los dos momentos iniciales del cómputo de la prescripción, establece «implícitamente» una única causa interruptiva: el inicio del cumplimiento de la pena. Por tanto, el tenor literal de este precepto contrasta significativamente con el del artículo 132 del texto punitivo, que, en relación a la prescripción del delito, establece causas expresas de interrupción. El Tribunal, al examinar el artículo 4.4 del Código Penal y el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —en la redacción vigente al tiempo de los hechos—, constata que en estos preceptos no se hace referencia alguna a la posible interrupción del cómputo de la prescripción de la pena. Ni en uno ni en otro supuesto —afirma el Tribunal— [...] la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

Ciñendo su pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción, el Tribunal Constitucional concluye que la interpreta-

ción realizada por el Tribunal Militar Territorial no es constitucionalmente aceptable, pues excede [...] del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal. No se satisface, en suma, el canon constitucional reforzado exigido.

La Fiscalía consultante plantea ahora si esta interpretación del Tribunal Constitucional debe extenderse a la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 a 87 CP, institución sobre la que la sentencia citada no se pronuncia en ningún momento —aunque sí había sido objeto de cierto debate en el procedimiento judicial previo al amparo—. De ser así, el lapso de prescripción de la pena seguiría su curso durante las incidencias propias de la suspensión condicional. La alternativa, defendida por la mayoría de los fiscales del órgano consultante, es entender que existen diferencias sustanciales de régimen jurídico que dejan la suspensión condicional fuera, no ya sólo del pronunciamiento expreso, sino también de la fuerza expansiva de los argumentos utilizados por el máximo intérprete de la Constitución.

Pues bien, el criterio de la Fiscalía General del Estado es que esas diferencias sustanciales existen y que, además, se observan justamente en relación con las dos tesis que principalmente sustentan el desarrollo argumental de la sentencia 97/2010. De una parte, la peculiar naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad aleja esta institución de los dos supuestos abordados en la aludida resolución de amparo, pues se trata de una forma sustitutiva de cumplimiento directamente incardinable en el tenor literal del vigente artículo 134 del Código. De otro lado, el texto punitivo otorga, más allá de este concreto precepto, una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria una interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

[...]

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. La doctrina establecida en la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, es exclusivamente aplicable a los supuestos de paralización de la ejecución de la pena derivados de la tramitación de indulto o de la interposición de recurso de amparo constitucional. En dichos supuestos habrá de entenderse, conforme a lo resuelto por el Tribunal, que la suspensión acordada no interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de la pena.

SEGUNDA. Para evitar que, conforme a la doctrina constitucional aludida, se produzca la prescripción de las penas suspendidas en los dos supuestos indicados, los Sres. Fiscales han de ejercer una vigilancia cuidadosa del cómputo del plazo de prescripción desde que sea acordada la suspensión de su ejecución conforme al artículo 4.4 CP o el artículo 56 LOTC. El Fiscal Jefe del órgano correspondiente deberá proceder, en su caso, a poner en inmediato conocimiento de la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica y con la suficiente antelación, la próxima expiración del plazo prescriptivo, de modo que puedan llevarse a cabo las actuaciones oportunas —a través de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional o directamente con el Ministerio de Justicia, respectivamente— en los correspondientes procedimientos de amparo o de indulto, a efectos de evitar la impunidad injustificada del delito.

TERCERA. La doctrina de la STC núm. 97/2010 no es, en cambio, trasladable a los supuestos de suspensión y sustitución de la ejecución de los artículos 80 a 89 CP. En estos casos estamos ante formas sustitutivas de cumplimiento directamente incardinables en el tenor literal del artículo 134 del texto punitivo. En relación con estas formas de ejecución sustitutiva, el Código Penal otorga una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria toda interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

CUARTA. De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena —desde su notificación personal al reo— producen la interrupción del curso del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se quebrantan las condiciones en cada caso fijadas (de acuerdo con los artículos 84, 87.5, 88.2 y 89.4 CP) y procede la revocación del beneficio. Por tanto, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad será la fecha de la comisión del nuevo delito, la del abandono del tratamiento rehabilitador o la del último incumplimiento de las reglas de conducta —como aquel que motiva la decisión judicial de revocación del beneficio—, el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo se reiniciará, a su vez, en los casos de sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se produzca, en sus respectivos casos, el incumplimiento de la pena sustitutiva o la infracción de la obligación de no regresar a España.

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

QUINTA. Han de establecerse en las Fiscalías pautas de actuación o sistemas de control que permitan la más inmediata detección de los comportamientos que, debiendo determinar la revocación del beneficio de suspensión de la ejecución, implican el reinicio del cómputo del plazo de prescripción de la pena, poniéndolos en todo caso en conocimiento del Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria.

