

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 36

Revista de Derecho Penal

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 840-2000

ISSN 1576-9763

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

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 consecuente de la utilización o no 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, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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 edición digital 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

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO EICHMANN

Kai Ambos 9

LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA PARA ADULTOS

Juana del Carpio Delgado 21

CIBER-BULLYING O CIBERACOSO: EL OSCURO LADO CRIMINAL DE LAS REDES SOCIALES

Faustino Gudín 67

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

SUPUESTOS CONSTITUCIONALES QUE POSIBILITAN LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO

Juan José Hernández Domínguez 97

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 119

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 127

Sentencia 16/2012, de 13 de febrero: Quebrantamiento de medida cautelar. Acreditación 127

TRIBUNAL SUPREMO 129

Sentencia 1212/2011, de 15 de noviembre: Principio acusatorio. Delito contra la salud pública 129

Sentencia 1237/2011, de 23 de noviembre: Detenciones ilegales y torturas 132

Sentencia 1281/2011, de 28 de noviembre: Abono de prisión provisional 134

	Página
Sentencia 1284/2011, de 29 de noviembre: Condena en casación tras sentencia absolutoria. Límites	136
Sentencia 1308/2011, de 30 de noviembre: Intervenciones telefónicas	139
Sentencia 1325/2011, de 2 de diciembre: Entrada y registro	145
Sentencia 1312/2011, de 12 de diciembre: Tráfico de drogas	147
Sentencia 1386/2011, de 14 de diciembre: Concurso aparente de normas. Estafa y alzamiento de bienes	150
Sentencia 1397/2011, de 22 de diciembre: Declaración de coimputado	151
Sentencia 1423/2011, de 29 de diciembre: Condena en apelación. Administración fraudulenta y apropiación indebida	154
Sentencia 20/2012, de 24 de enero: Homicidio	161
Sentencia 64/2012, de 27 de enero: Homicidio. Comisión por omisión	164
Sentencia 72/2012, de 2 de febrero: Objeto del veredicto e instrucciones a los Jurados	166
Sentencia 80/2012, de 10 de febrero: Testimonio de menor en fase sumarial	168
Sentencia 91/2012, de 13 de febrero: Conducción sin permiso	170
Sentencia 127/2012, de 5 de marzo: Asistencia letrada	171
Sentencia 136/2012, de 6 de marzo: Circunstancia agravante de parentesco	174
Sentencia 145/2012, de 6 de marzo: Concurso real de delitos	176
Sentencia 124/2012, de 6 de marzo: Medidas de seguridad	179
Sentencia 186/2012, de 14 de marzo: Cohecho	181
AUDIENCIAS PROVINCIALES	185
Sentencia 3/2012, AP Madrid, de 13 de enero: Delito contra el medio ambiente y los recursos naturales. Prueba pericial. Absolución	185
Sentencia 65/2012, AP Madrid, de 13 de enero: Quebrantamiento de condena. Ate- nuante analógica. Consentimiento	187
Sentencia 1/2012, AP Las Palmas, de 16 de enero: Lesiones. Deformidad causada por quemaduras tras ser prendida fuego por el agresor	189
Sentencia 47/2012, AP Madrid, de 30 de enero: Lesiones imprudentes. Diagnóstico equivocado. Enfermedad inexistente e intervención innecesaria	191
Sentencia 1/2012, AP Guadalajara, de 2 de febrero: Detención ilegal y lesiones. Declaración testifical de coimputado	192
Sentencia 15/2012, AP Madrid, de 3 de febrero: Tráfico de drogas y falsedad docu- mental. Cadena de custodia. Tentativa	193

	Página
Sentencia 2/2012, AP Cuenca, de 6 de febrero: Apropiación indebida. Delito continuado. Apropiación de dinero entregado para compraventa de viviendas	195
Sentencia 5/2012, AP La Coruña, de 6 de febrero: Determinación coactiva a la prostitución	196
Sentencia 8/2012, AP Pontevedra, de 6 de febrero: Homicidio. Tentativa. Incorporación a la causa de declaración de testigo fallecido	197
Sentencia 10/2012, AP Zamora, de 6 de febrero: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruido emitido por un establecimiento hostelero	199
Sentencia 29/2012, Las Palmas, de 9 de febrero: Tráfico de drogas. Reincidencia. Intervenciones telefónicas	200
Sentencia 113/2012, AP Madrid, de 9 de febrero: Violencia de género. Amenazas y vejaciones injustas. Quebrantamiento de condena	202
Sentencia 49/2012, AP Valladolid, de 13 de febrero: Estafa continuada. Delito continuado	204
Sentencia 141/2012, AP Barcelona, de 14 de febrero: Tráfico de drogas. Sustancias que causan grave daño a la salud. Secreto de las comunicaciones	205
Sentencia 58/2012, AP Cáceres, de 16 de febrero: Violencia de género. Amenazas y vejaciones injustas. Parentesco	206
Sentencia 16/2012, AP Madrid, de 16 de febrero: Tráfico de drogas. Transporte y distribución de cocaína en cantidad de notoria importancia	208
Sentencia 58/2012, AP Valladolid, de 21 de febrero: Robo con fuerza en las cosas. Menor de edad	209
Auto AP Valladolid de 24 de febrero de 2012: Liquidación de condena. Aplicación de la «Doctrina Parot»	210
Sentencia 317/2012, AP Madrid, de 27 de febrero: Lesiones. Modalidades agravadas por el resultado lesivo y por las circunstancias. Deformidad. Reincidencia y legítima defensa	212
Sentencia 91/2012, AP Orense, de 27 de febrero: Agresión sexual. Violencia e intimidación. Circunstancias modificativas de la responsabilidad	214
Sentencia 16/2012, AP Soria, de 27 de febrero: Delito continuado de estafa. Estafa informática. Dilaciones indebidas	215
Sentencia 56/2012, AP Murcia, de 28 de febrero: Delitos contra la propiedad industrial. Receptación. Burdas falsificaciones de productos «de marca»	217
Sentencia 90/2012, AP Madrid, de 1 de marzo: Homicidio. Tentativa. Apuñalamiento	218
Sentencia 9/2012, AP La Coruña, de 7 de marzo: Asesinato. Legítima defensa y miedo insuperable	220
Sentencia 79/2012, AP Zaragoza, de 8 de marzo: Homicidio por imprudencia. Accidente de tráfico	221

Sentencia 111/2012, AP Madrid, de 15 de marzo: Prevaricación y malversación de caudales públicos. Falta de prueba	223
Sentencia 18/2012, AP Palma de Mallorca, de 19 de marzo: Malversación de caudales públicos y tráfico de influencias	224

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	229
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	233
DERECHO PROCESAL PENAL	235
RECENSIÓN A LA MONOGRAFÍA: ARMENTA DEU, T., <i>LA PRUEBA ILÍCITA (UN ESTUDIO COMPARADO)</i> <i>Elena Martínez</i>	239

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO EICHMANN^(*)

KAI AMBOS

*Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
Universidad Georg August de Göttingen*

RESUMEN

Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann

En este artículo, el autor analiza el proceso contra Adolf Eichmann ante la Corte del Distrito de Jerusalén, planteando tres tesis. En primer lugar, el proceso de Eichmann puede ser abordado de manera diferente, dependiendo de la perspectiva de un «insider» (vinculado al ámbito jurídico-procesal) o de un «outsider» (de las ciencias sociales o de la antropología). En segundo lugar, el Estado de Israel —recién fundado en el momento del proceso— fue capaz de garantizar un juicio justo (*fair trial*), aunque en circunstancias similares (juzgando casos de macrocriminalidad) otros Estados han sido incapaces de hacerlo. En tercer lugar, y ante todo lo más importante, la sentencia no es del todo convincente en cuanto a la aplicación de la ley, en particular con respecto a los modos de la responsabilidad.

Palabras clave: Derecho penal internacional, parte general del Derecho penal, Núremberg, el proceso Eichmann.

ABSTRACT

Some reflections on the Eichmann case

In this paper the author discusses the trial of Adolf Eichmann before the Jerusalem District Court, putting forward three theses. First, the Eichmann trial may be approached differently depending on an insider (legal) or outsider (social science/anthropological) perspective. Second, the, at the time of the trial, recently founded State of Israel was able to guarantee a fair trial, although in similar circumstances (adjudicating events of macro-criminality) other States have been and are unable to do so. Third and most importantly, however, the judgment is not entirely convincing as regards the application of the law, in particular with regard to the modes of responsibility.

Key Words: International criminal law, general part of criminal law, Nuremberg, Eichmann process.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. *OUTSIDERS VS. INSIDERS* Y JUICIO JUSTO.

II. EL TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICADA A EICHMANN: AUTOR PRINCIPAL, CÓMPLICE U ¿OTRA FIGURA DE IMPUTACIÓN MÁS?

(*) Traducción realizada del inglés y portugués por Diego F. TARAPUÉS SANDINO (Colombia) y María Cecilia DÓMINE (Uruguay), estudiantes de LLM y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará principalmente en algunas cuestiones jurídicas del proceso contra Eichmann, basándose en trabajos anteriores⁽¹⁾ y presentando tres tesis. *La primera tesis* —en la única que me referiré al libro de Hannah ARENDT— es que en el proceso Eichmann vimos por primera vez, al menos explícitamente en este tipo de casos de macrocriminalidad⁽²⁾, un enfrentamiento entre los actores jurídicos, los «*insiders*» (es decir: el fiscal, el juez y la defensa) y los observadores externos, los «*outsiders*» (por ejemplo: los historiadores, antropólogos, etc.). *La segunda tesis* es que el Estado de Israel, en ese entonces recién fundado, demostró en el caso Eichmann que era capaz de llevar a cabo un proceso justo (*fair trial*), en circunstancias en que otros Estados fueron incapaces de hacerlo. Debemos recordar que Eichmann no era un criminal ordinario, de hecho había sido el organizador del Holocausto. *La tercera tesis* que me gustaría plantear es que en el campo de la autoría y la participación, la sentencia es bastante confusa con respecto a la responsabilidad de Eichmann en relación a su participación en la empresa criminal de la «Solución Final».

I. OUTSIDERS VS. INSIDERS Y JUICIO JUSTO

No hay mucho que decir acerca de mis dos primeras tesis, ya que ambas son bastante evidentes. *La primera tesis* puede ser comprobada mediante el análisis de los testimonios de los operadores judiciales del proceso, los cuales aún están vivos. En efecto, en una entrevista reciente⁽³⁾ Gabriel BACH, el fiscal israelí del proceso, declaró:

«Yo no sabía nada de Hannah Arendt antes de que ella llegara. Llegó unos días antes del proceso, y me dijeron: es una filósofa llegada de Estados Unidos. Hannah Arendt, quiere escribir algo en contra del proceso (antes de que comenzara). Eso fue un poco raro para mí, y le he dicho que estoy dispuesto a encontrarme con ella y que podíamos hablar sobre los problemas que ella pudiera tener. Después de dos días recibí la respuesta: ella no estaba dispuesta a hablar con nadie de la fiscalía. Nuevamente me sorprendió, quiero decir, no debe aceptar lo que decimos, pero que no estaba dispuesto a hablar con nadie de la fiscalía, era algo extraño. Sin embargo, a continuación di instrucciones, para que no solamente pudiera estar presente todos los días, sino también para que pudiera consultar todos los documentos, tanto de la defensa como de la acusación, de tal modo que pudiera formarse una idea sobre cualquier problema que pudiera llegar a tener.

(1) Cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, en particular p. 182 ss. También hay una versión resumida y actualizada en español: *La parte general del derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, reimpr. Temis, Bogotá, 2006, p. 216 ss.; y en Portugués: *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 250 ss.

(2) Véase el concepto de macrocriminalidad en JÄGER, H., *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

(3) Los extractos son una traducción del alemán de una entrevista dada por BACH en Deutschlandradio Kultur, 7-4-2011, disponible en <<http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1431281/>> (consultado el 24-1-2012).

Y luego escribió este libro. [...] Que ha expresado no sólo ideas extrañas, y en realidad muchos de los documentos que se citan, [...] se han tergiversado por completo. [...] Entre otras cosas, escribió, por ejemplo, que retratamos a Eichmann de una manera muy oscura, lo que reduciría la culpa de Hitler y Himmler. Ella escribe esto en aquel libro. Por supuesto, algo ridículo. Es claro que Hitler y Himmler eran culpables, ellos fueron los que concibieron la idea. Eichmann fue el responsable de la ejecución. Pero el hecho de que él fuera tan fanático y de que por esta misma razón se le mantuviera durante todo ese tiempo como responsable de la sección judía, no reduce la culpa de aquellos que tomaron anteriormente las decisiones principales.

Todas estas cosas son realmente muy extrañas y difícilmente pueden ser aceptadas. [...] Es absolutamente erróneo afirmar que él sólo cumplía o ejecutaba órdenes simplemente de manera banal. Nosotros conseguimos demostrarlo realmente en este proceso».

Parece entonces que Hannah ARENDT no quería saber (ni mucho menos entender) la perspectiva de los operadores judiciales. Según este último, representado por BACH, Hannah Arendt hizo un retrato errado del juicio, incluso distorsionando la «verdad» del juicio. Este enfoque ha sido igualmente objeto de crítica en un libro publicado dos años después del fallo⁽⁴⁾.

Obviamente esto es sólo una parte de la verdad. De hecho, el punto de vista estrictamente jurídico no era de interés para Hannah Arendt. Ella trata de comprender el fenómeno Eichmann como «banalidad del mal», es decir, como un representante del sistema nazi que sólo pudo existir y funcionar debido a la existencia de muchas personas banales, tan mediocres como el propio Eichmann, que formaban el engranaje del sistema e incluso se habían convertido en piezas imprescindibles en la maquinaria de destrucción nazi⁽⁵⁾. Evidentemente, la crítica de Hannah Arendt fue causa de mucha inquietud entre los fiscales, pero es importante reconocer las diferencias de perspectiva. En este sentido, su punto de vista proviene de afuera del proceso (*outsider*) y, además, no se centró en las cuestiones técnicas (los asuntos penales del proceso), sino que se enfocó sólo en los aspectos sociológicos, psicológicos y antropológicos. Ambas perspectivas son legítimas y cumplen funciones importantes, aunque diferentes. Las dos perspectivas reflejan la tensión entre la visión externa interdisciplinaria, y la visión jurídica interna de un tribunal penal, que sólo trata de determinar si el acusado es o no culpable⁽⁶⁾. En cuanto a *mi segunda tesis*, vale la pena recordar que el Estado de Israel ha demostrado una gran independencia en el caso Eichmann, lo que garantiza que Eichmann tuvo un juicio justo⁽⁷⁾. A Eichmann se le permitió elegir a cualquier abogado (alemán) que él quisiera,

(4) Cfr. ROBINSON, J., *And the crooked shall be made straight: The Eichmann Trial, the Jewish catastrophe and Hannah Arendt's narrative*, MacMillan, Nueva York, 1965.

(5) Para una defensa de Arendt y un análisis de la expresión «banality of evil», véase recientemente LUBAN, D., «Hannah Arendt as a theorist of international criminal law», *International Criminal Law Review*, 11 (2011), p. 621 ss. (621), que establece que la crítica a Arendt «raises questions that are still relevant today».

(6) Véase recientemente BIRN, R., «Criminals as manipulative witnesses: A case study of SS General von dem Bach-Zelewski», *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 9 (2011), p. 444 ss., que alude a la «[] inherent tension between historical narratives and legal requirements» (p. 474).

(7) Sobre la detención de Eichmann en Buenos Aires y la reparación posterior de la violación de la soberanía argentina, cfr. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 190. Sobre la doctrina de *male captus, bene detentus*, que es

fuera nazi o no⁽⁸⁾. El propio Fiscal Bach recordó que en su primer encuentro con Eichmann le informó de su derecho a guardar silencio y a tener un abogado⁽⁹⁾. Existe un amplio consenso en la gran cantidad de literatura jurídica sobre el proceso (especialmente en inglés y alemán) sobre que Eichmann tuvo un juicio justo⁽¹⁰⁾. Esto no puede ser sobreestimado, dado el hecho de que en estos casos siempre existe el peligro de que a los acusados se les prive de sus derechos más básicos y se les aplique un Derecho penal del enemigo⁽¹¹⁾.

II. EL TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICADA A EICHMANN: AUTOR PRINCIPAL, CÓMPLICE U ¿OTRA FIGURA DE IMPUTACIÓN MÁS?

La *fairness* del proceso también puede demostrarse por medio de las teorías de la parte general aplicadas para fundamentar la imputación del holocausto nazi a Eichmann. Desafortunadamente, esta parte de la sentencia —y esta es mi *tercera tesis*— es bastante confusa.

En primer lugar, la Corte de Jerusalén no consideró suficiente, para fundamentar la responsabilidad penal de Eichmann, el hecho de que éste había pertenecido a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg⁽¹²⁾, es decir, rechazó la responsabilidad por la mera pertenencia. Recordemos que Eichmann era el jefe de la sección IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), una oficina que resultó de la fusión de los servicios de seguridad del partido nazi y de la policía de seguridad del Estado nazi (*Gestapo*). En el ejercicio de esta función, Eichmann organizó y coordinó la deportación de los judíos a los campos de concentración. No obstante, la Corte consideró que fue necesario para Eichmann haber actuado con miras a la comisión de delitos, es decir, que había tomado una conducta activa más allá de la mera pertenencia a una organización criminal⁽¹³⁾.

relevante en este contexto, cfr. PAULUSSEN, C., *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Antwerp, Intersentia, 2010.

(8) Eichmann fue defendido por el Dr. Robert Servatius (cfr. TAYLOR, T., *Die Nürnberger Prozesse*, 2.ª ed., Heyne, Munich, 1996, p. 496; GROßE, C., *Der Eichmann-Prozess zwischen Politik und Recht*, M. Lange, Frankfurt, 1995, p. 22.

(9) En la versión completa de la entrevista, la cual no es reproducida en la website anteriormente indicada.

(10) Ver las referencias en AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., en nota al pie núm. 110.

(11) Este fenómeno se discute exhaustivamente en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid / BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, que incluye un artículo mío en el volumen I, pp. 119-162.

(12) Eichmann fue un miembro del SS (*Schutzstaffel*), del SD (*Sicherheitsdienst*) y de la Gestapo, todas declaradas como organizaciones criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. El cuerpo de dirección política del partido nazi (*Korps der Politischen Leiter der NSDAP*) también fue declarado como organización criminal. El SA (*Sturmabteilung*), el gobierno del imperio y la junta militar bajo el alto comando de Wehrmacht no fueron considerados como criminales (*Internationaler Militärgerichtshof, Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Gerichtshof Nürnberg, Nürnberg: Internationaler Militärgerichtshof*, 1947, volumen 1, pp. 286-314).

(13) En este sentido, el fallo señala: «The Prosecution had to prove the Accused's membership in these organizations —and this membership is not in dispute— and in addition that the Accused **took part in the commission of crimes**, as a member of these organizations —and this **has been proved**—». Cfr. «District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961», *International Law Reports*, 36, pp. 5-276, párrafo 215 (énfasis del autor).

Con esta declaración, la Corte adoptó un enfoque mucho más garantista que el Derecho penal de la mayoría de las democracias occidentales, en donde se tipifica como delito la mera pertenencia a organizaciones criminales o terroristas⁽¹⁴⁾. De hecho, en términos generales, el Derecho penal israelí tipifica como delito también la pertenencia por medio de cuatro delitos con variaciones en su denominación, en la carga de la prueba y en las sanciones⁽¹⁵⁾.

El segundo aspecto significativo que demuestra que el juicio fue justo (*fair trial*) se relaciona con el tema de la *conspiracy*. Aquí hay que tener en cuenta el hecho de que el Derecho penal israelí está fuertemente influenciado por el *common law* inglés⁽¹⁶⁾ y que los conceptos de Derecho penal de la Europa continental adquirieron cierta importancia sólo después del juicio de Eichmann⁽¹⁷⁾. La influencia del Derecho inglés explica por qué la fiscalía utilizó el concepto del *common law* de la *conspiracy* en el caso contra Eichmann. Sin embargo, la Corte rechazó este concepto, por razones de prueba, y aplicó un concepto bastante estrecho de *conspiracy* exigiendo «más que el mero consentimiento»⁽¹⁸⁾.

Esto nos conduce al punto de la responsabilidad individual utilizado realmente por la Corte para condenar a Eichmann, es decir, la autoría de Eichmann o la participación (secundaria) en los hechos criminales. Para empezar, tenemos un problema terminológico aquí. Dado que el fallo fue escrito originalmente en la lengua oficial del Estado de Israel, el hebreo, y ya que muy pocas personas pueden leer en hebreo, la gran mayoría de los

(14) Véase el estudio profundo de MOROZINIS, I., *Dogmatik der Organisationsdelikte: eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

(15) Los delitos se encuentran en las secciones 58 y 85 del (*Emergency*) *Defence Regulations* 1945, sección 3 de la *Prevention of Terrorism Ordinance No. 3 of 5708-1948*, y sección 147 del Código Penal israelí de 1977. La Corte Militar israelí de apelaciones interpreta la «pertenencia» incluyendo la pertenencia nominal-pasiva (*Appeal no. 768 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection [of the Military Court of Appeal] 2, 62, at 67 [1968]*). Además, se resolvió que la mera intención de unirse a una organización ilegal es suficiente para la condena (*Appeal no. 870 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection 3, 7, at 30 [1970]*). Recientemente, la Corte Suprema de Israel ha interpretado «la pertenencia a una organización terrorista» en el contexto de la detención preventiva de los «combatientes ilegales». La Corte hizo un esfuerzo para limitar el alcance de este término, señalando que «it is insufficient to show any tenuous connection with a terrorist organization in order to be included within the cycle of hostilities in the broad meaning of this concept» (CrimA 6659/06 A. v. The State of Israel, 11 June 2008, para. 21 of Justice Beinisch's judgement).

(16) Cfr. «District Court of Jerusalem», *cit.*, parágrafo 189: «[...] in conformity with the rules of English Common Law, from which they are derived [...]».

(17) Esto se debió principalmente a Sheneor ZALMAN FELLER, un judío de origen rumano, jurista en la práctica y profesor en Bucarest, que había emigrado a Israel en 1964 y se convirtió en profesor de la Hebrew University (HU) en 1967. Él introdujo algunos conceptos originarios del Derecho rumano y soviético (puesto que ejerció también como fiscal en la Unión Soviética) y fue supervisor de doctorado de Mordeachi KREMNITZER y Miri GUR ARYE, que más tarde se convirtieron en profesores de la HU y que fueron muy influyentes en algunas reformas legales (agradezco al profesor Mir Gur Arye por compartir esta información conmigo).

(18) En este sentido, el fallo señala: «We do not consider that a person who consents to the perpetration of a criminal act or acts (for this is the essence of the conspiracy), makes himself ipso facto liable, without any additional ground of responsibility, as actual perpetrator of all those acts [...]. Such responsibility demands [...] something more than mere consent, such as soliciting, aiding, abetting, and even in the extreme case of common purpose [...] at least the presence of the Accused at the commission of the crime». Cfr. «District Court of Jerusalem», *cit.*, parágrafo 188.

analistas se han basado en la versión en inglés⁽¹⁹⁾ o en otra versión traducida⁽²⁰⁾. Esto puede ayudar a explicar la confusión terminológica de esta parte de la sentencia con relación al modo de responsabilidad (forma de comisión o participación secundaria). La Corte utiliza palabras diferentes que son inconsistentes y contradictorias: por un lado, se dice que Eichmann es un cómplice⁽²¹⁾. En este sentido, tendemos a pensar en el concepto de «cómplice» que existe en la Europa continental. Sin embargo, en el *common law* y en el Derecho inglés *complicity* puede implicar más que la mera asistencia o cooperación en el delito principal como normalmente se entiende en la mayoría de los sistemas del *civil law*⁽²²⁾. El término *accomplice* también puede entenderse en el sentido de un coautor, el cual es una persona que actúa «con otro» [art. 25 (3) (a) Estatuto de la CPI], o como el «colaborador necesario» del Derecho penal español⁽²³⁾.

El fallo también habla del *principal offender*⁽²⁴⁾ —en terminología clásica del *common law*, *principal of first degree*— que en los sistemas del *civil law* sería el autor material o directo que comete el delito —en el sentido más estricto— con sus propias manos. Sin embargo, en el *common law* se utiliza el término *principal* solamente en contraposición al *secondary participant*, es decir, la persona que desempeña un papel menos importante en la ejecución del delito. Aquí queda también claro que la Corte no adopta el modelo diferenciado o dualista de participación (*Differenzierungsmodell*), el cual distingue entre las diferentes formas de participación en el nivel de atribución de responsabilidad —como, por lo menos terminológicamente, en el art. 25 (3) del Estatuto de la CPI⁽²⁵⁾, es decir, distinción entre formas de autoría [directa, con otro o por conducto de otro] y formas de participación

(19) Originalmente publicada en el *International Law Reports* (cit.).

(20) Hay una versión alemana en LESS, A.W. (org.), *Schuldig: das Urteil gegen Adolf Eichmann*, Athenäum, Frankfurt, 1987.

(21) «District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961» (cit.), parágrafo 194: «[...] everyone who acted in the extermination of Jews, knowing about the plan for the Final Solution and its advancement, is to be regarded as an accomplice in the annihilation of the millions who were exterminated [...]».

(22) Si bien ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 6.ª ed., OUP, Oxford, 2009, p. 404 ss., parece entender «complicity» en el sentido de complicidad o en otras formas de participación secundaria («principal is a person whose acts fall within the legal definition of the crime, whereas an accomplice is anyone who aids, abets, counsels, or procures a principal. [...] Two persons can be co-principals, so long as together they satisfy the definition of the substantive offence and each of them inflicted wounds on the victim with the required fault, for example»), ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13.ª ed., OUP, Oxford, 2011, p. 190 s., no hace una distinción tan clara («The distinction between a joint principal and an aider or abettor is sometimes a fine one. [...] the test would be: did D2 by his own act contribute to the causation of the actus reus? If he did, he is a principal»).

(23) De conformidad con el artículo 28 (2) del Código Penal español, «[l]os que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» también se califican como autores. Véase, recientemente a favor de una introducción en Alemania, DÍAZ Y GARCÍA, M., «Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 158, (2011), pp. 259, 282 ss.

(24) «District Court of Jerusalem», cit., parágrafo 194: «His responsibility is that of a “principal offender” who perpetrated the entire crime in co-operation with the others». Aquí la Corte compara este tipo de responsabilidad con la responsabilidad de dos personas que colaboran en la falsificación de un documento (*ibid.*: «Two persons may collaborate in the forging of a document, each one of them forging only a part of the document»).

(25) Véase sobre las diferentes formas de participación del art. 25 (3) del Estatuto de la CPI, AMBOS, K., «Article 25», en O. Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the ICC*, 2.ª ed., 2008, 743 ss.

secundaria [instigación y complicidad]—⁽²⁶⁾, sino que utiliza el sistema unitario de autor (*Einheitstätermode*l)⁽²⁷⁾, el cual considera cualquier contribución causal para el resultado criminal sin importar la forma específica de coparticipación⁽²⁸⁾.

La cuestión de la forma correcta y precisa de imputación de la responsabilidad es particularmente relevante, dado el hecho de que Claus ROXIN desarrolló la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) alrededor de la misma época en que tuvo lugar el juicio de Eichmann (en la década de 1960), tomando los hechos del caso como un ejemplo. Sin embargo, el Tribunal de Jerusalén no hizo uso de esta teoría. De hecho, no se podía tener tan siquiera conocimiento sobre ésta, ya que el trabajo de Roxin sólo se publicó con posterioridad al juicio (en 1963)⁽²⁹⁾. En su lugar, la responsabilidad de Eichmann fue determinada con relación a su participación en la «Solución Final», es decir, cualquier tipo de participación, independientemente de su forma concreta (bien sea un tipo de autoría o una forma de participación secundaria), fue considerada suficiente. En efecto, aunque se rechazó un tipo puro de responsabilidad organizacional o colectiva, el punto de referencia fue la empresa colectiva de la «Solución Final». Lo anterior se deduce a partir de dos consideraciones. Por un lado, ello se puede inferir a través de las diversas referencias a la «Solución Final» en el fallo⁽³⁰⁾. Por otro lado, el juicio se refiere al aparato organizado de poder nazi en el que Eichmann participó deliberadamente⁽³¹⁾. Finalmente, Eichmann es considerado como responsable

(26) Una forma de participación adicional es el ya mencionado (*supra* nota 23) «colaborador necesario» del Derecho penal español.

(27) «District Court of Jerusalem», *cit.*, parágrafo 197: «[...] we wish to emphasize that in any case the Accused is regarded as committing the crime itself [...] whether he committed an act in order to facilitate or to aid another in carrying out the extermination [...], or whether he counselled or solicited others to exterminate [...]».

(28) En cuanto a los diferentes tipos de autor unitario, véase el trabajo reciente de ROTSCH, T., «*Einheitstäterschaft* statt *Tatherrschaft*», Mohr Siebeck, Tubinga, 2009, p. 131 ss. y *passim*.

(29) ROXIN publicó su artículo fundamental sobre «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en GA, 110 (1963), pp. 193-207 (para una versión al inglés, véase «Crimes as Part of Organized Power Structures», JICJ 9 [2011], pp. 191-205). Obviamente, él ya había trabajado sobre el artículo antes y por eso el desarrollo de su teoría fue efectivamente paralelo al juicio de Eichmann, que finalizó con el fallo del 12 de diciembre de 1961. La primera edición del trabajo de ROXIN para su *Habilitation* (*Täterschaft und Tatherrschaft*), en la cual la teoría del dominio del hecho fue en términos generales más desarrollada se publicó en 1963 (8.ª ed. del 2006); sobre la «Organisationsherrschaftslehre», véase p. 242 ss. de aquel libro.

(30) Por ejemplo: «[...] all the acts perpetrated during the implementation of the Final Solution of the Jewish Question are to be regarded as one single whole, and the Accused's criminal responsibility is to be decided upon accordingly [...]», «District Court of Jerusalem», *cit.*, parágrafo 190. «Hence, the Accused will be convicted (if no justification for his acts are found) of the general crime of the "Final Solution" in all its forms, as an accomplice to the commission of the crime, and his conviction will extend to all the many acts forming part of that crime, both the acts in which he took an active part in his own sector and the acts committed by his accomplices to the crime in other sectors on the same front», *ibid.*, parágrafo 195.

(31) En este sentido, el fallo señala: «It was therefore clear from the outset that a complicated apparatus was required to carry out the task. Everyone who was let into the secret of the extermination, from a certain rank upwards, was aware, too, that such an apparatus existed and that it was functioning, although not everyone of them knew how each part of the machine operated, with what means, at what pace, and not even at which place. Hence, the extermination campaign was one single comprehensive act, which cannot be divided into acts or operations carried out by various people at various times and in different places. One team of people accomplished it jointly at all times and in all places», *ibid.*, parágrafo 193.

al igual que cualquier persona que a sabiendas participó en la empresa criminal nazi del Holocausto⁽³²⁾.

Por lo tanto, podemos concluir que la Corte argumentó básicamente que aquel tipo de macro-crímenes en cuestión deben ser tratados de acuerdo con su naturaleza específica. La estructura ordinaria de las formas individuales de imputación (distinción entre autoría y participación) no refleja adecuadamente esta naturaleza específica, es decir, no sirve en este contexto, ya que ignora la relación especial entre la criminalidad sistémica y la individual en un contexto macro-criminal. Si bien está claro que el Derecho penal internacional debe preocuparse principalmente de la macrocriminalidad y que al Derecho penal nacional normalmente le concierne lo referente a la delincuencia individual y común, los límites entre los niveles sistémico e individual no son siempre claros. Mientras que el Derecho penal nacional, ordinariamente, en cualquier nivel y de cualquier forma, siempre apunta al autor individual, es claro que el Derecho penal internacional no puede ignorar los trasfondos políticos, sociales, económicos y culturales de los sucesos criminales (*the crime base*). Por lo tanto, va mucho más allá del establecimiento de la mera responsabilidad individual. También parece claro que los niveles individual y sistémico no son mutuamente excluyentes, sino que más bien se complementan entre sí; un enfoque parcial sobre el uno o sobre el otro no permitiría tomar completamente en cuenta las complejidades de la macrocriminalidad.

Si bien Eichmann fue condenado en últimas como un *principal offender*, con base en sus diversos actos de apoyo y colaboración en la «Solución Final», la Corte argumentó en favor de un tipo de responsabilidad colectiva o de organización. De hecho, el razonamiento de la Corte nos recuerda el concepto de empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), que ha experimentado una especie de resurgimiento en el *case law* de los Tribunales *ad hoc* de la ONU, especialmente en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia («ICTY»)⁽³³⁾. Sin embargo, no se debe olvidar que este concepto ha

(32) En este sentido, el fallo señala: «But more important than that: In such an enormous and complicated crime as the one we are now considering [the final solution, K.A.], wherein many people participated at various levels and in various modes of activity —the planners, the organizers and those executing the acts, according to their various ranks— there is not much point in using the ordinary concepts of counselling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals were close to, or remote from, the actual killer of the victim, means nothing as far as the measure of his responsibility is concerned. On the contrary, in general, the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command, the “counsellors” in the language of our Law. As regards the victims who did not die but were placed in living conditions calculated to bring about their physical destruction, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who forced them to work there», *ibid.*, párrafo 197 (énfasis del autor); «[...] even if we view each sector of the implementation of the Final Solution separately, there was not one sector wherein the Accused did not act in one way or another, with a varying degree of intensiveness, so that this alternative way would also lead us to find him guilty all along the front of extermination activities», *ibid.*, párrafo 198.

(33) La doctrina de la *joint criminal enterprise* (*jce*) fue introducida por primera vez en el caso *Tadic*, Appeals Chamber Judgment, 15-7-1999 (IT-94-I-A), párrafo 172 ss.; recientemente, véase *Prosecutor v. Gotovina et al.*, Trial Judgment 15-4-2011 (IT-06-90-T), párrafo 1950 ss.; cfr. AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2011, § 7, números marginales (nm.) 30-31, con referencias a la jurisprudencia y al *case law*.

sido muy criticado en la doctrina⁽³⁴⁾ y es aún rechazado por la Corte Penal Internacional⁽³⁵⁾.

Volviendo al concepto de dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*), la cuestión central sigue siendo —y este tema no fue analizado en el juicio contra Eichmann— si una persona como Eichmann, perteneciente a un régimen intermedio, en el nivel organizacional, puede tener dominio del hecho en el significado de esta teoría. A este respecto, ya había dicho anteriormente en mi trabajo de *Habilitation* que:

«(...) Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como junta o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto por medio de y sobre el aparato organizado de poder que de él depende. Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal «perturbación» es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como Eichmann: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo (...)»⁽³⁶⁾.

«(...) Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan “sin perturbación alguna”. Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales (“los generales”) que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno (...)»⁽³⁷⁾.

«(...) Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización dentro del

(34) Cfr. AMBOS, K., «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility», *JICJ*, t. 5 (2007), pp. 159-183; (versión en español en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2.ª época, t. 19, 2007, pp. 39-78); véase también AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, *supra* nota 33, § 7, nm. 32, con más referencias.

(35) Cfr. *Lubanga Decision on the Confirmation of Charges*, ICC 01/04-01/06, Jan 27, 2007, para. 329, 334-335 (discutiendo sobre la *jce* bajo el «enfoque subjetivo» y rechazándola); véase también *Mbarushimana Decision on the Confirmation of Charges*, ICC 01/04-01/10, Dec 16, 2011, para. 280-2 (refiriendo a la *jce* y declarando en términos generales que las formas de responsabilidad admitidas por la ICTY no pueden ser aplicadas automáticamente ante la Corte Penal Internacional, sin embargo aplicando el estándar de «contribución significativa» a la *jce*).

(36) AMBOS, K., *Parte General*, *cit.*, p. 231 (notas de pie de página omitidas).

(37) *Ibid.*, p. 232

aparato a lo sumo respecto de sus subordinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo sumo una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “Solución Final”. Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß (...)»⁽³⁸⁾.

En un artículo más reciente de mi autoría, en conmemoración del cumpleaños número ochenta de Claus ROXIN (celebrado el 15 de mayo de 2011), escribí lo siguiente:

«Cuando, en cambio, se coloca a esto último en el centro de la imputación penal y se comprende el dominio de la organización como dominio sobre o a través de la organización (en su conjunto), un dominio parcial como en la relación que se da entre los destinatarios de las órdenes y los que las emiten en las posiciones intermedias no puede ser suficiente para la fundamentación del dominio de la organización. Los intervinientes con “dominio parcial” en la macrocriminalidad que a la vez reciben e imparten órdenes son (en todo caso) coautores. El eventual déficit de equiparación de rango con relación a los destinatarios de sus órdenes (quienes podrán ser autores directos) debe verse como su déficit de dominio frente a la cúspide de la organización dado que ello es lo que impide en última instancia su dominio (total) de la organización. Únicamente sucederá otra cosa, esto es, un dominio de la organización de estas personas en el sentido aquí establecido (sobre la organización en conjunto) si lo relacionamos con un sistema criminal complejo dentro del cual varias sub-organizaciones u organizaciones subordinadas intervienen de manera independiente y que, por lo tanto, también pueden ser dominadas autónomamente»⁽³⁹⁾.

En cualquier caso, parece evidente —y aquí la Corte de Jerusalén acertó— que las formas comunes de autoría y participación no pueden sencillamente aplicarse a los actos cometidos en el contexto macro-criminal. Como esta criminalidad se caracteriza por una combinación de estructuras individuales y colectivas de imputación⁽⁴⁰⁾ y, además de esto,

(38) *Ibid.*, p. 232. Véase también un trabajo anterior de mi autoría, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate - Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze», *GA* 145 (1998), pp. 226-245 (versión en español, *inter alia*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2.ª parte, t. 3, 1999, pp. 133-165), en donde (p. 238) me abstengo de ir «más allá del empleado intermedio a la Eichmann». Para un análisis de la reciente aplicación de la doctrina respecto al ex presidente peruano Alberto Fujimori, véase AMBOS, K., «The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus», *JICJ* 9 (2011), 137-158; en castellano: «El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho), 3.ª época, núm. 5 (2011), 229-272; ver también AMBOS/MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara), 2010.

(39) AMBOS, K., «Sobre la “organización” en el dominio de la organización», *InDret (Revista para el análisis del derecho)* 3/2011 (julio de 2011), <www.indret.com> (la versión original en alemán se publicó en SCHÜNEMANN, B., et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlín, 2011, 837-852 (851).

(40) *Cfr.* AMBOS, K., *cit.*, § 7, nm. 10 ss.

por una organización que planifica, coordina y que finalmente lleva a cabo los actos criminales, debemos colocar a esta última en el centro de nuestras atenciones. Como lo sostuve en el libro homenaje a Roxin:

«El aparato organizado de poder como “sistema de injusto compuesto” es —en el sentido de la dicotomía de Lampe— al mismo tiempo parte y motor del “injusto del sistema”. De este modo, se encuentra en el centro de la imputación penal y “colectiviza” —propiamente en el sentido de la ya reconocida doble imputación (colectiva-individual) del Derecho penal internacional (principio de imputación del hecho colectivo: “*Zurechnungsprinzip Gesamttat*”)— la perspectiva clásica individual del Derecho penal. El vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema, aquella actúa, a través del aparato, conjuntamente con los autores inmediatos para la consecución del fin organizativo supraindividual al cual se hallan subordinados en última instancia todos los miembros de la organización»⁽⁴¹⁾.

Puede así surgir una nueva perspectiva sobre la *Organisationsherrschaft*. La cuestión central que se debe explorar más a fondo radica en si esta forma de imputación puede incluirse en el sistema ordinario de imputación de la responsabilidad como un tipo de autoría mediata, o si debe ser concebida de manera autónoma, como una forma independiente de imputación para ser aplicada en casos de macrocriminalidad.

(41) AMBOS, K., *cit.*, pp. 13-14 (en la versión original en alemán, pp. 847-848, notas de pie de página omitidas).

LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA PARA ADULTOS⁽¹⁾

JUANA DEL CARPIO DELGADO

*Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide*

RESUMEN

La medida de libertad vigilada para adultos

Una de las principales novedades de la reforma de 2010 del Código penal es la introducción de la libertad vigilada como una medida de seguridad susceptible de ser impuesta a determinados sujetos imputables cuando hayan sido condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo. En este sentido, la LO 5/2010, de 22 de junio, modifica el art. 96.3 Cp para incluir dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad una «nueva» medida denominada libertad vigilada, en la que se engloban muchas de las medidas de seguridad que se encontraban previstas en los arts. 96.3 y 105 Cp. Como veremos a lo largo del desarrollo de este trabajo, según el ámbito de aplicación subjetivo o de los destinatarios, la libertad vigilada está prevista para dos grupos de supuestos: para los declarados inimputables o semiimputables y para los sujetos imputables. En el primer caso estamos ante la libertad vigilada ordinaria, y en el segundo ante la modalidad postpenitenciaria cuya ejecución debe ser con posterioridad al cumplimiento de la totalidad de la pena de prisión impuesta.

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental el análisis detallado del alcance de la medida de seguridad no privativa de libertad vigilada, tanto la ordinaria como la postpenitenciaria. Con tal fin, se analiza en primer lugar, en sede de las cuestiones previas, la naturaleza de la libertad vigilada, su contenido y los destinatarios de la misma (epígrafe I). Seguiremos con el examen de los criterios y presupuestos que deben concurrir para su imposición y determinación (epígrafe II);

ABSTRACT

The measure of supervised release for adults

One of the main new features of the Penal Code amendment of 2010, is the introduction of supervised release as a security measure susceptible of being imposed to certain imputable individuals when they have been sentenced to prison for crimes against freedom and sexual indemnity or terrorism. In this sense, the Fundamental Law 5/2010, of June 22nd, modifies the art. 96.3 Cp to include within those non-depriving of freedom security measures a «new» measure called supervised release, which includes many security measures which were provisioned in the arts. 96.3 and 105 Cp. As we will see throughout the current work, depending on the subjective application scope or on the addressees, the supervised release is due for two groups of assumptions: for those declared non-imputable or semi-imputable and for the imputable individuals. In the first case we deal with the ordinary supervised release, and the second concerns to a post-penal modality whose enforcement should be subsequent to the compliance of the entire imprisonment sentence.

The main aim of the present work is to analyse in depth the implications of the non-depriving of freedom security measure, both the ordinary one and the post-penal one. For that purpose, we first analyze, within the preliminary matters, the nature of supervised release, its content and its addressees (epigraph I). We will continue with the assessment of the approaches and suppositions that must converge for its imposition and determination (epigraph II); its term, with special emphasis in the approaches to be taken

(1) Trabajo de investigación realizado en ejecución del Proyecto DER2011-27473 «Análisis crítico de la reforma de 2010 del código penal: con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

la duración de la misma, poniendo especial énfasis en los criterios a tener en cuenta para determinar la duración de la libertad vigilada postpenitenciaria (epígrafe III). En el epígrafe IV, analizaremos la ejecución de ambas modalidades de libertad vigilada y las posibles incidencias que pueden producirse durante su ejecución, y en el epígrafe V el problema del incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada y las consecuencias que ello conlleva. Y para terminar, en el epígrafe VI se realizan unas breves consideraciones finales.

Palabras clave: Libertad vigilada, medidas de seguridad, inimputables, imputables, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y terrorismo.

into account when determining how long the post-penal supervised release should be (epigraph III). In the epigraph IV, we will analyze the execution of both modalities of supervised release and the possible incidences that can take place during its execution and in the epigraph V the problem of noncompliance and breach of supervised release and the consequences that it involves. And to finish, the epigraph VI includes some final brief considerations.

Key Words: Supervised release, security measures, non-imputable, imputable, crimes against the freedom and sexual indemnity and terrorism.

SUMARIO

I. CUESTIONES PREVIAS.

1. **Naturaleza de la libertad vigilada.**
2. **Contenido de la libertad vigilada.**
3. **Destinatarios de la libertad vigilada.**

II. IMPOSICIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA.

1. **Libertad vigilada ordinaria.**
2. **Libertad vigilada postpenitenciaria.**
 - A) Ámbito de aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria.
 - B) Imposición preceptiva o facultativa de la libertad vigilada postpenitenciaria.
 - C) Determinación del contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria.
 - D) Compatibilidad de la libertad vigilada con otras consecuencias jurídicas.

III. DURACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA.

IV. EJECUCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA.

1. **Ejecución de la libertad vigilada ordinaria.**
2. **Ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria.**
 - A) Concurrencia de varias medidas de libertad vigilada.
 - B) Órgano judicial encargado de la ejecución.
3. **La revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria.**
 - A) El papel del Juez de vigilancia penitenciaria.
 - B) Periodicidad de la revisión.
 - C) El procedimiento para la revisión.
 - D) Decisiones sobre la revisión.

V. INCUMPLIMIENTO Y QUEBRANTAMIENTO DE LA LIBERTAD VIGILADA.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PREVIAS

1. Naturaleza de la libertad vigilada

Teniendo en cuenta el contenido de los Anteproyectos y Proyectos de reforma del Código penal presentados desde 2006, no cabe duda de que uno de los mayores problemas que se les presentaba a sus redactores era determinar la naturaleza jurídica de la libertad vigilada. En el Anteproyecto de reforma de 2006 fue presentada como una nueva consecuencia jurídica que tenía doble naturaleza: pena privativa de otros derechos y medida aplicable a los delincuentes habituales o reincidentes⁽²⁾. Por un lado, según el art. 39.j), será una pena privativa de derechos⁽³⁾, y de conformidad con el art. 88.1.d), una pena sustitutiva de las penas de prisión no superiores a dos años⁽⁴⁾; y por otro lado, según establece el art. 94, una «medida» aplicable a los sujetos reincidentes o habituales⁽⁵⁾. Según la propuesta de modificación del art. 48 que regula las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, la libertad vigilada consistirá en la obligación del penado de facilitar de manera efectiva y constante su localización (art. 48.4), pudiéndose controlar su cumplimiento a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (art. 48.5). Por lo que, tal como señala el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de 2006, supone dotarla de un perfil plano, de muy escasa capacidad correctora o rehabilitadora, inhábil para lograr ningún fin, ni desde el punto de vista preventivo general ni preventivo especial⁽⁶⁾.

El Proyecto de reforma de 2007 reproducía la propuesta de reforma de 2006, aunque cabe advertir que, ante las críticas formuladas por el CGPJ sobre la verdadera naturaleza de esta nueva «medida» aplicable a sujetos imputables⁽⁷⁾, se propone la modificación del

(2) Sobre las propuestas de reforma de 2006 y 2007 véanse, entre otros, ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido», pp. 120 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», pp. 302 y ss.; GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, pp. 110 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho penal*, pp. 127 y ss.; REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», pp. 803 y ss.; ROBLES PLANAS, «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», pp. 12 y ss.

(3) «Art. 39. Son penas privativas de derechos: j) La libertad vigilada».

(4) Art. 88.1. «Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o, posteriormente, en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de dos años, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, por alguna de las siguientes... d. libertad vigilada».

(5) Art. 94.3. «Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas: ... 4.ª Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años».

(6) CGPJ, *Informe al Anteproyecto de 2006*, p. 62.