SEXTA. Los Sres. Fiscales deberán oponerse a toda extrapolación indebida de los fundamentos de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre. En particular, habrá de evitarse que una eventual lectura expansiva de esta resolución conduzca a la aplicación de la prescripción en los casos de cumplimiento sucesivo de penas, supuesto en el que igualmente se produce la interrupción del curso del plazo prescriptivo para todas las penas impuestas desde el inicio de la ejecución de la más grave.

Revista de

**Derecho
Penal**

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE del 30).
 - Modifica la **Ley 29/2011, de 22 de septiembre**, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo (BOE del 23):
 - Recoge los **requisitos** que deberán cumplir los destinatarios de las **ayudas y prestaciones** previstas en la ley (artículo 3 bis).
 - Entre las **indemnizaciones** que deberá abonar el Estado en concepto de **responsabilidad civil**, una vez fijadas en sentencia, incorpora el resarcimiento por **secuestro** (artículos 20.4 y 22 bis).
 - Prevé la posibilidad de que el Ministerio del Interior apruebe **anticipos y pagos a cuenta** de la percepción de la ayuda definitiva en aquellos supuestos especialmente graves por las lesiones sufridas (artículo 22 ter).
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142, de 1 de junio).
 - Establece las **normas mínimas** respecto a la información sobre los derechos de las **personas sospechosas o acusadas**, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad.
 - Recoge el deber y derecho de **información** sobre los **aspectos procesales** aplicables a toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad o aquellas objeto de la ejecución de una orden de detención europea.
 - Reconoce la necesidad de establecer **normas mínimas comunes** en el ámbito de la información en los procesos penales.
 - Aspira a promover el derecho a la **libertad**, a un **juicio justo** y a los derechos de **defensa**.
 - Contiene un **Anexo** con el **Modelo** indicativo de la declaración de derechos.

SEPTIEMBRE

- Real Decreto 1271/2012, de 31 de agosto, por el que se **modifica el Real Decreto 1398/1995, de 4 de agosto**, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados (BOE de 4 de agosto).
 - Sustituye la publicación del anuncio del sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados en los dos periódicos de mayor difusión provincial por la publicación de estas listas en las páginas web de la Oficina del Censo Electoral.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos*, Iustel, Madrid, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de sanciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al sistema de sanciones penales. Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

OLÁSOLO/CUENCA (Coord.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional (vol I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PÉREZ GONZÁLEZ (Dir.), *Lucha contra el terrorismo. Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*, Madrid, 2102.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

III. Monografías de parte general

BARRERA/PEREIRA, M., *Teoría del delito y praxis penal: aportes del normativismo*, B de F, Montevideo, etc., 2012.

GUÉREZ TRICARICO, P., *El tratamiento curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Civitas, Madrid, 2012.

PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

PUENTE ABA, L.M., *La pena de inhabilitación absoluta*, Comares, Granada, 21012.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Madrid, 2012.

TORRES FERNÁNDEZ, E., *La expulsión de extranjeros en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.

IV. Monografías de parte especial

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2012.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GUANES NICOLI, M., *El delito de conducción temeraria: análisis de la situación jurisprudencial*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2012.

HUERTA TOCILDO/PÉREZ MANZANO (Dir.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y de la integridad física y moral*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SOTO NIETO, F., *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2012.

V. Derecho penitenciario

FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2012.

FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2011.

MONTERO HERNANZ, T., *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, Madrid, 2012.

VI. Criminología

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, Madrid, 2012.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 6.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2 vols., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 20.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

II. Monografías

- BALAGUÉ DOMÉNECH, J., *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso administrativa y laboral*, Bosch, Barcelona, 2012.
- BAUTISTA SAMANIEGO, C. y BOYE TUSET, G., *Comentarios a la Ley de Extradición pasiva*, La Ley, Madrid, 2012
- BENAVENTE CHORRES, H., *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal. Concepto y modalidades*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
- BIBIANO GUILLÉN, A., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2012.
- CORDÓN AGUILAR, J.C., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. y SOLETO MUÑOZ, H. (dirs.), *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GUTIÉRREZ ZARZA, Á (coord.), *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal. Manual para jueces y fiscales europeos. Especial referencia al ordenamiento jurídico español*, La Ley, Madrid, 2012.
- MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y Justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P., *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica procesal. 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.

PÉREZ GIL, J., *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección integral de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROMERO SANTOS, L., GARCÍA RAMÍREZ, J. y GARCÍA GONZÁLEZ, F., *La técnica del interrogatorio*, 3.^a ed., Rasche, Madrid, 2012.

TARANILLA, R., *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

VELASCO SAN MARTÍN, C., *La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *Fiscal investigador contra juez instructor*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.

III. Otros

FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.J., *Estrategia de litigación eficaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ LÓPEZ, L.J., *Otrosí digo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

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@lexnova.es. 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.