(7) CGPJ, *Informe al Anteproyecto de 2006*, pp. 66 y s.

art. 96.3 Cp para dar cabida dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad a la libertad vigilada.

En el Anteproyecto de 2008, la regulación de la libertad vigilada se presenta más detallada y sustancialmente distinta a las propuestas anteriores⁽⁸⁾. Se la sigue considerando como una pena privativa de derechos⁽⁹⁾ pero, a diferencia de las propuestas anteriores en las que se la concibe como pena sustitutiva de la prisión de hasta dos años y como medida de seguridad aplicable a los delincuentes reincidentes o habituales, ahora, de conformidad con la propuesta de incorporación del art. 49 bis al Código penal, se la configura como una pena accesoria⁽¹⁰⁾ que debe ser impuesta a aquellos sujetos condenados por uno o más delitos del Título VIII del Libro II del Código penal (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) o cuando hayan sido condenados por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos⁽¹¹⁾. Esta «nueva» pena accesoria cuyo

(8) Véanse entre otros, ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido», pp. 120 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», pp. 305 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008», p. 112; REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», pp. 805 y ss.; SANTANA VEGA, «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», pp. 447 y ss.

(9) Art. 39. «Son penas privativas de derechos: k) La libertad vigilada».

(10) Art. 49 bis. «1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el Juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) la de estar siempre localizable.
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca.
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o tribunal del lugar donde resida.
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Tribunal.

- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
- h) la de no residir en determinados lugares.
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) la de seguir tratamiento médico externo».

(11) Art. 57 bis. «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

- a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.
- b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.

2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores

cómputo debe comenzar a partir del cumplimiento de la pena de prisión consistirá en una serie de obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, muchas de ellas ya previstas en otras disposiciones del Código penal.

Tanto el Anteproyecto de julio de 2009 como el Proyecto de reforma de noviembre del mismo año (en el que trae causa la LO 5/2010) cambian sustancialmente la naturaleza jurídica de la libertad vigilada⁽¹²⁾. Así, frente a la naturaleza de pena accesoria que le asigna el Anteproyecto de 2008, en el nuevo Proyecto se la concibe como medida de seguridad no privativa de libertad con el mismo contenido, es decir, con las mismas obligaciones, prohibiciones o pautas de conducta previstas en el Anteproyecto de 2008, a imponer tanto a los sujetos declarados inimputables y semiimputables, como a los declarados imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de terrorismo.

Tal como se declara en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada «es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma». Tratándose de una medida de seguridad, ésta puede modificarse, «ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso».

Así, la libertad vigilada se configura como un mecanismo de control judicial que deberá llevarse a cabo a través del cumplimiento por parte del sujeto sometido a ella de alguna o algunas prohibiciones, obligaciones o reglas de conducta contenidas en el art. 106.1 Cp. De forma que ya no se trata simplemente de la obligación del sujeto de estar siempre localizable, comunicando su lugar de residencia, notificando los cambios, o su traslado a otro lugar distinto, o de su control mediante aparatos electrónicos. Sigue siendo una forma de someter al sujeto al control judicial, pero este control debe llevarse por medio del cumplimiento de alguna o algunas de las medidas que forman parte de la libertad vigilada.

2. Contenido de la libertad vigilada

Gran parte del contenido de la libertad vigilada no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico penal. Muchas de las obligaciones, prohibiciones o pautas de conductas que ahora se contienen en esta nueva medida eran medidas de seguridad que, de forma autónoma, se regulaban en los arts. 96.3 y 105 Cp⁽¹³⁾. También hay que tener en cuenta que su contenido

supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo».

(12) Véase al respecto DE MARCOS MADRUGA, «De las medidas de seguridad», p. 437.

(13) Así, las medidas recogidas en los números 3.º, 4.º, 5.º, 9.º, 10.º, 11.º y 12.º del art. 96.3; y las contenidas en las letras a), b), c), d), f) y g) del art. 105.1.

coincide con el de algunas penas privativas de otros derechos del art. 39. Las prohibiciones de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o la de no comunicarse con las personas señaladas anteriormente, son penas accesorias desarrolladas en el art. 48 que según el art. 57 pueden imponerse a los sujetos condenados por delitos, entre otros, de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales. También se encuentran previstas como reglas de conducta que debe observar el sujeto cuando se haya decretado la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 83 Cp) o la sustitución de las mismas (art. 88 Cp); así como cuando se decrete la libertad condicional, toda vez que el art. 90.2 Cp faculta al Juez de vigilancia penitenciaria para imponer motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta contenidas en el art. 83 Cp o de las medidas previstas en el art. 96.3 Cp, dentro de las que se encuentra la libertad vigilada.

Siendo una consecuencia jurídica, es irrelevante el consentimiento del sujeto sometido a ella. Es impuesta por el Juez o Tribunal sin necesidad del previo pronunciamiento del sujeto⁽¹⁴⁾. Sin embargo, esta regla no puede ser extensible a todos los supuestos, como es el caso del tratamiento médico que pueda seguir el sujeto imputable que requiere, en cualquier caso, su consentimiento en coherencia con lo dispuesto en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, que en su art. 2 exige el previo consentimiento del paciente en toda actuación en el ámbito de la sanidad.

Las prohibiciones, obligaciones o pautas de conducta que se describen en el art. 106.1 Cp y que ahora forman parte de la libertad vigilada no tienen mucho en común entre unas y otras. Aun así, atendiendo a su finalidad pueden ser clasificadas en tres grupos, aunque algunas de ellas al cumplir más de una finalidad específica pueden, a su vez, formar parte de más de un grupo⁽¹⁵⁾.

(i) Aquellas que inciden en el control o en la vigilancia de la libertad del sujeto. En el Anteproyecto de 2006 y Proyecto de 2007 la libertad vigilada tenía un contenido fundamentalmente de vigilancia. Así, con la finalidad de controlar la libertad del sujeto, éste

(14) Véase en este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 688.

(15) Así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ diferencia entre aquellas prohibiciones y obligaciones que tienden a tener vigilada la libertad del sometido a ella [letras a), b), c), d), i) y j)], las que tienden a proteger a las víctimas [letras e), f), g), h)], y el tratamiento médico [letra k)], en *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, pp. 192 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ clasifica las medidas en cuatro grupos: a) medidas de control y vigilancia [letras a), b), c) y d)]; b) medidas de protección de víctimas concretas [letras e) y f)]; c) las que pretenden evitar situaciones o factores criminales [letras g), h) e i)]; y d) las que pretendan influir positivamente en la persona sometida a la medida [letras j) y k)], en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», pp. 218 y s.; GARCÍA ALBERO distingue entre aquellas con funciones de vigilancia o control genérico de la libertad del sometido a la medida [letras a), b), c) y d)], las medidas que pretenden incidir en los factores de reincidencia [letras i) y j)]; aquellas que pretenden proteger a la víctima [letras e), f), g) y h)], y el tratamiento médico [letra k)], en «De las medidas de seguridad», pp. 688 y s.; REBOLLO VARGAS diferencia las medidas entre la prohibiciones, obligaciones y mandatos dirigidos al reo y aquellas prohibiciones dirigidas a la protección de la víctima («De las medidas de seguridad», pp. 865 y s.). Finalmente, URRUELA MORA distingue entre medidas con carácter terapéutico, como la obligación de seguir tratamiento médico externo; aquellas otras que tratan de incidir en la peligrosidad criminal por vía positiva o directa, como, por ejemplo, la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, etc.; y aquellas que tratan de incidir en la peligrosidad criminal por vía negativa o indirecta a través del establecimiento de sistemas de control más o menos estrictos sobre el sujeto («Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», p. 666).

debía facilitar de manera efectiva y constante su localización, disponiéndose que el control de su cumplimiento pueda realizarse a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Tras la reforma de 2010, este control o vigilancia del sujeto se puede realizar a través del cumplimiento de las obligaciones de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente [letra a)], de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca [letra b)], de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo [letra c)]; y de la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal [letra d)].

(ii) Las que tienden a proteger a las víctimas o a las potenciales víctimas. El legislador ha decidido incluir dentro de la libertad vigilada medidas que tradicionalmente se ha considerado que tienen como finalidad la protección de las víctimas del delito, protección que se extiende a sus familiares o a cualquier otra persona ajena al círculo familiar que el Juez o Tribunal determine. Además de estas medidas, se incluyen también otras cuya finalidad puede ser la de proteger a otras personas que, no siendo víctimas del delito cometido por el sujeto, por su edad, sexo, etc., pueden ser potenciales víctimas de éste. Esta protección puede llevarse a cabo a través de las prohibiciones de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal [letra e)], de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal [letra f)], de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos [letra g)], y de residir en determinados lugares [letra h)].

(iii) Las que pretenden evitar la reincidencia. Si bien las medidas que vamos a enumerar a continuación son también medidas de control, en este caso están más dirigidas a evitar que el sujeto vuelva a delinquir. Con tal finalidad el Juez o Tribunal puede decretar la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza [letra i)], la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares [letra j)], y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico [letra k)].

Este catálogo de medidas que contiene la libertad vigilada, que de forma facultativa o preceptiva pueden imponerse, es cerrado⁽¹⁶⁾. Es decir, los jueces o tribunales no pueden imponer una obligación o prohibición o establecer una pauta de comportamiento, por muy beneficiosa que pueda resultar para el sujeto, si no está expresamente prevista en el art. 106.1 Cp. Y ello porque, al igual que las penas, las medidas de seguridad, cualquiera que sea su naturaleza, también están sujetas al principio de legalidad⁽¹⁷⁾.

(16) Véanse en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 192; GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 688.

(17) En opinión de FEJOO SÁNCHEZ, aunque no quepan otras medidas distintas como estar registrado en un fichero o registro especial de ADN, la regulación vigente ofrece posibilidades de intervención preventivo especial «en un sentido positivo de la que carecía la primera propuesta del Proyecto de 2007», en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 219.

3. Destinatarios de la libertad vigilada

La medida de libertad vigilada está prevista para dos grupos de supuestos que, en principio, conllevan regímenes distintos⁽¹⁸⁾: para los sujetos declarados inimputables o semiimputables y para los imputables cuando así lo disponga expresamente el Código penal.

En el primer caso, la libertad vigilada puede imponerse a los sujetos declarados inimputables por la concurrencia de una anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio (art. 20.1.º), intoxicación plena o síndrome de abstinencia (art. 20.2.º), o alteración en la percepción (art. 20.3.º); y a los declarados semiimputables porque se aprecie una eximente incompleta con relación a los supuestos previstos anteriormente (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.1.º, 2.º y 3.º). En todos estos casos, en la imposición de la libertad vigilada habrá que observarse el régimen general propio de las medidas de seguridad⁽¹⁹⁾, es decir, el contenido en los arts. 6, 95 y ss. del Código penal.

Cuando se trate de *inimputables*, las medidas contenidas en la libertad vigilada pueden ser alternativas a la pena o pueden imponerse conjuntamente con una medida privativa de libertad vía art. 105. Serán alternativas a la pena cuando el delito tenga prevista una pena privativa de libertad pero el internamiento no sea necesario (arts. 101.1, 102.1 y 103.1 Cp), o el delito cometido tenga prevista una pena no privativa de libertad (arts. 95.2 y 96.3 Cp). En estos supuestos, las obligaciones o prohibiciones que componen la libertad vigilada deben ser ejecutadas inmediatamente después de que la sentencia en la que se impusieron sea firme⁽²⁰⁾; así, por ejemplo, ante un supuesto de inimputabilidad plena, el Juez o Tribunal sentenciador puede acordar solamente la obligación de seguir tratamiento médico externo [art. 106.1.k) Cp]. La libertad vigilada también puede imponerse de forma acumulada a una medida de internamiento (art. 105.1 Cp), y aunque en principio ambas medidas deben cumplirse de forma simultánea, la doctrina ha puesto de manifiesto que esta posibilidad es más teórica⁽²¹⁾, por lo que hubiese sido preferible prever un régimen de cumplimiento sucesivo una vez alzada la medida de internamiento⁽²²⁾. Aun así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que si, de conformidad con el art. 102.1, el juez acuerda el internamiento en un centro de deshabituación, decrete, además, el cumplimiento de una medida de libertad vigilada que consista en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares [art. 106.1.j) Cp]. La libertad vigilada puede imponerse también durante la ejecución de la medida privativa de libertad cuando, en aplicación del art. 97 Cp, el juez o tribunal sentenciador decida sustituir la medida de internamiento por cualquiera de las obligaciones, prohibiciones o pautas de conducta contenidas en la libertad vigilada así, por ejemplo, teniendo en cuenta la evolución del sujeto,

(18) Véanse al respecto, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 691; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., p. 597.

(19) Así, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 691; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., p. 597.

(20) Véase al respecto ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 188.

(21) En opinión de ACALE SÁNCHEZ, aunque teóricamente, el art. 105.1 prevea la posibilidad de ejecutar conjuntamente la medida de seguridad privativa de libertad y la libertad vigilada, esta carece de sentido «porque la libertad del condenado la “vigila” en este caso la medida de internamiento directamente» (*Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 188).

(22) En este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 677.

el Juez o Tribunal puede sustituir el internamiento en un centro educativo especial por la obligación de participar en programas educativos.

Para los casos de *semiimputabilidad* en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 Cp, según dispone el art. 104.1 Cp, el juez está facultado para imponer, además de la correspondiente pena atenuada, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103 Cp. En estos supuestos, se limita la imposición de medidas de internamiento cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito, y para su cumplimiento se observará lo dispuesto en el artículo 99 Cp. En principio, si la pena efectivamente aplicable al sujeto semiimputable es de prisión, el juez puede imponer además de esta pena atenuada una medida de internamiento, pero nada impide que en lugar del internamiento pueda imponer una medida no privativa de libertad, dentro de las que se encuentra la libertad vigilada. Mientras que si la pena efectivamente aplicable no es privativa de libertad, no puede imponerse una medida de internamiento, por lo que en este caso el juez sólo puede imponer una medida de seguridad no privativa de libertad.

Respecto al cumplimiento, el problema se presenta porque el sistema vicarial regulado en el art. 99 Cp sólo está previsto en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad⁽²³⁾. Es decir, si al semiimputable se le impone pena de prisión y medida de internamiento, primero se ejecuta el internamiento y sólo después, en su caso, el resto de la pena impuesta; pero nada se dice sobre la forma de cumplimiento en caso de penas privativas de libertad con medidas no privativas de libertad o penas no privativas de libertad y medidas no privativas de libertad. Al respecto, la doctrina es de la opinión de que ante el silencio del legislador cabría imponer ambas consecuencias jurídicas para su cumplimiento simultáneo, cuando sea posible⁽²⁴⁾; o sucesivo, pudiéndose cumplir primero la pena y luego la medida de seguridad o a la inversa⁽²⁵⁾. Así, por ejemplo, podrían cumplirse de forma simultánea la pena de multa y la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos [art. 106.1.g) Cp] y, de forma sucesiva, la obligación de someterse a un control médico periódico y la pena de prisión. En este último caso, podría aplicarse por analogía lo previsto en el inciso segundo del art. 99 Cp, que dispone que una vezalzada la medida de seguridad, en este caso la medida de libertad vigilada contenida en el art. 106.1.k) Cp, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma⁽²⁶⁾.

Como decíamos, la gran novedad de la reforma de 2010 del Código penal es que introduce la aplicación de medidas de seguridad, en este caso la libertad vigilada, para los sujetos *imputables*⁽²⁷⁾. Y ello porque, siendo las medidas de seguridad consecuencias jurídicas

(23) Sobre el sistema vicarial en la legislación española, véase entre otros, SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, pp. 397 y ss.

(24) Así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 189; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995*, p. 147.

(25) De esta opinión, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 671.

(26) Así, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 670.

(27) Así entre otros, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 191; GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 650; GARCÍA RIVAS, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», pp. 1 y ss.; URRUELA MORA, «Medidas de seguridad», p. 667.

tradicionalmente aplicables sólo a los sujetos que tras haber cometido un delito han sido declarados inimputables o semiimputables y con un pronóstico de peligrosidad criminal, tras la reforma, las medidas contenidas en la libertad vigilada también pueden aplicarse a los sujetos declarados plenamente imputables. Es decir, el esquema «culpabilidad = pena», por un lado, y «peligrosidad = medida de seguridad», por otro, no aparece ya de forma tan clara porque el legislador ha decidido que, en algunos supuestos, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y los relacionados con el terrorismo, el esquema sea «culpabilidad + peligrosidad = pena + medida de seguridad».

II. IMPOSICIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD VIGILADA

1. Libertad vigilada ordinaria

Tratándose de la libertad vigilada ordinaria, una vez determinada la comisión de un hecho delictivo y la existencia del juicio de peligrosidad futura, en la sentencia que se imponga debe determinarse su contenido concreto y empezar a ejecutarse cuando ésta sea firme (art. 3.1 Cp)⁽²⁸⁾. Como cualquier otra sentencia, ésta debe ser motivada y, en particular, el Juez o Tribunal sentenciador debe dejar constancia expresa del juicio de peligrosidad que le ha conducido a apreciar la peligrosidad criminal del acusado, así como de todos los elementos que le han servido en ello, tales como informes periciales de psiquiatras, psicólogos, etc. Formulado el pronóstico de peligrosidad, debe justificar la imposición de la libertad vigilada y, en atención a sus circunstancias personales, debe determinar las concretas medidas que se consideren como las más adecuadas para conseguir la rehabilitación del sujeto. De igual manera, si la medida de libertad vigilada sustituye a otra en aplicación del art. 97 Cp, se impone y concreta en la resolución correspondiente de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 98.2 y 3⁽²⁹⁾.

2. Libertad vigilada postpenitenciaria

Cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria hay que diferenciar dos momentos procesales: en el primero de ellos, el Juez o Tribunal sentenciador impone la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria pero sin determinar su contenido concreto; y en el segundo momento, al menos dos meses antes del cumplimiento de la pena de prisión, el mismo Juez o Tribunal determina el contenido de la libertad vigilada, es decir, concreta las obligaciones o prohibiciones que debe cumplir el penado.

A) *Ámbito de aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria*

Ámbito objetivo. Cabe poner de manifiesto que el ámbito de aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria es sustancialmente distinto al dispuesto en el Anteproyecto de

(28) Véanse al respecto SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, pp. 296 y ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, pp. 278 y ss.

(29) Véase ampliamente, sobre los aspectos procesales de las medidas de seguridad en general, SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, pp. 277 y ss.

2006 y al Proyecto de 2007. En estos documentos la libertad vigilada está prevista para aquellos sujetos imputables en los que, con independencia del delito cometido, se aprecien las circunstancias de reincidencia o habitualidad. Tras la reforma de 2010 del Código penal, la libertad vigilada postpenitenciaria sólo está prevista para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de terrorismo⁽³⁰⁾. En este sentido, el legislador ha decidido establecer un sistema cerrado o de *numerus clausus* que si bien por ahora se limita a estas dos tipologías delictivas, no cabe descartar que en el futuro opte por ampliar este catálogo a otros delitos⁽³¹⁾, tal como ha ocurrido, por ejemplo, con el delito de blanqueo mediante el cual inicialmente se criminalizó el blanqueo de bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas y de precursores y ha terminado por criminalizarse el blanqueo de bienes procedentes de cualquier actividad delictiva⁽³²⁾. Sin embargo, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, lo criticable de la utilización de un sistema cerrado es que deja fuera otros supuestos en los que también podría ser conveniente la aplicación de la libertad vigilada⁽³³⁾ como, por ejemplo, los supuestos de criminalidad violenta, a los delincuentes reincidentes o habituales⁽³⁴⁾, o a los psicópatas⁽³⁵⁾. Recientemente, el Grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial⁽³⁶⁾ ha propuesto la extensión de la libertad vigilada a los delitos de violencia de género competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, bien mediante la adición, en cada uno de los delitos, de que

(30) Lo que, en opinión de ACALE SÁNCHEZ, «se trata de una muestra de “derecho penal de autores”, que se dirige no a ciudadanos individuales que cometan delitos, sino a “grupos de delincuentes”, esto es, a aquellos que presentan “determinados perfiles criminológicos”», en «Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468», TOL1.852.163.

(31) En este sentido REBOLLO VARGAS, quien opina que aunque momentáneamente se circunscribe a estas dos tipologías delictivas «nada impide que en el futuro pueda aplicarse a otros tipos en función de “la constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad”», tal como se expone en la exposición de motivos del Anteproyecto de 2008, en «De las medidas de seguridad», p. 853. De la misma opinión, BENÍTEZ ORTÚZAR, «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada”», p. 101.

(32) Véase al respecto, DEL CARPIO DELGADO, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», pp. 1 y ss.; el mismo, en «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo: especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal», pp. 5 y ss.

(33) Así, GARCÍA ALBERO cuestiona que la reforma excluya del sistema de gestión de riesgos otros delincuentes con probada inclinación del delito por el hecho de no ser delincuentes sexuales («La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», p. 6). En este sentido también, BOLDOVA PASAMAR, aunque con relación al Proyecto de 2008, en «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», p. 312.

(34) SANZ MORÁN considera criticable la desvinculación de la libertad vigilada del problema de la habitualidad criminal y su tratamiento, haciendo hincapié en que tanto el derecho comparado como algunas propuestas doctrinales previas abogan por que esta medida se aplique en supuestos de criminalidad habitual violenta y grave contra bienes jurídicos personales, en «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1019. Así, también REBOLLO VARGAS cuestiona el porqué no se han incluido otros delitos graves como el narcotráfico o la criminalidad organizada, o a los reincidentes habituales, tal como se prevé en el Proyecto de 2007, «ya que la criminalidad patrimonial de carácter leve es una de las que genera mayores percepciones de inseguridad ciudadana», en «De las medidas de seguridad», p. 853.

(35) En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, no tiene sentido que a sujetos idóneos para este tipo de medidas como pueden ser los que padecen una psicopatía no se les pueda aplicar la medida de libertad vigilada si cometen un asesinato, pero sí en cambio si cometen un abuso sexual, en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», pp. 234 y s.

(36) *Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, enero de 2011, pp. 13 y s.

podrá imponerse la medida de libertad vigilada, bien mediante una referencia genérica a ello en el art. 106⁽³⁷⁾.

Ámbito subjetivo. Pero no a todos los sujetos condenados por estos delitos se les puede imponer la libertad vigilada. Según se desprende del contenido del art. 106.2 Cp en relación con los arts. 192.1 y 579.3 Cp, la libertad vigilada postpenitenciaria sólo puede imponerse a los sujetos condenados a penas de prisión por cualquiera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo. Téngase en cuenta que no se exige que la pena prevista por el Código penal para el delito sea de prisión, sino que la pena impuesta en la sentencia condenatoria sea de prisión. A pesar de esta previsión, lo cierto es que todos los delitos de terrorismo tienen previstas penas de prisión, por lo que podría afirmarse que en estos casos la libertad vigilada va a imponerse siempre, y a la misma conclusión podría llegarse respecto a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Sin embargo, en relación a estos últimos debe tenerse en cuenta que para algunos de ellos el Código penal prevé penas alternativas de prisión o multa como pueden ser, por ejemplo, los delitos contenidos en los arts. 181.1 y 3, 182.1, 183 bis, 184, 185, 186 y 189.2, 5 y 7 del Cp. En estos casos, si el Juez, haciendo uso de su facultad de discrecionalidad opta, entre las dos penas abstractamente aplicables, por imponer la pena de multa, no podrá imponer además la medida de libertad vigilada.

B) Imposición preceptiva o facultativa de la libertad vigilada postpenitenciaria

La imposición de la libertad vigilada puede ser preceptiva o facultativa en atención al número y naturaleza del delito cometido y si el sujeto es un delincuente primario.

El régimen general es que la libertad vigilada sea preceptiva cuando el sujeto ha sido condenado a pena de prisión por un delito grave, o por más de un delito, siendo éstos graves o menos graves. En estos casos la obligatoriedad de la imposición de la medida supone que el Juez o Tribunal está exento de justificar los criterios que ha tenido en cuenta para imponer la medida, en otras palabras, no se exige el juicio de peligrosidad criminal futura⁽³⁸⁾. No se requiere que exista pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos tal como se dispone en el art. 95.1.2.^a Cp para los sujetos inimputables o semiimputables. El legislador obvia este pronóstico o juicio de peligrosidad en estos casos porque entiende, sin ninguna justificación científica o empírica⁽³⁹⁾, que en

(37) Propuesta de modificación del art. 106 por el que se añadiría un apartado 5.º, que podría tener el siguiente tenor: «5. La medida de libertad vigilada se aplicará siempre y en cualquier caso en los delitos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los que se imponga pena de prisión, tanto si se suspende la pena como si no, a fin de que por la vía del apartado 2.º, párrafo 2.º se defina cuáles son las medidas de entre las comprendidas en el apartado 1.º que se deberán imponer al penado en desarrollo de la imposición de la medida de libertad vigilada».

(38) Así, SANZ MORÁN entiende que más criticable que la concreta selección de los delitos a los que se aplica la medida «lo es el hecho de que ésta se desvincula por completo de los criterios generales que determinan la posible imposición de una medida de seguridad, y que con carácter general establece el art. 95 CP... lo que constituye una inadmisibles presunción de peligrosidad criminal», en «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1019.

(39) En este sentido, GARCÍA ALBERO, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», p. 6; SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1020.

«determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia». Y ello debido a que, según se decía en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2009, «la inclinación delictiva del sujeto aparece vinculada a determinados trastornos de personalidad o de conducta, como ocurre con cierta frecuencia en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, ya sea porque —como sucede en el caso de los terroristas— su actuar se enmarca en una actitud de índole pretendidamente ideológica, que comporta la negación de la condición delictiva misma de su conducta, y por tanto el rechazo radical de la pena como respuesta legítima del Estado de Derecho, y la consiguiente resistencia a sus consecuencias». Dicho de otro modo, *a priori* todos los sujetos condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo son peligrosos *per se*, o se considera que la pena de prisión no va a tener ningún efecto rehabilitador en estos sujetos, y por ello es necesario que sigan siendo «controlados» a través de las obligaciones o prohibiciones contenidas en la libertad vigilada.

Consecuentemente, a un sujeto condenado a pena de prisión por un delito grave, o por dos o más delitos graves o menos graves, el Juez o Tribunal está obligado a imponer, junto con la correspondiente pena de prisión, la libertad vigilada. A partir de este presupuesto, hay que tener en cuenta que en el momento de la concreción del contenido de la libertad vigilada, es decir, al menos dos meses antes del cumplimiento de la pena de prisión, sí es relevante el pronóstico de peligrosidad criminal futura para determinar las obligaciones o prohibiciones que el sujeto deberá cumplir. Y este pronóstico de peligrosidad es más importante aún si tenemos en cuenta que el art. 106.3.c) Cp faculta al Juez o Tribunal sentenciador a dejar sin efecto la libertad vigilada en atención al pronóstico positivo de reinserción.

La imposición de la libertad vigilada puede ser facultativa, si se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario. Con relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el art. 192.1 Cp establece que «... La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor». Mientras que en los casos de terrorismo, el art. 579.3 Cp dispone: «... No obstante a lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor». *A priori* podemos afirmar que la imposición facultativa de la libertad vigilada está condicionada a la existencia de dos requisitos: que se trate de un solo delito y que éste sea cometido por un delincuente primario. Sin embargo, como veremos a continuación, la forma en que está regulada la imposición facultativa en uno y otro precepto es distinta, y ello puede llevar a confusión.

Por un lado, para los delitos de terrorismo, el art. 579.3 Cp establece claramente que «cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario» la imposición de la libertad vigilada es facultativa. En estos casos, y tal como también se determina en el Preámbulo de la LO 5/2010, la libertad vigilada puede quedar excluida cuando se trate de un «solo delito aislado y no grave», lo que supone que a todos los su-

jetos condenados por un delito de terrorismo que tengan prevista en el Código penal pena de prisión de hasta cinco años la imposición de la libertad vigilada es facultativa, mientras que a los condenados por delitos que tengan prevista pena de prisión de más de cinco años el Juez o Tribunal sentenciador debe imponer obligatoriamente la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria.

Por otro lado, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales también se exige que se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, pero la cuestión está en determinar si este delito debe ser menos grave, al igual que sucede en los delitos de terrorismo, o por el contrario también puede tratarse de un delito grave. Con relación a esta última opción podría interpretarse que cuando el legislador utiliza la frase «en este último caso» lo hace para abarcar tanto a los delitos graves como a los menos graves⁽⁴⁰⁾.

Asumiendo que la anterior interpretación es la más favorable a los sujetos condenados por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales de naturaleza grave, en nuestra opinión, tanto en los delitos de terrorismo como en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales la imposición de la libertad vigilada es facultativa cuando se trate de un solo delito menos grave⁽⁴¹⁾. Y ello porque, cuando el legislador utiliza la frase «en este último caso» —en singular— se está refiriendo a los delitos menos graves, porque si hubiese querido referirse también a los delitos graves hubiese utilizado la fórmula de «en estos casos» —en plural—, de forma que abarque tanto a los graves como a los menos graves.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que en el Anteproyecto de reforma de 2008, en el que la libertad vigilada aparece como pena accesoria, su imposición es preceptiva para los condenados por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, independientemente de que éste fuere un delincuente habitual o reincidente, o que el delito o delitos cometidos fueran graves o menos graves, la única condición o requisito que se exige es que al sujeto se le imponga una pena privativa de libertad en la respectiva sentencia condenatoria; mientras que, en los casos de terrorismo, la libertad vigilada sólo puede imponerse a los condenados a penas de prisión igual o superior a diez años o si se aprecia la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos. Como puede apreciarse en el Anteproyecto de 2008 el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad vigilada es más amplio cuando se trata de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que cuando se trata de delitos de terrorismo.

Pues bien, partiendo de la premisa de que la imposición de la libertad vigilada es facultativa cuando se trata de un solo delito menos grave cometido por un delincuente primario, habrá que tener en cuenta a estos efectos que, según el art. 13.2 Cp, delito menos grave es aquel que tiene prevista pena de prisión menos grave, es decir, prisión de tres meses hasta cinco años (art. 33.3 Cp).

El segundo requisito que se exige para la imposición facultativa es que el hecho sea cometido por un delincuente primario. Aunque la primariedad delictiva es un concepto nuevo

(40) De esta opinión, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 221.

(41) Véanse en este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 692: «... en caso de que se trate de un delincuente primario y el delito cometido no sea grave. Aquí el Juez o Tribunal podrá o no imponer la medida»; BENÍTEZ ORTÚZAR, «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada”», p. 101; URRUELA MORA, «Medidas de seguridad», p. 668: «la imposición de la medida es obligatoria... **con la excepción del caso del delincuente primario autor de un solo delito menos grave...**» (negrita en el original).

en el Código penal, en general la doctrina entiende que un delincuente primario será aquel sujeto que no tiene condena anterior, o la tiene por la comisión de un delito imprudente, o teniendo antecedentes penales éstos han sido cancelados, o debieran serlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 136⁽⁴²⁾. En este supuesto se deja al arbitrio del Juez o Tribunal la imposición de la medida, y a diferencia de lo que sucede cuando la imposición es preceptiva, respecto de la cual no existe criterio alguno que seguir porque necesariamente se impone conjuntamente con la pena de prisión, tanto el art. 192.1 como el art. 579.3 sí ofrecen un criterio. El Tribunal sentenciador debe tener en cuenta la «menor peligrosidad del autor» y, aunque el legislador se refiera al «autor», debe entenderse que se trata de cualquiera de los intervinientes en el delito, independientemente del título de imputación. Ahora bien, si el Juez o Tribunal decide imponer la libertad vigilada debe motivar su decisión⁽⁴³⁾.

La cuestión en este aspecto es si esta peligrosidad a la que alude el legislador debe ser una peligrosidad criminal o un genérico comportamiento peligroso del sujeto. Teniendo en cuenta que la libertad vigilada es una medida de seguridad, debe tratarse de la peligrosidad criminal a la que alude el art. 95.1.2.^a Cp. Peligrosidad exteriorizada en la comisión del delito que ha de proyectarse en el futuro, es decir, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse la probabilidad de comisión de nuevos delitos, pero no de cualquier delito, sino de delitos de la misma naturaleza, es decir de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo⁽⁴⁴⁾.

Aunque con muchas reservas al respecto, también puede argumentarse que no se trata sólo de la peligrosidad criminal a la que alude el art. 95.1.2.^a Cp, sino de otro tipo de peligrosidad exteriorizada en actos que, aisladamente considerados, no son constitutivos de delito, o en actos que pueden ser ofensivos para las víctimas del delito o para sus familiares. Se está pensando en el supuesto del sujeto condenado por la muerte de una persona en un acto terrorista que, después de cumplir condena, fija su residencia en el mismo edificio en el que viven los padres de la víctima; o del sujeto que, tras cumplir condena por un delito de violación, se jacta delante de la madre de la víctima⁽⁴⁵⁾. E incluso, la posibilidad de comisión de otros hechos a otras potenciales víctimas, en «atención a la alarma social levantada»⁽⁴⁶⁾.

En cualquier caso, la determinación de la peligrosidad a la que se refiere el legislador no puede fundamentarse en la supuesta alarma social que genera la comisión de determinados delitos o la puesta en libertad de determinados delincuentes. El juicio de «esta peligrosidad» deberá realizarse en base a datos objetivos y no meras conjeturas o sensaciones

(42) Véanse, al respecto, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 692; FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 220; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed., p. 798; URRUELA MORA, «Medidas de seguridad», p. 668.

(43) GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 692.

(44) En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 221; GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 692.

(45) En este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español», p. 3.

(46) Aunque críticamente, a esta conclusión parece llegar ACALE SÁNCHEZ, cuando afirma que la peligrosidad a la que se refiere el legislador no se refiere a la peligrosidad criminal del art. 95.1.1.^a, sino de «otra clase de peligrosidad que la supera en sus propios mimbres», en *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 190.

particulares o colectivas, y, aunque el legislador se refiera genéricamente a la «peligrosidad del sujeto», como advertíamos *supra*, ésta debe ser entendida como la probabilidad de comisión de nuevos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo.

Para concluir este epígrafe, cabe advertir que como la imposición facultativa de la libertad vigilada está limitada a cuando se trate de un solo delito menos grave y que la mayoría de los delitos de terrorismo son graves porque tienen previstas penas de prisión superior a cinco años, los supuestos en los que se deja a la discrecionalidad del juez imponer o no la libertad vigilada serán los mínimos, pudiéndose afirmar que en estos delitos la medida será siempre preceptiva u obligatoria⁽⁴⁷⁾, por lo que, al menos en este momento procesal, la imposición de la libertad vigilada se basa en una presunción de peligrosidad, sin que pueda ser desvirtuada⁽⁴⁸⁾.

C) Determinación del contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria

En la determinación del contenido de la libertad vigilada intervienen tanto el Juez de vigilancia penitenciaria como el Juez o Tribunal sentenciador en los términos que analizaremos más adelante. Esta opción es completamente distinta a la prevista en el Anteproyecto de reforma de 2008, en la que es el Juez de vigilancia penitenciaria quien concreta el contenido de la libertad vigilada⁽⁴⁹⁾. Este Anteproyecto configura la libertad vigilada como una pena accesoria de las penas privativas de libertad que debía ser impuesta en la respectiva sentencia condenatoria por el Juez o Tribunal sentenciador. Una vez impuesta la concreción de su contenido, el control de su ejecución, las modificaciones o variaciones que pudiera sufrir, y la decisión que haya que tomar cuando ésta se incumpla queda en manos del Juez de vigilancia penitenciaria⁽⁵⁰⁾. Así, se prevé que durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. De igual manera, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que, en vista del pronóstico positivo de reinserción, se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas. Y en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio por un delito de quebrantamiento de condena⁽⁵¹⁾.

(47) Véanse al respecto, BENÍTEZ ORTÚZAR, «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada”», p. 100; FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 221.

(48) De forma que, tal como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ, «el Juez podría afirmar incluso en la sentencia que no existe una peligrosidad criminal evidente a pesar de que están presentes los requisitos legales que le obligan a contemplar la imposición de la medida», en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 220.

(49) Como bien advierte SANZ MORÁN, «uno de los aspectos en los que se ha manifestado mayor incertidumbre es a la hora de determinar el órgano competente para la fijación del contenido concreto de la medida», en «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1022.

(50) Véase ampliamente al respecto, SANTANA VEGA, «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», pp. 462 y s.

(51) Art. 49 bis, del Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

Sin embargo, en la LO 5/2010 se opta por que sea el Juez o Tribunal sentenciador quien determine el contenido de la libertad vigilada, pero en este proceso también interviene el Juez de vigilancia penitenciaria⁽⁵²⁾. En el Preámbulo de esta Ley se destaca que «en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada».

Pues bien, impuesta la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria, para determinar su contenido concreto, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, y en el supuesto de que el sujeto hubiera sido condenado a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, este plazo se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas las penas de prisión (art. 106.2, párrafos 2.º y 3.º). Para formular esta propuesta, el Juez de vigilancia penitenciaria debe valorar los informes remitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad o por las Administraciones públicas competentes, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (art. 98.1 Cp). Respecto a este último aspecto hay que tener en cuenta el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio⁽⁵³⁾, que regula la competencia de la Administración Penitenciaria cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria. Así, el art. 23 dispone que en «los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional».

El Juez o Tribunal sentenciador en una resolución motivada deberá concretar las obligaciones o prohibiciones que el sujeto deba cumplir a la vista de la propuesta del Juez de vigilancia penitenciaria, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren apersonadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto (art. 98.3 Cp).

En otro orden de cuestiones, si bien la imposición de la libertad vigilada es preceptiva en todos los supuestos en los que el delincuente no es primario, o siendo primario se le ha

(52) A favor de que sea el Juez o tribunal sentenciador sea el encargado de determinar el contenido concreto de la libertad vigilada se manifiesta MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», p. 12.

(53) Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

impuesto en atención a su peligrosidad criminal comprobada en el momento de dictarse sentencia, cabe la posibilidad, en ambos casos, de que en el momento de concretar el contenido de la libertad vigilada por parte del Juez o Tribunal sentenciador, exista un pronóstico positivo de reinserción. La cuestión es si, en este supuesto, el Juez o Tribunal sentenciador está obligado a concretar el contenido de la medida y después dejarla sin efecto⁽⁵⁴⁾, o si por el contrario puede dejar sin efecto la medida, antes de concretar su contenido⁽⁵⁵⁾.

Como hemos visto, la libertad vigilada se impone en la respectiva sentencia condenatoria, pero según el art. 106.2 Cp antes de la extinción de la pena de prisión el Juez o Tribunal sentenciador debe concretar su contenido fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado. El art. 106.3.c) Cp dispone que el Juez o Tribunal sentenciador puede dejar sin efecto la medida «cuando las circunstancias descritas en la letra anterior», es decir, el pronóstico positivo de reinserción que convierte a la libertad vigilada en innecesaria o contraproducente, «se dé en el momento de concreción de las medidas».

Aunque aparentemente cabrían las dos interpretaciones apuntadas anteriormente, en nuestra opinión, la que más se ajusta al contenido del precepto es la de dejar sin efecto la libertad vigilada antes de concretar su contenido, ya que nada obliga al Juez o Tribunal sentenciador a concretar previamente el contenido de la medida para después dejarla sin efecto. El art. 106.3.c) Cp es claro en este aspecto, al disponer que puede dejarse sin efecto la libertad vigilada cuando el pronóstico positivo de reinserción *se dé en el momento* de concreción de la medida y no *desde el momento* de concreción de la misma⁽⁵⁶⁾. Además, si tenemos en cuenta que el art. 98.3 Cp, al que se remite el art. 106.2 Cp, que regula el procedimiento contradictorio mediante el cual se concreta el contenido de la medida, exige que la resolución del Juez o Tribunal sentenciador debe ser motivada, si no existe pronóstico de peligrosidad futura o el pronóstico de reinserción es positivo, el Juez o Tribunal sentenciador no tendrá ninguna base para justificar la concreción de determinadas obligaciones o prohibiciones y después dejarlas sin efecto, más si tenemos en cuenta que éstas deben ser adecuadas a la evolución y a las circunstancias personales del sujeto.

D) Compatibilidad de la libertad vigilada con otras consecuencias jurídicas

En el momento de la determinación del contenido de la libertad vigilada el Juez o Tribunal sentenciador debe tener especial cuidado de que las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado sean compatibles con otras consecuencias jurídicas de igual o

(54) En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, aunque también considera posible otra interpretación que no exija la concreción previa del contenido de la medida antes de dejarla sin efecto, en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 225. De la misma opinión parece ser URRUELA MORA, en tanto que sostiene que el Juez o Tribunal sentenciador puede desde un primer momento, es decir, cuando procede el comienzo de la ejecución de la libertad vigilada una vez extinguida la pena privativa de libertad, dejar sin efecto la medida, en «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», p. 669.

(55) Así, SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1021; en el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, ya que en su opinión cabe la posibilidad de dejar sin efecto la medida «impuesta en sentencia pero sin contenido concreto todavía», en «La libertad vigilada», p. 13.

(56) Como parece interpretar FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 225.

similar contenido que a éste se le hayan impuesto⁽⁵⁷⁾. Nos referimos fundamentalmente a la compatibilidad con algunas penas privativas de derechos desarrolladas en el art. 48 Cp que, de conformidad con el art. 57 Cp, pueden imponerse de forma preceptiva o facultativa en algunos delitos. En este sentido, el art. 57.1 Cp dispone que los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 Cp, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. El párrafo segundo del mismo artículo prevé que cuando los delitos enumerados en el núm. 1 hayan sido cometidos contra determinadas personas relacionadas con el ámbito familiar (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos, etc.), o contra personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, «se acordará, en todo caso» la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 Cp, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Si tales disposiciones las relacionamos con la libertad vigilada postpenitenciaria prevista para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, supondría que a los condenados por estos delitos se les podría imponer, en primer lugar, la pena de prisión que corresponda por el delito cometido; en segundo lugar, de conformidad con el art. 57 Cp, una o varias de las penas accesorias del art. 48 Cp (de forma preceptiva o facultativa, según los casos); y en tercer lugar, de acuerdo con el art. 192.1 Cp, la libertad vigilada postpenitenciaria (obligatoria o facultativamente). Lo mismo podría afirmarse respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578, en el que se dispone que el Juez «también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código»; o cuando alguno de los delitos contemplados en el art. 57.1 hayan sido cometidos por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas (arts. 572, 574 y 575 Cp)⁽⁵⁸⁾.

En estos casos, las penas accesorias contenidas en el art. 48 se cumplen simultáneamente a la pena de prisión y pueden exceder en años a la duración de ésta. Es decir, una vez que salga de prisión, sea de forma condicional o definitiva⁽⁵⁹⁾, el sujeto deberá seguir cumpliendo la o las penas accesorias impuestas en la condena, que en algunos casos puede ser de hasta 10 años⁽⁶⁰⁾. Si este fuera el caso, entonces en el momento de determinar el con-

(57) Precisamente por estos problemas de coordinación entre las penas accesorias del art. 48 y las prohibiciones de igual contenido que forman parte de la libertad vigilada, SANZ MORÁN es de la opinión de que «una vez admitida la imposición de medidas a sujetos plenamente responsables, debería haber valorado el legislador la posibilidad de prescindir de las mencionadas penas privativas de derechos, remitiendo su posible aplicación a los criterios específicos del derecho de medidas», en «Medidas de seguridad: régimen general», p. 140; el mismo, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1016.

(58) Véase al respecto MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., pp. 924 y s.

(59) ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 200.

(60) Así, por ejemplo, a algunos de los condenados por el atentado a la casa cuartel de la Guardia Civil de Legutiano, el TS les ha impuesto, además de las penas de prisión correspondientes, la prohibición de residir en Legutiano

tenido de la libertad vigilada, el Juez o Tribunal sentenciador deberá tener en cuenta si al sujeto se le ha impuesto alguna o algunas de las penas accesorias previstas en el art. 48 y, en atención a ello, no imponerlas en forma de prohibiciones como contenido de la libertad vigilada⁽⁶¹⁾. Así, por ejemplo, si al sujeto se le ha impuesto, además de la pena de prisión, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (art. 48.2 Cp), no podrá imponerla también como contenido de la libertad vigilada, pero sí podría decretar, por ejemplo, la prohibición de residir en determinados lugares [art. 106.1.h) Cp].

III. DURACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA

Cuando la libertad vigilada se imponga a inimputables y semiimputables, su duración debe determinarse teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 6.2 y 105.1 del Código penal. Así, de acuerdo con el art. 6.2, que consagra el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, éstas no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Partiendo de la premisa de que el art. 6.2 Cp no distingue entre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad, la libertad vigilada no podrá ser más gravosa ni durar más que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido y, en cualquier caso, de conformidad con el artículo 105.1 Cp, no puede durar más de cinco años ni superar el límite necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto⁽⁶²⁾.

Tratándose de la libertad vigilada postpenitenciaria, el art. 105.2 Cp dispone que ésta podrá durar hasta diez años cuando expresamente lo disponga el Código penal⁽⁶³⁾. Pero,

y que se acerquen a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad (STS 7376/2011, de 18 de octubre). Así, también, al condenado por la muerte de Marta del Castillo, la Audiencia provincial de Sevilla le ha impuesto, además de pena de prisión de 20 años, la prohibición de residir en la misma localidad o ciudad donde lo hagan los padres y las hermanas de la víctima por espacio de 30 años, así como de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con ellos por el mismo espacio de tiempo (Sentencia AP Sevilla 1/2012, de 13 de enero).

(61) En opinión de REBOLLO VARGAS, «dado que el régimen de las penas accesorias es potestativo... mientras que la previsión para las medidas de seguridad de libertad vigilada es de índole preceptivo... parece» que ese concurso aparente de normas se resolvería a favor de la libertad vigilada lo que impediría su imposición simultánea de la pena accesoria (en «De las medidas de seguridad», p. 859). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tanto la imposición de las penas accesorias como la de la medida de libertad vigilada pueden ser preceptivas o potestativas, por lo que la solución de este concurso aparente de normas dependerá de las particularidades de cada supuesto. En todo caso, hay que tener en cuenta que las penas accesorias se imponen en la sentencia condenatoria y, aunque la libertad vigilada también, su contenido concreto se determina en un momento posterior, y como no se sabe si las prohibiciones que el juez acuerde van a coincidir con las penas accesorias del art. 48, el aparente concurso de normas no se da en el momento en el que se impone la libertad vigilada, por lo que el Juez o Tribunal sentenciador no tiene por qué dejar de imponerlas si se dan los requisitos exigidos en el art. 57. Los problemas de incompatibilidad sólo se darán en el momento de concreción de la libertad vigilada, por lo que, como avanzábamos en el texto, si las prohibiciones ya se han impuesto como penas accesorias no podrán imponerse además como medidas de libertad vigilada.

(62) Vid. ampliamente, sobre la duración de las medidas no privativas de libertad, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», pp. 679 y s.

(63) Crítico con el criterio utilizado para determinar la duración de la libertad vigilada se muestra SANZ MORÁN, ya que en su opinión no debería hacerse depender la duración de la medida de la gravedad de la pena impuesta sino a la peligrosidad criminal del autor («La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1020).

como veremos a continuación, los criterios para determinar los límites temporales de la libertad vigilada son distintos según se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo. En el primer caso se tiene en cuenta la naturaleza del delito cometido, grave o menos grave (arts. 13 y 33 Cp); y en el segundo, la naturaleza de la pena de prisión impuesta en condena, grave o menos grave (art. 33 Cp)⁽⁶⁴⁾.

Para los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el art. 192.1 Cp dispone que la duración de la libertad vigilada «será de cinco a diez años si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves». En este caso, la duración de la libertad vigilada depende de la naturaleza del o de los delitos cometidos: graves o menos graves. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el art. 13 Cp clasifica los delitos en graves y menos graves, según se trate de delitos castigados con pena grave o con pena menos grave, respectivamente, hay que tener en cuenta que, cuando por la pena prevista para el delito en cuestión éste pueda ser grave o menos grave, según dispone el art. 13.4 Cp, el delito se considera en todo caso como grave.

De forma que, cuando el sujeto haya cometido un solo delito grave contra la libertad e indemnidad sexuales, la duración de la libertad vigilada será de cinco a diez años, el mismo límite temporal en caso de concurrencia de delitos, siendo uno de ellos grave. Por ejemplo, al condenado por un delito de violación que por la pena prevista en el art. 179 Cp —prisión de seis a doce años— es grave, la duración de la libertad vigilada podrá ser de hasta diez años, el mismo límite temporal máximo si ha cometido dos delitos de violación, o un delito de violación y otro de agresión sexual del art. 178 Cp. Mientras que, cuando se trate de un solo delito menos grave o de la concurrencia de delitos menos graves, independientemente del total de la pena de prisión impuesta, es decir, sea la pena resultante grave o menos grave, la duración de la libertad vigilada será de uno a cinco años. Por ejemplo, al condenado por un delito de agresión sexual del art. 178 Cp, delito menos grave porque tiene prevista una pena de prisión de uno a cinco años, se le podrá imponer la libertad vigilada con una duración de hasta cinco años, el mismo límite máximo que tendrá la libertad vigilada si el sujeto es condenado por la concurrencia de dos delitos de agresión sexual del art. 178 Cp.

Para los delitos de terrorismo, el art. 579.3 Cp dispone expresamente que «a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave». Tal como está redactado el precepto, en nuestra opinión, a diferencia de lo dispuesto en el art. 192.1 Cp, cuando se trata de delitos de terrorismo, la duración de la libertad vigilada no depende de la naturaleza del o de los delitos cometidos por el sujeto —graves o menos graves— sino de la gravedad de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria —grave o menos grave—⁽⁶⁵⁾. Así, por ejemplo, la financiación de actividades terroristas del nuevo art. 576

(64) En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, quien afirma que el art. 192 hace referencia a la clasificación del delito y el art. 579.3 a la gravedad de la pena prevista para el delito, en «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada”», p. 99.

(65) En sentido contrario FEIJOO SÁNCHEZ, quien asumiendo que la redacción del art. 579.3 con respecto al delito de terrorismo no es idéntica a la del art. 192, afirma que «también permite imponer una medida de cinco a diez

bis Cp es un delito grave porque tiene prevista una pena grave de prisión de cinco a diez años. Puede suceder que el Juez o Tribunal, en atención a las circunstancias concurrentes en el hecho o en el sujeto, decida imponer una pena inferior en grado, es decir, una pena inferior a cinco años. Entonces, como el sujeto ha sido condenado a pena de prisión menos grave, la duración de la libertad vigilada sólo puede ser de uno a cinco años. Mientras que, en el mismo supuesto, si por no concurrir circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal se impone una pena de prisión de entre cinco y diez años, la duración de la libertad vigilada será de cinco a diez años; el mismo límite temporal que tendría si por apreciar la agravante de reincidencia cualificada, por ejemplo, el Juez o Tribunal decide imponer una pena superior en grado, es decir una pena de prisión superior a diez años.

A diferencia de la regla establecida para la duración de la medida en casos de concurso de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando se trata de delitos de terrorismo no se dice nada al respecto. Y esta omisión se debe precisamente a lo que apuntábamos líneas arriba, si la duración de la libertad vigilada depende de la naturaleza del total de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria —grave o menos grave— es irrelevante que esta pena sea la que corresponda por la comisión de un solo delito o de un supuesto de concurso de delitos, sean éstos graves o menos graves⁽⁶⁶⁾.

En la determinación de la duración de la libertad vigilada postpenitenciaria, el Juez o Tribunal sentenciador está vinculado a estos límites temporales mínimos y máximos, es decir, la duración de la libertad vigilada no puede ser inferior ni superior a los límites legalmente establecidos. Sin embargo, ello no supone que, una vez determinado el límite máximo de duración de la libertad vigilada, el sujeto sometido a ella tenga que cumplir íntegramente ese tiempo, ya que las medidas de seguridad, incluida la libertad vigilada postpenitenciaria, están sujetas a una revisión constante en aplicación de lo dispuesto en los arts. 97 y 106.3 Cp. Como veremos *infra*, cabe la posibilidad de reducir el tiempo de cumplimiento de la medida, alzarse en cuanto desaparezca la peligrosidad del sujeto que motivó el inicio del cumplimiento de la medida e incluso puede que ni siquiera llegue a ejecutarse. Aun así, hay autores que se han mostrado críticos con el límite máximo de la libertad vigilada por considerarlo excesivo⁽⁶⁷⁾ o porque supone la «prolongación general de la privación de derechos después de haberse cumplido penas muy graves»⁽⁶⁸⁾. Y desde luego tienen razón. Si tenemos en cuenta que la legislación penal española posibilita, en casos de terrorismo, el cumplimiento efectivo de penas de hasta cuarenta años de prisión [art. 76.1.d) Cp], y si a ello le sumamos la libertad vigilada por un tiempo de hasta diez años, esto supone que el sujeto conservará esa situación de especial sujeción con el sistema penal

años para los condenados por delitos graves y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave», en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 230 y nota a pie núm. 19.

(66) En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR, la diferencia de criterios utilizados en la determinación de los límites temporales de la medida de libertad vigilada según se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo conlleva cierta confusión, por lo que quizá hubiera sido preferible un tratamiento homogéneo en ambos supuestos, en «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada”», p. 100.

(67) En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, una medida de seguridad «por encima de cinco años parece excesiva pese a las modificaciones e incidencias previstas en el art. 97 con carácter general y en el apartado 3 del art. 106 con carácter especial» («La libertad vigilada», p. 5).

(68) En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., p. 598.

durante cincuenta años, lo que puede suscitar dudas de constitucionalidad⁽⁶⁹⁾, o convertir en innecesario el recurso a la libertad vigilada⁽⁷⁰⁾.

Establecimiento de la duración de la medida. Dada la peculiaridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, que se impone en la sentencia condenatoria pero cuyo contenido se concreta en un momento posterior, que por lo general será bastante alejado en el tiempo, cabe preguntarse si la duración de la misma debe establecerse en la sentencia en la que se impone o en el momento en que se determine su contenido concreto. Tanto en el art. 106 Cp como en los arts. 192.1 y 579.3 Cp no se dice nada expresamente al respecto.

Cuando se trata de las medidas de seguridad en general, es decir las impuestas a los inimputables y semiimputables, la duración temporal de las mismas se determina en la misma sentencia en la que se acredita la prognosis de criminalidad futura. Para ello, el Juez o Tribunal sentenciador debe tener en cuenta los límites temporales establecidos en el Código penal, las circunstancias personales del sujeto, así como los informes que han servido para determinar la peligrosidad criminal futura del acusado.

Volviendo con la libertad vigilada postpenitenciaria, si la duración de la misma se tuviera que determinar en la sentencia en la que se impone, el único criterio que tendría el Juez o Tribunal sentenciador sería los límites formales que se establecen en el art. 105.2 en relación con los arts. 192.1 y 579.3 Cp. Ya que, como hemos venido observando, cuando se den los requisitos exigidos para la imposición preceptiva no tiene que acreditarse la existencia de prognosis de criminalidad futura; se impone en base a una presunción de peligrosidad que si bien puede ser desvirtuada en el momento de la concreción del contenido, cuando se impone no se tiene en cuenta o puede que simplemente ni exista. Lo que supone que el Juez o Tribunal sentenciador no tiene ningún informe sobre la existencia o no de la peligrosidad criminal futura del sujeto, de sus circunstancias personales, etc., que sirvan de fundamento para establecer la duración de la medida. Por estas particularidades, la duración de la libertad vigilada debe determinarse cuando se concrete su contenido porque en este momento el Juez o Tribunal sentenciador tiene a su disposición la propuesta elevada por el Juez de vigilancia penitenciaria o cualquier otro documento presentado por las partes en los que se constate o se desvirtúe la existencia de la peligrosidad futura. Y debe ser en base a estos informes que se debe determinar la duración de la medida, y no recurrir al automatismo de imponerla siempre en su límite máximo permitido por el Código penal.

IV. EJECUCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA

En la ejecución de la libertad vigilada hay que distinguir según se trate de la libertad vigilada ordinaria prevista para los sujetos declarados inimputables o semiimputables o de la modalidad postpenitenciaria que se puede imponer a los imputables, cuando así lo dispon-

(69) Así, URRUELA MORA, quien opina que la constitucionalidad de la posibilidad de imponer consecuencias jurídicas de naturaleza penal de hasta cincuenta años debe ser analizada a la luz de prohibición de cadena perpetua y la finalidad resocializadora de las penas y las medidas de seguridad establecida en la Constitución («Medidas de seguridad», p. 660).

(70) Véase, en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 224.

ga expresamente el Código penal. Como veremos a continuación, en el primer supuesto es de aplicación lo previsto en los arts. 97 y 98.2 y 3 Cp, mientras que para la libertad vigilada postpenitenciaria rige fundamentalmente lo dispuesto en los arts. 98.1 y 3 y 106.3 Cp.

1. Ejecución de la libertad vigilada ordinaria

En la ejecución de las medidas de seguridad debe tenerse en cuenta la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto sometido a ella. A este principio responde el contenido del art. 97 al disponer que, durante la ejecución de la medida de seguridad, el Juez o Tribunal sentenciador *adoptará* anualmente, mediante el procedimiento establecido en el art. 98, la decisión de decretar el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida. Téngase en cuenta que la reforma de 2003 cambió el término «podrá» por «adoptará» para dejar claro que el Juez o Tribunal está obligado a revisar la ejecución de la medida en atención a la evolución y a las circunstancias personales del sujeto.

Entre las opciones que el Juez o Tribunal debe adoptar se encuentran: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate, en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida; y, d) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 Cp⁽⁷¹⁾.

Antes de la reforma del 2010, el Código penal disponía que en el proceso de revisión de las medidas de seguridad intervinieran tanto el Juez o Tribunal sentenciador como el Juez de vigilancia penitenciaria. Un sector de la doctrina interpretaba, del análisis conjunto de los arts. 97 y 105, que el Juez de vigilancia penitenciaria estaba obligado a elevar el correspondiente informe sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad, independientemente de que éstas fueran privativas o no privativas de libertad⁽⁷²⁾; mientras que otro sector entendía que esta obligación sólo lo era con relación a las medidas de seguridad privativas de libertad⁽⁷³⁾. Estos problemas competenciales en lo que a la propuesta se refiere han sido resueltos por la LO 5/2010, que excluye la intervención del Juez de vigilancia penitenciaria en la formulación de la propuesta de revisión o modificación de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dentro de las que se incluye la libertad vigilada ordinaria. De esta

(71) Véanse ampliamente al respecto, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», pp. 652 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª edición, pp. 595 y ss.; REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», pp. 824 y ss.; SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, pp. 301 y ss.

(72) En este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 523. De la misma opinión parece ser SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, pp. 302 y s.

(73) Así, por ejemplo, SÁNCHEZ YLLERA, quien entendía que la elevación de la propuesta sólo lo era en relación al internamiento en centro penitenciario, en *Comentarios al Código penal de 1995*, p. 543.

forma, el art. 98.2 Cp dispone que, cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva⁽⁷⁴⁾.

Ahora bien, aunque tratándose de la libertad vigilada impuesta a inimputables o semiimputables no se establece plazo alguno para requerir tales informes, ha de entenderse que al igual que se prevé cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria éste deberá ser al menos anual. Es decir, que el Juez o Tribunal sentenciador deberá requerir tales informes al menos anualmente para que, por el procedimiento establecido en el art. 98.3, aplicable a todas las medidas de seguridad, proceda a adoptar una decisión al respecto⁽⁷⁵⁾.

2. Ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria

Determinado el contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria, es decir, establecidas las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado, y su duración, éstas empiezan a ejecutarse con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión impuesta. En el supuesto de que el condenado tenga que cumplir sucesivamente varias penas de prisión, la libertad vigilada empezará a ejecutarse cuando se hayan terminado de cumplir todas las penas impuestas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria está condicionada a que la pena de prisión no haya conseguido los efectos rehabilitadores que se pretendía, o que no se haya producido la efectiva reinserción del sujeto⁽⁷⁶⁾. Esto supone que tras el cumplimiento de la pena de prisión existe un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo que fundamenta la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria⁽⁷⁷⁾.

El art. 106.2 Cp consagra el régimen de cumplimiento sucesivo a la pena o penas de prisión de las obligaciones o prohibiciones que el Juez o Tribunal sentenciador haya decretado. Pero hay que tener en cuenta que, en este mismo precepto, se dispone que este régimen de cumplimiento sucesivo a la pena de prisión sólo puede ser aplicado «cuando así lo disponga expresamente el Código penal», y como veremos a continuación, tal régimen de cumplimiento sólo está previsto expresamente cuando se trata de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁽⁷⁸⁾. En el ámbito de estos últimos, el art. 192.1 Cp dispone

(74) Véanse, al respecto, DE MARCOS MADRUGA, «De las medidas de seguridad», pp. 425 y s.; GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 653; SANZ MORÁN, «Medidas de seguridad: régimen general», p. 141.

(75) Así, REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», p. 831.

(76) Lo que, en opinión de GARCÍA ALBERO, supone convertir la medida de seguridad impuesta en sentencia «en una medida sometida a condición resolutoria», por lo que no faltará razón a quien sostenga fraude de etiquetas, «denunciando que se trata de una medida que, sustancialmente carece de presupuesto autónomo», es decir, que descansa en una peligrosidad autónoma y posterior al hecho cometido, en «De las medidas de seguridad», p. 695.

(77) Para GARCÍA RIVAS, la exigencia del pronóstico de peligrosidad criminal en el momento de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria «resulta plenamente acorde con los requisitos que establece el art. 95.1 para la imposición de cualquier medida de seguridad», en *La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad*, p. 4.

(78) En este sentido, REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», pp. 861 y s.

que la medida de libertad vigilada «se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad», lo que está en consonancia con la regla prevista en el art. 106.2 Cp. Sin embargo, cuando se trata de los delitos de terrorismo, el art. 579.3 Cp dispone que «a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave». En el texto de esta norma sólo se dispone que cuando el sujeto es condenado a pena de prisión por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, se le impondrá *además* la medida de libertad vigilada, pero no se prevé, tal como lo exige el art. 106.2 Cp, y al igual que sucede en el art. 192.1 Cp, que ésta debe cumplirse o ejecutarse con posterioridad a la pena de prisión.

Esta diferencia en el régimen de cumplimiento de la medida en uno y otro supuesto puede llevar a interpretar que la intención del legislador es darle un tratamiento diferenciado a la ejecución de la libertad vigilada según el delito del que se trate. Sin embargo, aunque esta sea la interpretación que más se ajusta al contenido de la ley, lo más probable es que el legislador no haya pretendido «conscientemente» este tratamiento diferenciado, sino que se deba a un olvido o a una falta de coordinación del contenido de los distintos preceptos que regulan la libertad vigilada⁽⁷⁹⁾. Siendo esto así, debe ser el legislador quien, mediante el correspondiente trámite legislativo, resuelva la cuestión.

A) *Concurrencia de varias medidas de libertad vigilada*

El último párrafo del art. 106.2 Cp regula la concurrencia de varias medidas de libertad vigilada postpenitenciaria, específicamente lo que en el tratamiento del concurso real de delitos se denomina *acumulación material*. Así, dispone que si al sujeto se le hubiesen impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva. De esta forma, será posible cumplir simultáneamente, por ejemplo, la libertad vigilada concretada en la prohibición de residir en un lugar determinado con otra medida de libertad vigilada que consista en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el art. 76.1 Cp para los casos de concurso real de delitos, no se establece la *acumulación jurídica* que supone la determinación de unos topes de gravedad a la acumulación material⁽⁸⁰⁾. Tampoco se hace mención alguna sobre una posible refundición de las medidas⁽⁸¹⁾. Eso supone que, en caso de concurrencia de varias medidas de libertad vigilada postpenitenciaria que no puedan ejecutarse de forma simultánea, la ejecución sucesiva de éstas puede exceder el límite máximo establecido en el art. 105.2 Cp, que es de diez años⁽⁸²⁾. Ahora bien, para atemperar esta situación el mismo

(79) Así, para REBOLLO VARGAS, se trataría de un problema de técnica legislativa «fruto de la precipitación del legislador al abordar la reforma», en «De las medidas de seguridad», p. 861.

(80) En relación a la acumulación material y acumulación jurídica en caso de concurso real de delitos véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., pp. 545 y s.

(81) Así, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 225.

(82) ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 193.

párrafo prevé que el Juez o Tribunal sentenciador puede ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente, es decir, mediante el respectivo procedimiento contradictorio previsto en el art. 98.3 Cp, no sólo modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas⁽⁸³⁾, sino también reducir la duración de la libertad vigilada, ponerle fin a la misma e incluso dejarla sin efecto.

B) Órgano judicial encargado de la ejecución

A diferencia de lo previsto en el Anteproyecto de reforma de 2008, en el que se prevé que será el Juez de vigilancia penitenciaria quien controle la ejecución de la libertad vigilada, la LO 5/2010 dispone que el órgano judicial encargado de la ejecución de la medida sea el respectivo Juez o Tribunal sentenciador. En principio esta decisión no presenta mayor problemática, siempre que se trate de la ejecución de una o varias medidas de libertad vigilada impuestas por diversos delitos por el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Sin embargo, el legislador no dice nada respecto a la concurrencia de diversas condenas de libertad vigilada dictadas por distintos Jueces o Tribunales, ni menos prevé cuál de los Jueces o Tribunales sentenciadores que han impuesto esas condenas debe controlar su ejecución. Ante el silencio del legislador, no cabe más que entender que será cada Juez o Tribunal sentenciador, quien haya impuesto la respectiva libertad vigilada postpenitenciaria, el encargado de su ejecución⁽⁸⁴⁾. Pero es de esperar que surjan problemas de coordinación entre éstos, por lo que debió preverse la unificación de la ejecución de las distintas medidas de libertad vigilada en un único órgano judicial, tal como sucede en el ámbito de la legislación penal juvenil, en la que se dispone que, en casos de concurrencia de varias medidas de libertad vigilada, el encargado de la ejecución de todas ellas será el Juez o tribunal que dictó la primera sentencia firme⁽⁸⁵⁾.

3. La revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria

Una de las principales ventajas que tiene la configuración de la libertad vigilada como medida de seguridad es el régimen previsto para su ejecución, caracterizado por su flexibilidad⁽⁸⁶⁾. Para la determinación temporal del máximo de cumplimiento de las medidas de

(83) Como parecer dar a entender FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 225.

(84) En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», pp. 224 y ss.

(85) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. «Artículo 12. Procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones. 1. A los fines previstos en el artículo anterior, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, impuestas al mismo menor por otros jueces de menores en anteriores sentencias, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el competente para la ejecución de todas, asumiendo las funciones previstas en el apartado 2 de este artículo. 2. El Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas conforme establece el artículo 47 de esta Ley. Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones».

(86) Hay que tener en cuenta que el Anteproyecto de reforma de 2008 configuraba la libertad vigilada como pena accesoria; sin embargo, a diferencia del régimen de ejecución de cualquier otra pena, se disponía un régimen de

seguridad hay que tener en cuenta dos límites: uno formal y otro material. De acuerdo con el límite formal, las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, y tratándose de medidas no privativas de libertad no pueden durar más de cinco o diez años, según el supuesto del que se trate. A partir de este límite, hay que tener en cuenta el material, y es que la duración de las medidas no puede exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, es decir, de la subsistencia o remisión del pronóstico de peligrosidad criminal.

Al ser la libertad vigilada una medida de seguridad, en la determinación temporal también habrá que tener en cuenta el límite formal y el material. Ya hemos visto que, según el caso, el límite formal máximo de la libertad vigilada es de cinco o diez años, pero el límite material obliga a que la duración de la misma esté condicionada a la subsistencia o remisión de la circunstancia que motivó su imposición, es decir, de la peligrosidad criminal del sujeto. Y decíamos que es una ventaja porque a diferencia de las penas que deben cumplirse íntegramente, el cumplimiento de la libertad vigilada por parte de los delincuentes imputables está condicionado a la subsistencia del pronóstico de peligrosidad criminal futura⁽⁸⁷⁾. Así, por ejemplo, tal como lo vimos *supra*, si no existe tal pronóstico puede que la medida de libertad vigilada impuesta en sentencia no se concrete en obligaciones o prohibiciones, o que una vez concretada no se ejecute tras la salida de prisión del sujeto.

A) El papel del Juez de vigilancia penitenciaria

A diferencia de lo dispuesto para las medidas de seguridad no privativa de libertad dentro de la que se incluye la libertad vigilada ordinaria, en la revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria el Juez de Vigilancia cumple un papel relevante. Así, el art. 98.1 dispone que cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma⁽⁸⁸⁾. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria «deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene». Para la formulación de esta propuesta, el Juez de vigilancia penitenciaria también puede tener en consideración el informe técnico sobre la evolución del penado que, de conformidad con el art. 23 del RD

ejecución propio de las medidas de seguridad caracterizado por la posibilidad de modificar las obligaciones, reducir la duración o dejar sin efecto la libertad vigilada. Véase al respecto SANTANA VEGA, «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», pp. 467 y ss.

(87) Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español», p. 11.

(88) Especialmente crítico con la intervención del Juez de vigilancia penitenciaria en la propuesta de modificación de la libertad vigilada se muestra DE MARCOS MADRUGA, ya que en su opinión la intervención de éste carece de sentido cuando se trate de sujetos de los cuales no ha tenido noticias, pues en estos casos tiene el mismo conocimiento que el Juez o Tribunal sentenciador «y por ello no pasa de ser un trámite inútil», en «De las medidas de seguridad», p. 439.

840/2011, de 11 de junio, debe elaborar la Junta de Tratamiento u órgano equivalente, del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional, teniendo en cuenta, por ejemplo, que la medida no debe ejecutarse si en el momento del licenciamiento definitivo existe un pronóstico positivo de reinserción.

Aunque el art. 98.1 Cp establece que el Juez de vigilancia penitenciaria debe elevar una propuesta anual, nada impide que pueda hacerlo en plazos inferiores. En principio, porque este artículo establece que está obligado a elevar «al menos» anualmente una propuesta, lo que supone el límite máximo, pero teniendo en cuenta que en la ejecución de la libertad vigilada debe observarse la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto sometido a ella, si los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida o por las Administraciones Públicas revelan la necesidad de revisar la ejecución de la medida, como afirma GARCÍA ALBERO, el Juez de vigilancia penitenciaria está obligado a elevar la propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, con independencia de la fecha en que el sujeto empezó a cumplir la medida o desde que se produjo la última propuesta⁽⁸⁹⁾. Si bien el Juez de vigilancia penitenciaria es el encargado de elevar la respectiva propuesta sobre la revisión de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria, no tiene por qué excluirse la posibilidad de que el sometido a ella solicite la revisión directamente al Juez o Tribunal sentenciador o se dirija al Juez de vigilancia penitenciaria para que eleve la respectiva propuesta de revisión⁽⁹⁰⁾.

En otro orden de cuestiones, aunque no se diga nada expresamente al respecto en el Código penal, en principio, el Juez de vigilancia penitenciaria encargado de elevar la propuesta sobre el contenido concreto de la libertad vigilada postpenitenciaria debe ser el del centro penitenciario donde el sujeto esté internado o el del centro al que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional⁽⁹¹⁾. Esto queda claro en el art. 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, al establecer que para la elaboración de dicha propuesta el Juez de vigilancia penitenciaria debe solicitar un informe técnico sobre la evolución del condenado a la Junta de tratamiento del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o a la del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Sin embargo, el problema se presenta cuando se trata de determinar qué Juez de vigilancia penitenciaria debe elevar la propuesta de revisión o modificación de la ejecución de la libertad vigilada cuando el sujeto ya ha salido de prisión, teniendo en cuenta que el sujeto puede residir en un lugar distinto al de la sede del tribunal que concretó la medida o a la del centro penitenciario en el que cumplió la pena de prisión. En este caso, a falta de previsión, lo conveniente sería, tal como se realiza en los supuestos de libertad condicional, que el Juez de vigilancia penitenciaria encargado de formular la propuesta de revisión sea el del domicilio del sujeto sometido a la medida.

(89) En este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 654. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 226; URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», p. 670.

(90) Así, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 226; REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», p. 830.

(91) Véase, al respecto, DE MARCOS MADRUGA, «De las medidas de seguridad», p. 439.

B) *Periodicidad de la revisión*

Otra de las cuestiones que se plantea con relación a la revisión de la libertad vigilada es la periodicidad con la que ésta debe producirse.

Antes de la reforma de 2010 del Código penal, el art. 97 disponía, tal como ahora se hace en el art. 98.1, que el Juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida privativa de libertad impuesta, pero no se establecía expresamente si la decisión que debía tomar al respecto el Juez o Tribunal sentenciador debía ser también al menos anualmente. La práctica jurisprudencial al respecto es variada. Por lo general, en las sentencias, tras determinar el límite máximo de duración de la correspondiente medida de seguridad, se establece que en la ejecución deberá tenerse en cuenta el art. 97 del Cp o que ésta debe ser revisada periódicamente a partir de un momento determinado. Así, por ejemplo, en la STS 369/2005, de 30 de marzo, se determinó que la primera revisión de la medida de seguridad de internamiento impuesto por un plazo de cinco años debía realizarse a los dos años de cumplimiento, y sucesivas revisiones anuales después de dicho término. Sin embargo, hay otras en las que se han impuesto plazos más largos. Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 487/2006, de 31 de enero⁽⁹²⁾, en la que, anulando parcialmente la Sentencia de Instancia, absolvió al acusado de un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso con un delito de incendio, porque el sujeto padecía una esquizofrenia paranoide recurrente del 20.1 Cp, y en virtud de ello le impuso la medida de internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado para la alteración que sufría, prevista en el art. 101 CP, por un tiempo de veinte años, estableciendo que dicha medida «no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento». La firmeza de esta sentencia hubiese supuesto que el sujeto tendría que estar internado obligatoriamente durante ocho años sin la posibilidad de que, ante un eventual cambio o evolución en su tratamiento, esta medida privativa de libertad hubiese sido sustituida por otra menos restrictiva, como por ejemplo el sometimiento a un tratamiento médico externo. Sin embargo, el sujeto presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien estimó parcialmente el recurso anulando la sentencia en lo que se refiere a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento por considerar que tal decisión vulnera el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio, en tanto que para la Sala tal prohibición es contraria al art. 97 Cp, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual de las medidas.

Si bien las consideraciones anteriores se enmarcan en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad, la propuesta de revisión que ahora se contiene en el art. 98.1 Cp, en el que como vimos *supra* también se incluye a la libertad vigilada postpenitenciaria, habrá que entender que, como el Juez de Vigilancia tiene la obligación de elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, *a priori*, se prevé legalmente el control judicial de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria con una periodicidad máxima de un año. Pero también cabe la posibilidad de

(92) Ponente Bacigalupo Zapater, Fallo Segunda Sentencia.

que el Juez o Tribunal sentenciador en la resolución en la que se determine el contenido concreto de la libertad vigilada establezca periodos inferiores al año para que el Juez de vigilancia penitenciaria eleve la propuesta a la que se refiere el art. 98.1 Cp⁽⁹³⁾, y se proceda a la revisión de la ejecución de la libertad vigilada. Lo que en ningún caso podrá suceder es que una vez impuesta la libertad vigilada y determinado su contenido concreto, así como su duración, el Juez o Tribunal sentenciador decreta que la propuesta del Juez de vigilancia penitenciaria o la revisión de la ejecución de la medida se realice en plazos superiores a un año, tal como sucedió en la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada.

C) El procedimiento para la revisión

La propuesta de revisión de la libertad vigilada postpenitenciaria realizada por el Juez de vigilancia debe ser elevada al Juez o Tribunal sentenciador para que, por el procedimiento establecido en el artículo 98.3 Cp, *pueda* adoptar una decisión al respecto. Literalmente, en el encabezamiento del art. 106.3 Cp se establece que el Juez o tribunal «podrá», lo que supone, en principio, el carácter facultativo de la decisión.

La redacción original del art. 97 también disponía que la decisión del Juez o Tribunal sentenciador tuviese carácter facultativo. A pesar de ello, la doctrina entendió que, teniendo en cuenta que, de conformidad con el art. 6.2 Cp, las medidas de seguridad no pueden exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad criminal, si esa peligrosidad desaparece o disminuye, o las medidas inicialmente impuestas no son adecuadas, el Juez o Tribunal sentenciador deberá modificar la ejecución de la medida de acuerdo a la nueva situación⁽⁹⁴⁾. En este sentido, la LO 15/2003, por la que se modifica el Código penal, sustituye la palabra «podrá» por la de «adoptará», de forma que se aclara que el Juez o Tribunal sentenciador deberá adoptar durante la ejecución de la medida alguna de las decisiones a las que se refiere el art. 97 Cp⁽⁹⁵⁾.

Las mismas consideraciones pueden ser trasladadas a la libertad vigilada postpenitenciaria. Si la ejecución de la medida está inspirada en el principio de flexibilidad⁽⁹⁶⁾, que permite adecuar no sólo el contenido de la medida sino la ejecución y duración de la misma a las circunstancias personales del condenado, en atención al pronóstico positivo de reinserción o a la desaparición de la peligrosidad criminal, el Juez o Tribunal sentenciador está obligado a modificar el número y clase de medidas, a reducir la duración de la libertad vigilada o poner fin a la misma. Por lo que este carácter facultativo no significa necesariamente que el Juez o Tribunal sentenciador pueda tomar o no alguna de las decisiones previstas en el art. 106.3 Cp⁽⁹⁷⁾; en nuestra opinión, el legislador utiliza la forma facultativa —«podrá»— para no descartar la posibilidad de que en el transcurso de la ejecución de la

(93) En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 226.

(94) Así entre otros, GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pp. 407 y s.

(95) Véanse al respecto LANDROVE DÍAZ, «La reforma de las medidas de seguridad» (recurso online); SANZ MORÁN, «La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad», p. 876.

(96) En este sentido, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 694.

(97) Así, MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», p. 13.

libertad vigilada postpenitenciaria puedan aparecer otras circunstancias que no se contemplen en el art. 106.3 Cp, y sin embargo el Juez o Tribunal sentenciador pueda tenerlas en cuenta. Así, por ejemplo, este artículo no prevé expresamente la posibilidad de mantener la ejecución de las obligaciones o prohibiciones impuestas⁽⁹⁸⁾, pero eso no significa que el Juez no pueda decretarla. Imaginemos que el sometido a la libertad vigilada postpenitenciaria solicita su revisión y, según el informe presentado por el Juez de vigilancia, y tras el respectivo procedimiento previsto en el art. 98.3 Cp, el Juez o Tribunal sentenciador llega al convencimiento de que no debe ser modificada. Si este fuera el caso, en la resolución que adopte deberá decretar el mantenimiento de la ejecución de medida.

En este procedimiento contradictorio debe darse audiencia a las partes, e incluso a quienes siendo víctimas del delito no estuvieron personadas en el respectivo procedimiento. La finalidad de la audiencia, y sobre todo la oportunidad que se da a la víctima para que se pronuncie, no tiene por qué verse como un elemento perturbador en este procedimiento⁽⁹⁹⁾, ni menos que ello pueda suponer una mayor estigmatización del sujeto⁽¹⁰⁰⁾. En esta audiencia las víctimas pueden manifestar por sí mismas los efectos de su victimización e incluso solicitar el mantenimiento o el cese de una medida, pero también garantiza que el Juez o Tribunal sentenciador tenga a su disposición elementos de valoración suficiente que le permitan tomar la decisión más adecuada, no sólo para el condenado sino también para la víctima⁽¹⁰¹⁾. Ahora bien, el que la víctima solicite, por ejemplo, la modificación de la medida de alejamiento no significa que el Juez o Tribunal esté obligado a decretarla. Hay que tener presente que lo practicado en esta audiencia no es vinculante, sólo servirá de base para la resolución motivada que el órgano judicial tome.

Según lo previsto en el art. 106.3 Cp, mediante este procedimiento contradictorio el Juez o Tribunal podrá: a) modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas; b) reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas; y, c) dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

(98) De una opinión distinta parece ser FEIJOO SÁNCHEZ, quien afirma que «el art. 106.3 establece que, recibida la propuesta, el Juez o Tribunal sentenciador deberá, mediante Auto motivado... a) *mantener la medida*» (cursiva nuestra), en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 226.

(99) En opinión de ACALE SÁNCHEZ, las víctimas al entrar a formar parte de la ejecución de las medidas, lo hacen como «meras convidadas de piedra», pues todo apunta a que carecerán de datos sobre la reinserción social del sometido a la pena y medida, sucesivamente, en *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 192.

(100) Así, por ejemplo, en opinión de REBOLLO VARGAS, «la cada vez más acentuada “vis expansiva” que se le atribuye a la víctima del delito en las medidas de seguridad no tiene una justificación plausible. Y permitir que la víctima participe en el procedimiento contradictorio previsto en el art. 98.3 supone que a la persona que habiendo cumplido la pena se le imponga la medida de libertad vigilada se convierta en un sujeto más estigmatizado, si cabe, ante la posibilidad de que la víctima inste la adopción de una medida», en «De las medidas de seguridad», p. 858.

(101) Para SANZ MORÁN, la única justificación para esta previsión quizás haya que buscarla en el dato de que en aquellas propuestas a las que se refiere el art. 98.3 se encuentra la libertad vigilada postpenitenciaria, en la que se comprenden las actuales prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima. «Medidas de seguridad: régimen general», p. 142.

Como hemos visto anteriormente, de conformidad con lo previsto en el art. 97, las modificaciones que puede sufrir la libertad vigilada ordinaria son el mantenimiento, el cese, la sustitución y la suspensión. Mientras que cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria, el art. 106.3 Cp prevé el dejar sin efecto la medida, poner fin a su ejecución, reducir su duración o modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Haciendo una comparación entre ambos supuestos y relacionándolos con el art. 98.1 Cp, observaremos que existe cierta diferencia en cuanto a su contenido. Así, por ejemplo, en el art. 98.1 Cp, al que se remite el art. 106.3 Cp, se dice expresamente que cuando se trate de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, propuestas que coinciden con las decisiones que el Juez o Tribunal sentenciador debe tomar cuando se trata de la libertad vigilada ordinaria. Sin embargo, según dispone el art. 106.3 Cp, dentro de las decisiones que el Juez o Tribunal sentenciador puede tomar no se menciona expresamente el mantenimiento de la libertad vigilada ni menos la suspensión condicional de la misma. Esta falta de coherencia entre los arts. 97, 98.1 y 106.3 Cp podría interpretarse, en principio, en dos sentidos. Por un lado, considerar que cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria rige principalmente lo dispuesto en el art. 106.3 Cp, lo que supone que el Juez de vigilancia penitenciaria no puede o no debe elevar una propuesta de mantenimiento o de suspensión condicional de la libertad vigilada postpenitenciaria y, consecuentemente, el Juez o Tribunal sentenciador tampoco puede pronunciarse sobre estos extremos⁽¹⁰²⁾. Y, por otro lado, entender que lo previsto en los arts. 97 y 98.1 Cp tiene alcance general, y por lo tanto, también se aplicarían a la libertad vigilada postpenitenciaria⁽¹⁰³⁾.

En principio, respecto a la posibilidad de decretar el mantenimiento de la libertad vigilada aunque no se haya previsto expresamente en el art. 106.3 Cp, hay que tener en cuenta que, según el art. 98.1 Cp, el Juez de vigilancia penitenciaria está obligado a elevar al menos anualmente un informe sobre la evolución del sujeto, y que, incluso, el mismo sujeto sometido a la medida puede solicitar directamente al Juez o Tribunal sentenciador la modificación de la ejecución de la libertad vigilada o solicitar al Juez de vigilancia penitenciaria que emita la propuesta en este sentido sin tener que esperar a la propuesta anual. Si el Juez o Tribunal sentenciador observa que no se ha producido ninguna modificación en la situación de peligrosidad criminal del sujeto sometido a la medida, no queda otra opción que decretar el mantenimiento de la ejecución de las obligaciones o prohibiciones impuestas. Lo mismo cabría afirmar respecto a la suspensión condicional de la libertad vigilada postpenitenciaria. Si partimos de la premisa de que el contenido del art. 106.3 Cp es de carácter facultativo, para no descartar la posibilidad de que en el transcurso de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria puedan aparecer otras circunstancias que no se contemplen en este precepto y, sin embargo, el Juez o Tribunal sentenciador pueda tener-

(102) Así, por ejemplo, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, el que el art. 106.3 no contemple expresamente el mantenimiento de la ejecución de la medida significa que el Juez de vigilancia penitenciaria no puede elevar la propuesta de mantenimiento de la libertad vigilada, en «La libertad vigilada», p. 14.

(103) Así, SANZ MORÁN entiende que, aunque el mantenimiento de la medida prevista en el art. 97 no está prevista en el art. 106.3, tiene alcance general, por lo que también se aplica a la libertad vigilada, en «La nueva medida de libertad vigilada», p. 1024.

las en cuenta, y que según el art. 98.1 Cp el Juez de vigilancia penitenciaria puede elevar una propuesta de suspensión, entonces no habría motivos para descartar la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador decreta la suspensión condicional de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria. De esta forma, la suspensión podría constituirse en un paso previo antes de que resuelva reducir la duración de la libertad vigilada o poner fin a la ejecución de la misma. En este sentido, también en el Preámbulo de la LO 5/2010 se destaca que en la concreción del contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria y en su eventual «sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado».

D) Decisiones sobre la revisión

Las posibilidades previstas en el art. 106.3 Cp que asisten al Juez o Tribunal sentenciador para adecuar la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria, en orden a la importancia para el sujeto sometido a ella, son:

(i) Dejar sin efecto la medida [art. 106.3.c) Cp]

La letra c) del art. 106.3 Cp prevé que el Juez o Tribunal sentenciador podrá dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior, es decir, el pronóstico positivo de reinserción, considere innecesaria o contraproducente la libertad vigilada postpenitenciaria, se dé en el momento de la concreción de las medidas.

Teniendo en cuenta que el contenido de la libertad vigilada se determina al menos dos meses antes de que el sujeto termine de cumplir la pena o penas de prisión, puede suceder que en ese momento el Tribunal sentenciador considere innecesaria o contraproducente la imposición de las obligaciones o prohibiciones recogidas en el art. 106.1 Cp. Ello supone en la práctica que la determinación de las obligaciones o prohibiciones que debería observar el condenado una vez cumplida la pena de prisión está condicionada a que en ese momento las circunstancias personales del sujeto revelen que la medida no tiene sentido por no existir circunstancia alguna que justifique su concreción, porque o bien nunca existió tal pronóstico de peligrosidad futura, o habiendo existido esta ha desaparecido.

El dejar sin efecto la medida supone la remisión total de la misma, es decir, que no se podrá en el futuro, independientemente de las circunstancias sobrevenidas, volver a imponer la medida de libertad vigilada.

(ii) Poner fin a la medida impuesta [art. 106.3.b) Cp]

A diferencia de la decisión anterior, si las obligaciones o prohibiciones impuestas van a empezar a ejecutarse o ya se están ejecutando, el Juez o Tribunal puede poner *fin* a las mismas en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de éstas. Como adelantábamos *supra*, si bien el tenor literal del art. 106.3 Cp dispone expresamente que el Juez o Tribunal sentenciador «podrá» decretar alguna de las alternativas previstas en este precepto, lo que en principio supondría una decisión facultativa, lo cierto es que si tenemos en cuenta que en la ejecución de la medida debe tenerse en cuenta la peligrosidad criminal del sujeto, si el pronóstico positivo de reinserción considera contraproducente la continuidad de las obligaciones impuestas, el

Juez o Tribunal sentenciador «está obligado» a decretar el fin de la ejecución de la misma. Por otro lado, si el juez decreta poner fin a la ejecución de la medida de libertad vigilada supone la remisión de la misma.

(iii) Reducir la duración de la medida [art. 106.3.b) Cp]

La libertad vigilada puede tener una duración máxima de hasta cinco o diez años y dentro de estos límites el Juez o Tribunal sentenciador debe establecer la duración de la misma. Pues bien, una vez establecida la duración de la medida, el Juez o Tribunal sentenciador, en atención al criterio que venimos repitiendo, esto es, en vista del pronóstico positivo de reinserción, puede decretar reducir la duración de las obligaciones o prohibiciones impuestas. Esto supone la persistencia del juicio de peligrosidad criminal futura, pero no en los mismos términos que fundamentó la determinación inicial de la duración de la medida, es decir, se entiende que la peligrosidad ya no resulta tan grave o ésta es de menor intensidad porque se observa un progreso en el tratamiento del sujeto, pero no el suficiente como para poner fin a la medida.

Una vez decretada la reducción de la duración de la medida, el juez no puede en una decisión posterior volver a decretar la duración prevista inicialmente. Sin embargo, no se dice nada respecto a la decisión que puede tomar el Juez o Tribunal sentenciador si una vez decretada la reducción de la duración de la libertad vigilada aparece un pronóstico que revele un mayor pronóstico de peligrosidad o el fracaso del tratamiento, por lo que aquí podría cobrar importancia la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución del resto del tiempo de la medida como un paso previo para decretar la reducción de la duración de la misma.

(iv) Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas [art. 106.3.a) Cp]

Por último, el art. 106.3.a) Cp se refiere a la posibilidad de modificar el contenido concreto de la libertad vigilada, más no la medida en sí misma. Es decir, el Juez o Tribunal sentenciador puede, en atención a los informes presentados por el Juez de vigilancia penitenciaria y por cualquiera de las partes que intervienen en el procedimiento contradictorio previsto en el art. 98.3 Cp, modificar el alcance de las obligaciones o prohibiciones impuestas inicialmente o sustituirlas por otras obligaciones o prohibiciones que configuran la libertad vigilada, es decir, por cualquiera de las previstas en el art. 106.1 Cp. Por ejemplo, si inicialmente impuso la prohibición de aproximarse a la víctima puede modificarla para que incluya también la prohibición de aproximarse a sus familiares o a otras personas que el Juez o Tribunal sentenciador determine; o si impuso la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que éste establezca puede sustituirla por la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. La modificación también puede suponer la reducción del número de las obligaciones o prohibiciones impuestas, lo que en la práctica supondría dejar sin efecto la ejecución de una determinada obligación o prohibición; así como aumentar el número de obligaciones o prohibiciones inicialmente impuestas si así lo aconseja el informe de reinserción.

Pero si las obligaciones o prohibiciones pueden modificarse o sustituirse por cualquier otra u otras que componen la libertad vigilada con la sola exigencia de que éstas sean adecuadas a la evolución del sujeto, hay que tener en cuenta que el art. 106.3.a) Cp no contempla la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador decrete la sustitución de

la libertad vigilada postpenitenciaria por otra medida de seguridad no privativa de libertad ni menos por otra privativa de libertad, tal como puede suceder, de concurrir los requisitos previstos en el Código penal, cuando se trate de la libertad vigilada ordinaria impuesta a los sujetos declarados inimputables o semiimputables.

V. INCUMPLIMIENTO Y QUEBRANTAMIENTO DE LA LIBERTAD VIGILADA

Como venimos viendo, la libertad vigilada está prevista para dos grupos de supuestos que, en principio, conllevan regímenes distintos. Cuando se trate de la libertad vigilada ordinaria prevista para los inimputables y semiimputables, es aplicable el régimen general propio de las medidas de seguridad no privativas de libertad, mientras que, cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria prevista para los imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo, el régimen es el expresamente dispuesto para estos casos en el Código penal.

Sin embargo, como veremos a continuación se produce un solapamiento que resulta contradictorio entre el art. 100.2 y 3 inciso 1.º Cp, que regula el incumplimiento y quebrantamiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y el art. 106.4 Cp, que prevé las consecuencias del incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada⁽¹⁰⁴⁾. Son dos regímenes distintos, y el optar por uno u otro conlleva consecuencias distintas, no sólo en lo relacionado con las decisiones que puede tomar el Tribunal sentenciador respecto al incumplimiento de la medida en sí o de las obligaciones o prohibiciones impuestas, sino también cuando se trate de deducir testimonio por un delito de quebrantamiento de condena. Las dudas interpretativas que surgen en este aspecto pueden deberse a que cuando el legislador introduce esta «nueva» medida lo hace pensando fundamentalmente en la libertad vigilada postpenitenciaria, es decir en una medida de seguridad no privativa de libertad que va a imponerse a los sujetos imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, sin tener en cuenta, a pesar de lo expresado en el Preámbulo de la LO 5/2010, que en esta nueva medida se integran y refunden muchas de las medidas de seguridad no privativas de libertad que ya estaban previstas en los arts. 96.3 y 105 del Cp, que tienen un régimen distinto al que se le pretende dar a la libertad vigilada postpenitenciaria.

Partiendo de la premisa de que el régimen aplicable es distinto según sea la libertad vigilada ordinaria o la postpenitenciaria, cabría afirmar que cuando se trate del incumplimiento de la libertad vigilada ordinaria, al ser una medida de seguridad no privativa de libertad, habría que aplicar el régimen general previsto en el art. 100.2 Cp⁽¹⁰⁵⁾. En este artículo se dispone con carácter general que si se tratare de otras medidas que no sean de internamiento, es decir, de medidas de seguridad no privativas de libertad contenidas en el art. 96.3 Cp, dentro de las que ahora se encuentra la libertad vigilada, «el juez o tribunal

(104) En este sentido, REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», p. 862.

(105) Así, MANZANARES SAMANIEGO, quien concluye que en el caso de la libertad vigilada sólo procedería su sustitución por el internamiento cuando se trate de las eximentes incompletas que recoge el art. 104, ya que «no hay libertad vigilada sin una pena privativa de libertad que es incompatible con las eximentes completas y, por ende, con los internamientos de los arts. 101, 102 y 103», en «La libertad vigilada», p. 14.

podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad». Obsérvese que, en este caso, la decisión del Juez no es preceptiva sino facultativa, por lo que no está obligado a realizar la sustitución de la libertad vigilada por la del internamiento, y si así lo decidiese deben concurrir dos requisitos: (i) que la medida de internamiento esté prevista para el supuesto del que se trate, y (ii) que el quebrantamiento demuestre la necesidad del internamiento. Mientras que cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria sería de aplicación el inciso primero del art. 106.4 Cp, que dispone que «en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones impuestas». Téngase en cuenta que a pesar de que el precepto sólo se refiere a las obligaciones, mas no a las prohibiciones, ha de entenderse que ello se debe a un olvido del legislador, por lo que estas últimas también deben ser incluidas en este régimen. Se trata de una decisión facultativa, ya que el precepto establece que «podrá» modificar la medida, por lo que cabe la posibilidad de que el órgano sentenciador decida mantener la o las obligaciones o prohibiciones impuestas, o bien sustituirlas por otras más adecuadas.

Pero también cabría interpretar que este concurso aparente de normas que se presenta entre los arts. 100.2 y 106.4 Cp se resolvería aplicando el principio de especialidad a favor de este último. Es decir, que en caso de incumplimiento, tanto de la libertad vigilada ordinaria como de la modalidad postpenitenciaria, debe aplicarse el régimen especial previsto en el art. 106.4 Cp frente al régimen genérico dispuesto para las demás medidas de seguridad no privativas de libertad previsto en el art. 100.2 Cp. En la práctica esto supondría que, en todos los supuestos de incumplimiento de la libertad vigilada, el Juez o Tribunal sentenciador puede modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas al sujeto, sea éste inimputable, semiimputable o imputable. Esta solución puede ser, *a priori*, favorable al sometido a la libertad vigilada ordinaria, toda vez que en caso de incumplimiento ya no cabría la posibilidad de sustituir la libertad vigilada ordinaria por internamiento, ni menos deducirse automáticamente testimonio por el quebrantamiento. En este caso procedería la modificación de las obligaciones o prohibiciones impuestas, y solamente el incumplimiento reiterado o grave revelador de no someterse a las obligaciones o prohibiciones daría lugar a deducir testimonio por quebrantamiento. Para ejemplificar, antes de la reforma de 2010, en caso del autor de un delito de homicidio absuelto por la concurrencia de una inimputabilidad plena del art. 20.1.^a Cp, el Juez o Tribunal sentenciador podía decidir, en aplicación del art. 101.1 Cp, que el sujeto quedara sometido a las medidas de seguridad de tratamiento médico psiquiátrico externo o ambulatorio (antiguo art. 96.3.11.^a Cp) y a un programa de tipo formativo o educativo (antiguo art. 96.3.12.^a Cp); disponiéndose que el quebrantamiento de estas medidas podía dar lugar a su sustitución por internamiento cerrado en centro psiquiátrico si el quebrantamiento demostrase su necesidad (art. 100.2 Cp), además de deducir testimonio por el quebrantamiento (art. 100.3 Cp). Como tras la reforma de 2010 estas medidas han perdido autonomía para englobarse dentro de la libertad vigilada, en el mismo supuesto el juez impondría la libertad vigilada ordinaria, concretándola en las mismas medidas vistas anteriormente [actual art. 106.1, letras j) y k) Cp], y si aceptamos que es de aplicación preferente lo previsto en el art. 106.4 Cp, en caso de incumplimiento el Juez o Tribunal sentenciador, por el procedimiento previsto en el art.

98.3 Cp, podría modificarlas, y si decidiese sustituirlas sólo podría hacerlo por alguna o algunas de las obligaciones o prohibiciones previstas dentro de la libertad vigilada, mas no por otras medidas no privativas de libertad ni por otras medidas privativas de libertad, como el internamiento. Lo que parece un contrasentido, porque puede suceder que ante el fracaso del tratamiento ambulatorio sea necesario el internamiento del sujeto en un centro psiquiátrico. Además, si hemos afirmado que, tanto en la imposición como en la ejecución de la libertad vigilada ordinaria debe aplicarse el régimen general previsto para las medidas de seguridad no privativas de libertad, la única razón que tendríamos para sustraer su incumplimiento del régimen general para aplicarle el régimen especial es que el legislador cuando regula este aspecto de la libertad vigilada no distingue entre la ordinaria y la postpenitenciaria, a pesar de que ambas tienen un fundamento y régimen distinto.

Las mismas dudas interpretativas surgen con relación a las consecuencias que conlleva el quebrantamiento de la libertad vigilada o de las obligaciones o prohibiciones impuestas en virtud de la misma, ya que la LO 5/2010 reforma el número 2 del art. 468 Cp para introducir el quebrantamiento de la medida de libertad vigilada, sin que se haya modificado el apartado 1 del mismo artículo en el que se prevé el quebrantamiento de las medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad.

Así, cabría interpretar que cuando se trate de la libertad vigilada ordinaria debería aplicarse el tipo básico del delito de quebrantamiento, que castiga con multa de doce a veinticuatro meses el quebrantamiento de medidas de seguridad cuando el infractor no estuviera privado de libertad, y cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria el tipo cualificado previsto en el número 2, que se castiga con pena de prisión de seis meses a un año⁽¹⁰⁶⁾. Pero también podría afirmarse que, en caso de quebrantamiento de ambas modalidades de libertad vigilada, debería aplicarse, si se dan los elementos típicos, el tipo cualificado contenido en el número 2 del art. 468 Cp⁽¹⁰⁷⁾.

Tal como afirmamos *supra* respecto al contenido del art. 106 Cp, en nuestra opinión, cuando el legislador modifica el art. 468.2 Cp para introducir la libertad vigilada estaba pensando en la postpenitenciaria, mas no en la ordinaria, y a pesar de ello termina por establecer un régimen que aparentemente debe ser aplicado a todas las modalidades de libertad vigilada. Aun así, desde nuestro punto de vista, si bien estamos de acuerdo en que dada la particular naturaleza de la libertad vigilada postpenitenciaria es aconsejable establecer un régimen particular de quebrantamiento⁽¹⁰⁸⁾, no había motivos para sustraer el quebrantamiento de la libertad vigilada, sea ordinaria o postpenitenciaria, de las consecuencias previstas en el número 1 para incluirlo en el número 2⁽¹⁰⁹⁾.

Aplicar el número 2, cuando se den los requisitos típicos, en caso de quebrantamiento de la libertad vigilada ordinaria por parte de los inimputables simplemente serviría para que el incumplimiento de una medida no privativa de libertad sirva como presupuesto para la imposición de una medida privativa de libertad. Y aunque se puede alegar que

(106) En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», p. 14.

(107) Así, expresamente ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 202.

(108) De esta opinión, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 695.

(109) En este sentido, SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada», p. 1025.

sólo el quebrantamiento reiterado o grave revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas en virtud de la libertad vigilada puede dar lugar a exigir responsabilidad por un delito de quebrantamiento, la consecuencia jurídica es excesiva porque se castiga con pena de prisión el incumplimiento de unas obligaciones o prohibiciones que pueden tener escasa entidad⁽¹¹⁰⁾. Siguiendo con el mismo ejemplo de inimputabilidad por enajenación mental que vimos *supra*, si el sujeto quebranta de forma reiterada o grave las obligaciones impuestas que ahora constituyen la libertad vigilada, el juez encargado de enjuiciar el delito de quebrantamiento está obligado a absolverle de este delito por la concurrencia de la inimputabilidad, y como la pena es privativa de libertad podría imponerle una medida de seguridad privativa de libertad, a saber, el internamiento en un centro psiquiátrico.

Precisamente por ello, en nuestra opinión, la mención expresa de la libertad vigilada que ahora se hace en el art. 468.2 Cp era innecesaria porque al tratarse de una medida de seguridad entraba en el número 1 de dicho artículo, en el que se prevé el quebrantamiento de las medidas de seguridad. Sin embargo, y al igual que sucede con el quebrantamiento de las penas o medidas impuestas a los condenados por delitos cometidos contra alguna de las personas contempladas en el art. 173.2 Cp, la única finalidad es que el quebrantamiento de la libertad vigilada no pueda castigarse con pena de multa sino sólo con pena de prisión⁽¹¹¹⁾. Más prisión, si cabe, si tenemos en cuenta que tratándose de la libertad vigilada postpenitenciaria los sometidos a ella ya habrán cumplido largas penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo.

Por lo demás, tampoco el legislador se ha preocupado de coordinar el contenido del art. 106.4 Cp con el del art. 468.2 Cp, limitándose a agregar en forma de coetilla, a lo ya previsto en este artículo, el quebrantamiento de la libertad vigilada. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, modificó el apartado 2 del art. 468 Cp para disponer que «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2», y mediante LO 5/2010 se agrega la frase «así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada». El problema reside en que, si bien ese «*en todo caso*» puede ser aplicable al quebrantamiento de las penas accesorias previstas en el art. 48 Cp o de una medida cautelar similar impuestas en procesos penales en los que la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 Cp, no puede ser aplicado sin más cuando se trate de la libertad vigilada⁽¹¹²⁾. Como hemos visto, en el art. 106.4 Cp se prevén dos tipos de incumplimiento, el simple y el reiterado o grave, que conllevan consecuencias distintas. Ante el incumplimiento aislado de una o varias obligaciones o prohibiciones, el Juez o Tribunal puede modificarlas, pero no puede deducir testimonio por

(110) Así también, MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», p. 14.

(111) En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, p. 201.

(112) Véanse, al respecto, GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 695; MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», p. 14; REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», p. 863; SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada», p. 1024; URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», p. 671.

un delito de quebrantamiento. Por el contrario, tal como se prevé en el segundo inciso del art. 106.4 Cp ⁽¹¹³⁾, si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468. Lo que supone que sólo en los casos en los que el sujeto haya incumplido más de dos veces las obligaciones o prohibiciones impuestas o el incumplimiento, se considere como grave y revele la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas podrá exigirse responsabilidad penal por un delito de quebrantamiento del art. 468.2 Cp.

Incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico. Los problemas interpretativos siguen apareciendo cuando se trata de delimitar el ámbito de aplicación de lo dispuesto en el art. 100.3 Cp. La reforma de 2010 ha modificado este parágrafo para incluir una disposición relacionada con el incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico. Así, se dispone que «no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate».

Sobre el contenido de este artículo cabe realizar las siguientes observaciones. En primer lugar, como hemos visto, en el art. 100.1 y 2 Cp y en el inciso primero del número 3 se contiene el régimen general aplicable en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, dentro del que se podría incluir la libertad vigilada ordinaria pero no la libertad vigilada postpenitenciaria. En segundo lugar, el tratamiento médico, como una medida en la que se puede concretar la libertad vigilada, puede aplicarse a los sujetos inimputables o semiimputables y a los imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y terrorismo. Cuando forme parte de la libertad vigilada ordinaria, la inimputabilidad o semiinimputabilidad del sujeto supone que éste no puede ejercer o no puede ejercer plenamente la decisión autónoma sobre la admisión o el rechazo del tratamiento médico, eso supone, tal como venía sucediendo en estos casos antes de que el tratamiento médico ambulatorio pase a formar parte de la libertad vigilada, que el Juez puede imponerlo sin requerir el consentimiento del sujeto. Sin embargo, cuando se trate del tratamiento médico como parte de la modalidad postpenitenciaria se requiere el consentimiento del sujeto. Y ello de conformidad con el art. 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, que establece que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley». Así, en virtud del consentimiento informado, el facultativo debe explicar en términos comprensibles al sujeto el alcance del tratamiento médico, los riesgos que se pueden padecer y las posibles alternativas para que, en base a ello, el sujeto pueda decidir libremente si acepta o no someterse al tratamiento médico. En tercer lugar, el inciso segundo del art. 100.3 Cp se refiere a la negativa a continuar el tratamiento médico inicialmente consentido, por lo que se entiende

(113) El contenido de este inciso es nuevo, ya que no aparecía en el art. 106.4 del Anteproyecto de 2009, en el que sólo se hacía referencia al incumplimiento simple y sus consecuencias.

que este inciso es aplicable solamente a los sujetos imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y terrorismo que, habiendo aceptado previamente someterse al tratamiento médico, con posterioridad se niegan a continuarlo. Y, en cuarto lugar, el último inciso del art. 100.3 Cp prevé expresamente que, «No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate». Esta disposición podría aplicarse tanto a los inimputables y semiimputables como a los imputables. Así, si estamos ante la libertad vigilada ordinaria, el incumplimiento del tratamiento médico permitiría sustituirlo por «otra medida entre las aplicables al supuesto de que se trate», es decir, algunas de las previstas en el art. 96 Cp, como por ejemplo, si procede, el internamiento. Mientras que si se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria, el incumplimiento del tratamiento inicialmente consentido sólo podría sustituirse por cualquiera de las obligaciones o prohibiciones previstas en el art. 106.1 Cp.

Como se ve, en el art. 100.3 se regulan las consecuencias del quebrantamiento de las medidas de seguridad en general y las consecuencias del incumplimiento del tratamiento médico, medida que puede ser impuesta como contenido de la libertad vigilada ordinaria o de la modalidad postpenitenciaria. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto su incorrecta ubicación, por lo que hubiese sido preferible regularlo en el contexto de la libertad vigilada, es decir, en el art. 106 Cp ⁽¹¹⁴⁾, o, dadas las peculiaridades que presenta, configurarlo de forma autónoma como una medida de seguridad no privativa de libertad en el art. 96 Cp, desvinculándola de la libertad vigilada ⁽¹¹⁵⁾.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Según reza el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador introduce, «mediante la modificación parcial y una leve reordenación del Título IV del Libro Primero del Código Penal, una nueva medida denominada libertad vigilada». Sin embargo, como hemos visto, no se trata simplemente de una «modificación parcial» de la regulación de las medidas de seguridad, porque la posibilidad de imponer una medida de seguridad a los sujetos imputables rompe con el sistema previsto hasta ahora en el Código penal, en el que las medidas de seguridad estaban dispuestas únicamente para los sujetos que, por padecer estados patológicos que determinan su inimputabilidad o semiimputabilidad, existe un pronóstico de peligrosidad criminal futura. Tras la reforma, se podrá imponer la libertad vigilada también a sujetos plenamente responsables cuando la peligrosidad no derive de un estado patológico sino del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido.

En principio, no estamos sustancialmente en contra de que, entre las opciones político-criminales existentes para el tratamiento de la criminalidad grave, el legislador haya optado por la libertad vigilada postpenitenciaria. El problema está en que esta opción la ha traducido, tal como se expone también en el Preámbulo, mediante una «leve ordenación

(114) Así, expresamente SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada», pp. 1025 y s.

(115) En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, pp. 202 y s.

del Título IV». Se introduce una «nueva medida» para hacer frente a este tipo de criminalidad, sin tener en cuenta que desde la reforma de 2003 del Código penal, la evolución o involución, como se interprete, del Derecho penal en estos supuestos se ha llevado única y exclusivamente a través de mecanismos que inciden en los límites temporales de duración de las penas de prisión, en la determinación cualitativa o cuantitativa de la misma, así como en su régimen de ejecución. En este contexto, el legislador de 2010, a pesar de reconocer expresamente que «la opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara», no sólo mantiene esta opción inocuizadora, sino que se ha apuntado a ella creando nuevos delitos en torno al terrorismo⁽¹¹⁶⁾, incrementando los marcos penales⁽¹¹⁷⁾ o extendiendo el periodo de seguridad obligatorio y no revisable en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en los relativos a la prostitución y corrupción cuando la víctima sea menor de trece años, y en los referentes a organizaciones y grupos terroristas⁽¹¹⁸⁾, entre otros. Esta situación supone en la práctica, en palabras de GARCÍA ALBERO, que la libertad vigilada «añadida a prisiones materialmente equivalentes o incluso más gravosas que la prisión a perpetuidad presente en muchos Códigos europeos no cumple ya función alguna, pudiéndose revelar —el conjunto de pena y medida— manifiestamente desproporcionado»⁽¹¹⁹⁾. Y es que, como hemos visto, la introducción de la libertad vigilada postpenitenciaria no hace más que reforzar la especial relación de sujeción del sujeto condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo con la Administración de Justicia durante un tiempo que puede llegar hasta los cincuenta años o más.

Otro aspecto destacable de esta «leve ordenación del Título IV del Libro I del Código penal» está en la técnica legislativa utilizada para regular la libertad vigilada, caracterizada por la falta de coordinación entre los distintos preceptos penales y el consiguiente solapamiento entre regímenes aplicables en uno u otro caso. En el artículo 106 Cp, que contiene el grueso de las disposiciones relativas a la libertad vigilada, se entremezclan aspectos que son aplicables a ambas modalidades —ordinaria y postpenitenciaria— y otros que sólo

(116) Arts. 571 y 576 bis Cp.

(117) Véase por ejemplo, los arts. 178, 180, 187, 189 Cp.

(118) Art. 36.2 Cp: «Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c) Delitos del artículo 183.
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior».

(119) GARCÍA ALBERO, «De las medidas de seguridad», p. 687.

van a afectar a la libertad vigilada postpenitenciaria. Así, por ejemplo, en el número 1 se prevé el contenido de la medida que es común a ambas modalidades de libertad vigilada, es decir, las obligaciones o prohibiciones en las que ésta se puede concretar. En el número 2 se establecen los presupuestos que deben concurrir para imponerla cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria. En el número 3 se contemplan las posibles modificaciones que puede sufrir la ejecución de la libertad vigilada, sin distinguirse si afecta sólo a la modalidad postpenitenciaria o también a la ordinaria, teniendo en cuenta que a ésta también puede ser aplicable el régimen general previsto para las medidas de seguridad en el art. 97 Cp; y finalmente, en el número 4 se prevén las consecuencias del incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada, y al igual que sucede en el número 3, no se especifica si afecta a las dos modalidades de libertad vigilada, o si por el contrario sólo afecta a la modalidad postpenitenciaria, y en caso de la ordinaria debería aplicarse lo dispuesto en el art. 100 Cp.

Como se ha puesto de relieve a largo del desarrollo del presente trabajo, el legislador no tiene motivos para presumir de esta leve ordenación⁽¹²⁰⁾. Lo más prudente hubiese sido, en pro de la taxatividad y seguridad jurídica, realizar una «reconsideración general» de la actual regulación de las medidas de seguridad, tal como observa SANZ MORÁN⁽¹²¹⁾, o la regulación por separado de los aspectos que afectan a una y otra modalidad de libertad vigilada. En cualquier caso, aun cuando en el presente trabajo se haya procurado dar respuesta a muchas de las interrogantes que plantea la nueva regulación, lo cierto es que la efectividad o no de la libertad vigilada dependerá de los medios económicos y de la infraestructura que se dote para su ejecución, y ésta no podrá ser analizada hasta pasados muchos años, si tenemos en cuenta que ésta acompaña a largas penas de prisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, «Libertad vigilada: arts. 106, 192 y 468», en *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal*. (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid), Álvarez García/González Cussac (dirs.), TOL1.852.163.
- *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Pamplona, 2010.
- ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos* núm. 29, 2009, pp. 107-140.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, «La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “derecho penal del enemigo” por la LO 5/2010», *Cuadernos de Política Criminal* núm. 103, 2011, pp. 95- 132.

(120) Así, por ejemplo, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, la introducción de la libertad vigilada para imputables supone un «nuevo “remiendo”» porque no obedece a un programa político criminal claro y con cierta racionalidad que oriente el sistema en su conjunto, en «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», p. 233.

(121) SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», p. 1020.

- BOLDOVA PASAMAR, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, pp. 290-315 (disponible en <<http://www.uv.es/recrim>>).
- DE MARCOS MADRUGA, «De las medidas de seguridad», en *Comentarios al Código penal*, Gómez Tomillo (dir.), Valladolid, 2010.
- DEL CARPIO DELGADO, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal* núm. 15, 2011, 28 pp.
- «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo: especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal», *Revista penal* núm. 28, 2011, pp. 5-28.
- DEL CARPIO DELGADO/GARCÍA ÁLVAREZ, «El menor y el Derecho penal», en *Los derechos del niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño*, Ministerio de Trabajo 2002, pp. 231-252.
- FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Madrid, 2011, pp. 213-240.
- GARCÍA ALBERO, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010, 9 pp.
- «De las medidas de seguridad», en *Comentarios al Código penal*, 6.^a ed., tomo I, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), Pamplona, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995*, Pamplona, 1997.
- GARCÍA RIVAS, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», *Revista General de Derecho penal* núm. 16, 2011, 24 pp.
- GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996.
- GUISASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008.
- LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho penal*, Valencia, 2009.
- «La reforma de las medidas de seguridad», *La Ley*, año XXV, número 5985, 29 de marzo de 2004 (recurso online).
- MANZANARES SAMANIEGO, «La libertad vigilada», *Diario La Ley* núm. 7386, abril de 2010, 16 pp.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a edición a cargo de GÓMEZ MARTÍN, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, «Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008», *Revista Penal* núm. 24, julio de 2009, pp. 108-121.
- *Derecho penal. Parte especial*, 18.^a ed., Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.^a edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La introducción de la libertad vigilada en el derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?», ponencia presentada en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado (recurso online).
- REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Madrid, 2011.

- ROBLES PLANAS, «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret* 4/2007, 19 pp.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., en *Comentarios al Código penal de 1995* (Vives Antón, director), tomo I, Valencia, 1996.
- SANTANA VEGA, «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», *EPC* vol. 29, 2009, pp. 447-488.
- SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Granada, 2001.
- SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid, 2003.
- «La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad», en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Carbonell y otros (coords.), Madrid, 2005, pp. 871-882.
 - «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.
 - «El tratamiento del delincuente habitual», *Política Criminal* núm. 4, 2007, 16 pp.
 - «Medidas de seguridad», en Álvarez García/González Cussac (coords.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de Modificación del Código Penal*, Valencia, 2010.
 - «Medidas de seguridad: régimen general», en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010.
 - «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 999-1028.
- SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997.
- URRUELA MORA, «Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada», en *Memento experto. Reforma penal 2010*, Ortiz de Urbina Gimeno, (dir.) Madrid, 2010, pp. 651-674.
- ZUGALDÍA ESPINAR, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 1, 2009.

CIBER-BULLYING O CIBERACOSO: EL OSCURO LADO CRIMINAL DE LAS REDES SOCIALES

FAUSTINO GUDÍN

Magistrado. Doctor en Derecho

RESUMEN

***Ciber-bullying o ciberacoso:
El oscuro lado criminal de las redes sociales***

El avance imparable del fenómeno de Internet y las redes sociales configura un nuevo modelo de sociedad donde se amalgaman confusamente la realidad y el mundo virtual. Los menores de la nueva generación crecen en un nuevo contexto social donde las fronteras entre ambos mundos (real y virtual) aparecen muy borrosas y difuminadas. El viejo sueño de Tim Berners Lee consistente en crear una nueva plataforma caracterizada por la libertad y la tolerancia ha sido sucedido por un escenario, en algunos casos auténtica pesadilla, que facilita ciertos excesos bajo un palpable halo de total impunidad. La red suministra nuevas posibilidades de perpetrar ladina y arteramente viejos delitos atroces tales como la pedofilia, el abuso sexual, la pornografía infantil, el odio racial, la discriminación y el acoso. Vamos a analizar este último punto. Si el mobbing puede tener consecuencias terribles, cuando el acosador se prevale de Internet, la nocividad de sus efectos se ve multiplicada. El ciberacoso se erige como un nuevo delito que busca mediante medios telemáticos crear una atmosfera de odio en torno al menor que provoque su derrumbe moral, provocando consecuencias tan graves como el propio suicidio. El vacío jurídico creado por Internet fomenta la brecha entre la ley y el mundo virtual. Esta situación genera un vacío jurídico que fomenta un manto de indefensión hacia los mas débiles que debe ser adecuadamente combatido mediante las técnicas e instrumentos proporcionados por el Derecho.

Palabras clave: Ciberacoso, Internet, redes sociales, infancia, indefensión, principio de legalidad.

ABSTRACT

***Cyber-bullying or child harassment by Internet:
The criminal dark side of social networking***

The unstoppable advance of the phenomenon of Internet and the social networks draw a new model of society where it joins reality and virtual world. All children of the new generation growing up in a new world where the borders between both worlds (real and virtual) appear very blurred. The old dream of Tim Berners Lee to create a new platform characterized by freedom and tolerance has been succeeded by a stage that facilitates certain excesses with an apparent air of impunity. The networks promote the existence of heinous abuses such as pedophilia, sexual abuse, child pornography, racial hatred, discrimination and harassment. We are going to analyze this last point. Cyberbullying is a new offense that attempts to create an atmosphere of hatred around the child that causes his moral collapse, causing serious incidents such as suicide. If mobbing could have terrible consequences, when the mobbers use Internet the effect could be bigger. The legal vacuum created by Internet fosters the gap between law and the virtual world. This situation creates a space of helplessness that must be tackled properly with the techniques and instruments provided by the law.

Key Words: Cyberbullying, Internet, networks, childhood, defenselessness, principle of legality.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. UN MUNDO ORIENTADO HACIA EL CIBERESPACIO.
 - III. EL ACOSO MORAL EN TODOS LOS ÁMBITOS, UN FENÓMENO DE ESTUDIO RECIENTE.
 - IV. ENTIDAD DEL PROBLEMA.
 - V. LA NECESARIA LABOR EDUCATIVA.
 - VI. FRENOS JURÍDICOS PARA PALIAR ESTAS SITUACIONES DE ABUSO.
 - VII. LA POSTURA DE LA FISCALÍA.
 - VIII. DELITOS RELACIONADOS CON EL *CIBERBULLYING*.
 - 1. *Mobbing* escolar.
 - 2. *Mobbing* laboral.
 - 3. *Mobbing* inmobiliario.
 - 4. Lesiones psíquicas.
 - 5. Incitación al odio, la discriminación y a la xenofobia (arts. 510 y 607.2 del CP).
 - 6. Amenazas.
 - 7. Las calumnias e injurias.
 - 8. *Grooming*.
 - 9. La falta de vejaciones injustas.
 - 10. Pornografía infantil.
 - 11. Delitos contra la intimidad y el *hacking*.
 - IX. IMPUNIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
 - X. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Los incesantes avances tecnológicos producen una inacabable metamorfosis, casi latente, sobre la sociedad a la que constantemente modula y perfila en sus gustos y opciones. Actualmente, nos hallamos ante un mundo global que ya no puede ser interpretado sin acudir a otro universo complementario que es el ciberespacio⁽¹⁾. Bajo este concepto se

(1) El término «ciberespacio» proviene de la novela de William GIBSON *Neuromante*. Vid. GIBSON, William, *Neuromante* (trad. Arconada, José), Planeta, Barcelona, 1996. *Neuromante* es la primera novela de una trilogía compuesta, además, por *Count Zero* (1986) y *Mona Lisa Overdriven* (1988). Si bien comparten el mismo universo y algunos personajes, no tienen mucho que ver entre sí. El título original proviene del vocablo inglés «neuromancer» y surge de la composición de los términos; «neuro» (mental) y «mante» (sujeto o actor de «mancia», que significa adi-

bosqueja una nueva frontera, un nuevo territorio que trata de cobijar todas las informaciones, comunicaciones e ideas. Los acontecimientos que tienen lugar en Internet no están ocurriendo en los países donde los participantes o los servidores se encuentran físicamente, sino en un espacio virtual donde se proyecta su verdadero sentido⁽²⁾.

Es frecuente oír hablar de los derechos de los cibernautas pero, a menudo, se olvida que las personas físicas también merecen un halo de protección frente a las actividades del ciberespacio que, hoy en día, ya no es un ente de futuro necesitado de protección sino una realidad cuasi omnipotente enteramente consolidada bajo cuya mera sombra se ha empequeñecido la figura del ciudadano común convertido en *homo digitalis* dependiente de sus servicios. Como toda información, Internet es, a la par, un poder⁽³⁾ que puede ser instrumentalizado tanto para fines loables como nocivos, dependiendo de la ética y rectitud de las personas que utilizan el sistema telemático.

El ámbito virtual en el que se desenvuelve Internet es el ciberespacio, una realidad polifacética, una de cuyas caras más representativas viene constituida por las modernas redes sociales; en esencia, no se han creado nuevos delitos heterogéneos a Internet pero sí se han convertido en una plataforma para sobredimensionar la intensidad e impacto de algunos de los delitos ya existentes, generando una aureola infamante sobre determinadas personas en lo referente a privacidad y a la convivencia. Nos incitan, en ocasiones de forma poco recomendable o transparente, a compartir. Es necesario diferenciar el problema entre adultos formados que aceptan franquear ámbitos reservados de su intimidad y los menores que no se encuentran suficientemente formados. En cualquier caso, sería necesaria una labor educativa de las autoridades para aquellos menores que aceptan mostrarse grotescamente o exhibir sus desnudeces en un medio telemático pudieran vislumbrar adecuadamente las consecuencias; no hemos de olvidar cualquier información que se aporta al sistema de Internet es susceptible de ser recabada en memorias digitalizadas particulares, por lo que establecer cortafuegos de duración ilimitada no deja de ser una actividad ilusoria o quimérica.

vinación y por extensión magia (ej.: nigromante, quiromante). Así tenemos «neuromante» como traducción directa de *neuromancer*. El ciberespacio de Gibson es un campo de aventuras para vaqueros cibernéticos. Se trata de hackers que consiguen información ilegal en la red por encargo de grandes consorcios y con tal fin se trasladan a Matrix.

(2) En este ORTEGA GIMÉNEZ afirma que «el hecho de que *Internet* o, si se quiere, el “Ciberespacio” ignora las fronteras, pues todas las relaciones privadas, con *Internet*, son transfronterizas, esto es potencialmente internacionales; segundo, *Internet* quiere que la información que pone a disposición de sus usuarios sea libre; tercero, *Internet* a pesar de haberse convertido en un fenómeno sin precedentes, no debemos olvidar que, en la práctica, no es más que un medio tecnológico; y, ... cuarto, *Internet*, desde sus inicios, ha realizado un importante esfuerzo por ser resistente a la regulación de los Estados». En «La Regulación de Internet» [Ortega Giménez, Alfonso, *Revista de Derecho Informático Alfa-Redi*, núm. 061, agosto del 2003, <<http://www.alfa-redi.org/enlinea.shtml>>].

(3) Como afirma FOUCAULT bajo la palabra control se esconden trascendentes conceptos como «poder», «conocimiento», «normalización» y «disciplina», términos que deben ser objeto de análisis. (FOUCAULT, Michele, «On Atica», *Telos*, núm. 19, 1974, pp. 154-161). Tan íntimamente están intrincadas estas dos realidades que para el autor francés la relación entre ambas es tautológica.

Vivimos en una sociedad virtual⁽⁴⁾ o transparente⁽⁵⁾ donde los hechos tienden a ser solapados por las vacuas impresiones y en los que un aspecto visionado de la realidad tiende a sustituir a la propia realidad tangente⁽⁶⁾. Por eso, es habitual que una persona utilice Internet para dar una imagen distorsionada de otro que normalmente no alcanza a defenderse. Aprovechando el alcance de Internet el *mobber* trata de recopilar un cúmulo de sensaciones negativas contra él haciéndolo parecer a su víctima como un ser mezquino apto para recibir violencia o cualquier tipo de odio⁽⁷⁾. Si los *mass media* poseen un poder de manipular la realidad sobre el conjunto de la población, Internet ha heredado ese mismo poder informativo pero lo ha atomizado y focalizado a múltiples agentes que son, salvo el número IP, muy difíciles de ser controlados. La gente que observa una página web y que ve repetida una noticia tiende a configurar aquello que se le remacha constantemente como un dato irrefutable.

Para determinadas prácticas fraudulentas el uso de Internet como instrumento delictivo es impagable, pues de cara a sus propósitos difamadores o denigradores de determinadas

(4) Toda organización humana comporta una acción estratégica mental proyectiva, la cual se sustenta sobre un determinado sistema de ideas encaminado no sólo para justificarse y legitimarse, sino también para otorgarle un sentido. Cuanto más compleja sea la organización de la sociedad más alto será su grado de simbolismo e inmaterialidad. Los ciudadanos ven como tangibles a través de los símbolos cuestiones que no dejan de ser ideas, un conjunto articulado de representaciones que se presentan en el imaginario en la doble dimensión espacio-temporal. El proyecto supone la diferenciación entre espacio per se y espacio producido (vid. SOJA, Edward W., *Postmodern geographies. The reassertion of space in critical social theory*, Verso Press, Londres, 1989), así como entre *durée* y tiempo producido. El espacio producido es un espacio geopolíticamente dispuesto (cfr. FOUCAULT, Michel, *Arqueología del saber*, Siglo XXI, México, 1991), mientras que el tiempo producido es un tiempo históricamente determinado (vid. VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, Paidós, Buenos Aires, 1992). De manera que el proyecto contiene la imagen de un «lugar-en-el-futuro» que justifica los procesos que desencadena la acción estratégica y que se recrea incesantemente en las representaciones imaginarias sociales.

(5) Para VATTIMO la sociedad en la que vivimos es consecuencia de una noción ficticia de la realidad que se deriva del resultado de estos incontables «entrecruzamientos» de informaciones más o menos manipuladas, de una contaminación de múltiples imágenes, interpretaciones y reconstrucciones que compiten entre sí, o que, de cualquier manera sin coordinación «central» alguna, distribuyen los media. (Vid. VATTIMO, Gianni, *La sociedad transparente*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 81). Por eso el ciudadano medio percibe como cierto y seguro aquello que se le ofrece como tal con el claro riesgo de dar por seguro algo que puede ser una visión más sesgada de la realidad. (Baste recordar la conocida experiencia de Orson Welles en su narración radiofónica en la CBS del episodio de *The War of the Worlds* el 30 de octubre de 1938 para percatare la capacidad de manipulación que pueden tener los *mass media* sobre el conjunto de la población).

(6) Vid. BANDURA, Albert, *Teoría del Aprendizaje Social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pp. 219-220. En este sentido, Bandura nos recuerda que la televisión es un buen ejemplo de esta situación, en la que el aprendizaje a partir de imágenes presentadas forma en la gente impresiones sociales con las que tiene poco o ningún contacto. En este sentido, advierte: «Dado que el mundo de la televisión está lleno de personas indeseables y sin escrúpulos, la televisión puede distorsionar el conocimiento del mundo real».

(7) La STS 372/2011 (2.ª), de 10 de mayo (Monterde Ferrer) sobre el grupo juvenil «Blood & Honour España» dedicada a la promoción y difusión de la ideología «skinhead» nacionalsocialista. En análogo sentido recientemente la STS (2.ª) de 7 de febrero de 2012 (Jiménez García) confirmó la sentencia 2009 de la SAP de Madrid (Sec. 7.ª), de 16 de julio de 2009 que decretaba disolución del grupo juvenil neonazi «Hammerskin-España», al considerar que su fin era extender el odio y la violencia racista, y ha ratificado las condenas de un año y medio y dos años y medio de cárcel impuestas a quince de sus miembros. La sentencia ratificó la disolución de este grupo neonazi, y ordenó el cese de todas sus actividades al estimar que había incurrido en un delito de asociación ilícita, ya que su finalidad era propagar el odio y la violencia xenófoba. El TS, al rechazar el recurso de los condenados, señaló que «es tan patente el discurso del odio que predica Hammerskin-España que incluso el término “odio” aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes».

personas o colectivos potencia hasta extremos inimaginables⁽⁸⁾ la intensidad y el alcance de su labor maledicente. Así, utilizando un cibercafé o una red pública (de una biblioteca, oficina, etc.) el IP⁽⁹⁾ se convierte en un dato circunstancial y las posibilidades de actuación alevosa e irresponsable son amplísimas. De otro lado, el internauta que se esconde bajo un *nick* o apodo telemático puede desplegar impunemente todas sus potencialidades retorcidas amparadas bajo el título de «sana crítica», donde numerosos blogs de opinión acaban convirtiéndose en algo parecido a una competición de vilipendios de tal guisa que se asemeja a un ignominioso juicio público paralelo donde sin ninguna garantía para el afectado el oprobio continuo se convierte en una rutina.

La impersonalidad y el anonimato que comporta Internet provoca en personas asociales, resentidas o cargadas de prejuicios una inacabable incitación a expresar ideas agresivas que quizás jamás se atrevería a utilizar en una intercomunicación directa, por lo tanto bajo el amparo de una falsa atmósfera de compañerismo, libertad y camaradería se realizan los más draconianos y severos juicios huérfanos de toda posibilidad de defensa. Estos comentarios abruptos comportan un cierto descrédito general a las sanas opiniones en Internet sobre todo en los foros de opinión, que carecen de moderador o una mínima seriedad en su gestión. Y el halo triste es que comentarios ponderados y reflexivos se ven desacreditados por opiniones basadas en la nuda e injuriante brutalidad verbal. Mas, incluso este último punto, debe ser ponderadamente relativizado, pues en los foros cerrados de nuevos o antiguos compañeros, de asociaciones de vecinos, de entusiastas de determinados grupos musicales o cantantes, de aficionados a determinados eventos deportivos, incluso científicos o culturales, y sobre todo de redes sociales bajo un manto de un legítimo *ius criticandi*, más o menos encubierto, se inoculan ideas que no son más que descalificaciones personales basadas en estereotipos denigrantes (se echa en cara deformidades físicas o el mero aspecto, la religión, la etnia o la raza, el modo de vestir, etc.), que son vistos por el *mobber* o acosador como fáciles puntos débiles y explotados hasta la extenuación. Por ejemplo, es sencillo generar en una adolescente con sobrepeso o sin él una tendencia a la anorexia o la bulimia, y todo ello soltando continuos comentarios jocosos de la persona afectada en este sentido. Quizás el problema más grande es que la mentira repetida con frenetismo no encuentra contradicción y tiende a ser aceptada sin más. Además, al amparo de la crítica singular se difuminan y consolidan absurdos clichés o estereotipos en el conjunto social sobre determinados colectivos (caracterizados por ejemplo por pertenecer a determinadas etnias o por aparentar determinados defectos en su fenotipo o características externas).

(8) Como infraestructura de comunicación, Internet se nos presenta como una «red de redes», una red gigantesca que interconexiona innumerables grupos de ordenadores, miles de redes que conectan entre sí a millones de personas anónimas, sin importar el tiempo ni la distancia. El resultado es una red global, masiva y omnipresente, un sistema de comunicación internacional y descentralizado. (Vid. NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo digital*, Ediciones B, Barcelona, 1999, p. 215).

(9) El IP es la señal identificativa de un ordenador personal en relación a Internet, lógicamente cuando se actúa desde ordenadores familiares es un punto de referencia básico. Una dirección IP puede señalar a un *router* a través del cual pueden salir a Internet diversos ordenadores conectados en red, en lo que es conocido como una LAN (Local Area Network). Así, el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE) impone a los prestadores de servicios (ISPs) el «deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil y penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables»).

No obstante, el efecto positivo que ha tenido Internet en el área de la comunicación parece difícilmente cuantificable. La opinión pública libre es la base de cualquier sistema democrático. Así, JEFFERSON sostenía que prefería «periódicos sin gobierno que gobierno sin periódicos», incidiendo en la importancia que daba a la existencia de la opinión pública que se informaba detrás del medio, en la capacidad que tenía el medio para suscitar el debate, la discusión y el diálogo. Con una voluntad pública culta y bien formada las posibilidades de manipulación gubernativa aparecen como más alejadas. Internet es un nuevo marco de diálogo que ha facilitado «conversación pública» a niveles insólitos, por lo cual su rol democrático no debería ser ninguneado.

Con todo, el viejo sueño romántico del considerado «padre fundador» de la web, Tim BERNERS-LEE, de crear un espacio de libertad, abierto y colaborativo puede degenerar en una pesadilla, si no se adoptan unas garantías, pues cabe que se corrompa en un espacio permeable al odio, la degradación, la libre difamación y la malquerencia donde se muestra el lado más oscuro que subyace en todo ser humano. Lejos de convertirse en un inmaculado foro de diálogo abierto, conocimiento e intercomunicación se puede metamorfosear en un vehículo adecuado para la transmisión de rencor, incitación a la violencia, expresión de melifluos sofismas contra determinados grupos minoritarios y donde paradójicamente las ideas más intolerantes y sectarias (al abrigo de la hermosa palabra libertad) se catalizan y hacen fuertes.

Observando la anarquía del ágora ateniense, PERICLES⁽¹⁰⁾ sostuvo «Siempre sois iguales: cada uno de vosotros, individualmente, obra con la astucia de una zorra. Pero colectivamente sois una bandada de gansos». La frase histórica nos recuerda cómo ya en el primer foro de opinión de la historia, cuando se dejaba opinar sin un moderador que tenga poder para establecer un orden, la conversación degeneraba en una competición de quién hablar más alto y con más vehemencia o dureza prescindiendo de todo contenido lógico. Algo así ocurre en Internet, el último foro de la historia.

En consecuencia, el jurista, prescindiendo de un posicionamiento acrítico (presuntamente liberal) acerca del funcionamiento anómico del ciberespacio, debe evaluar los riesgos para los derechos fundamentales que comportan una utilización abusiva del espacio virtual⁽¹¹⁾. Junto a notorios beneficios reales amenazas que sólo adoptando una actitud incauta pueden ser ignorados. En el fondo el debate es paralelo al que existe en la vida real sobre si es mejor un mundo regido por la anarquía o gobernado por el Derecho. Siempre que se aborda un nuevo mundo, como sucedió con el continente americano, existe una etapa romántica donde el hombre trata de crear un mundo paralelo que comporte sus vir-

(10) Ref. MONTANELLI, Indro, *Historia de los griegos*, Planeta, Barcelona, 2009, p. 236.

(11) Así, LÓPEZ ORTEGA escribe que la generalización del uso de Internet, su fácil acceso y la progresiva utilización por los menores de este sistema de comunicación ha generado una preocupación creciente por los contenidos. No es posible ignorar que algunas informaciones que se difunden a través de la red pueden ser perjudiciales o criminales, ya que, en último término, todos los delitos que pueden ser cometidos a través de un medio de comunicación pueden ser realizados a través de Internet. La pornografía infantil, los atentados contra el honor y la provocación al odio y a la violencia racial son hechos que nuestro ordenamiento sanciona penalmente y que, lógicamente, pueden encontrar en la red nuevas vías para su realización, si no existe un adecuado sistema de responsabilidad (*vid.* LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001, p. 84).

tudes pero no sus defectos, pero las tendencias connaturales del hombre —la violencia, la mentira y el egoísmo— le acompañarán siempre porque son parte más de su propia esencia humana, se desenvuelva donde se desenvuelva.

Sin embargo, pese a la innegable existencia de estas conductas más o menos aisladas, no se debe criminalizar o desprestigiar a todo el sistema Internet o a las redes sociales en su conjunto, pues comportan un elemento dinamizador de la libertad de expresión⁽¹²⁾; un vehículo valioso de transmisión de ideas y pensamientos altamente positivo para una sociedad abierta y dinámica. Cual rostro de Jano, cualquier fenómeno positivo comporta también elementos negativos, mas cuando los peligros aparecen, siempre tienden a cercar en un primer plano a las personas más vulnerables, como es el caso de los adolescentes.

Dentro de estos potenciales inconvenientes, las redes sociales presentan dos obstáculos o *handicaps* difíciles de contener: su gran capacidad de difusión de los mensajes, y la ausencia de modulación, que sí está presente en las relaciones cara a cara y que reduce la agresividad mediante un factor emocional. Existe una marcada tendencia al lucimiento y muchas veces, aun a costa de denigrar a los demás, se advierte una predisposición dentro de las redes sociales en orden a fomentar la competencia. De otro lado, los sentimientos más primitivos, huérfanos de toda reflexión, lejos de ser entendidos como algo denigrante son valorados como las operaciones más sólidas, pareciendo que el que sostiene la tesis más exaltada e intransigente es aquél que se halla cargado de razón, degenerando en un continuo círculo vicioso. Se marcan maniqueístas líneas de pensamiento, donde no se admiten excepciones que son contempladas como una especie de debilidad. Se crea un escenario donde se critica sistemática e inopinadamente a todos los miembros de un grupo técnico subcultura o tendencia ideológica, con el fin del logro de más adeptos. En los *blogs* periódicos, la necesaria figura del moderador (en determinados foros implantados para evitar querellas por responsabilidades civiles subsidiarias) son miradas con un halo de recelo y desconfianza, muchas veces totalmente motivada porque son por lo común becarios desgastados que se mueven con una completa irracionalidad y displicencia. Pero en los foros de opinión de las redes sociales esta figura es prácticamente inexistente y ello reconduce en una mayor dureza e irresponsabilidad en los comentarios. Los sofismas, las mentiras y los más burdos absurdos silogismos mentales encuentran eco en los foros, el problema surge en que en algunos casos estos mensajes cargados de odio recaen sobre sujetos histriónicos o pasionales.

Desde ciertos grupos sociales, existe un planteamiento idealista, de tipo rousseauniano, que entiende que el ser humano tiende naturalmente al bien y que las barreras sociales son

(12) Como ventajas de las redes sociales se pueden citar las posibilidades de reencuentro con conocidos. Con la oportunidad de integrarse a través de *flashmobs* (reuniones breves en línea con fines lúdicos y de entretenimiento con el propósito de movilizar a miles de personas). Excelentes para propiciar contactos afectivos nuevos como: búsqueda de pareja, amistad o compartir intereses sin fines de lucro. Se posibilita el poder compartir momentos especiales con las personas cercanas a nuestras vidas. En un mundo global se diluyen fronteras geográficas y sirven para conectar gente sin importar la distancia. Perfectas para establecer conexiones con el mundo profesional. Se facilita la posibilidad de tener información actualizada acerca de temas de interés, además permiten acudir a eventos, participar en actos y conferencias. La comunicación puede ser en tiempo real. Pueden generar movimientos masivos de solidaridad ante una situación de crisis, y de concienciación social ante determinadas situaciones de desamparo. Generan la posibilidad de enriquecerse admitiendo nuevos miembros y de contactar con personas con similares aficiones o tendencias personales.

nocivas, pues el corazón humano individual es puro (mito del buen salvaje⁽¹³⁾) y no hay necesidad de frenos pues el hombre tiende naturalmente al bien, a lo correcto. Siguiendo este hilo de planteamiento nadie debería poner cotos o trabas a Internet como espacio de libertad. Junto a este planteamiento utópico y simplista que demanda para Internet una sana anarquía huérfana de regulaciones, pautas o reglas, la realidad científica advierte que cuando menos un grupo de personas estadísticamente nada desdeñable presenta rasgos anómalos en su personalidad tales como sociópatas o los denominados —quizás demasiado gráficamente— «vampiros emocionales»⁽¹⁴⁾, o más científicamente podemos enunciar a determinados individuos con trastornos histriónicos de personalidad⁽¹⁵⁾, narcisistas, con trastornos obsesivos compulsivos, etc.), a los que cabe añadir personas con patologías mentales desatadas como la paranoia o la pedofilia. En estas personas, el uso de Internet como instrumento para destapar sus tendencias naturales de conducta puede tener unos efectos perversos, ya que fomentan y desencadenan y agudizan conflictos internos, y quizá con el contacto personal estos defectos podían ser detectados, e incluso algunas veces lo son, mas basta que cambien de identidad o de *nick* para que vuelvan reforzados a las primitivas andadas. No se trataría pues de un simple juicio ético que nos indicaría que Internet puede ser manipulado por malvados para perversos fines, es que incluso personas que creen actuar rectamente son presa de una serie de patologías de comportamiento que intentan inocular a los demás. La postura pasiva que proclama la inmunidad de Internet frente al Derecho puede propiciar la marginación y el oprobio para individuo y colectivos relegándolos al oprobio, la estigmatización y el oprobio colectivo. El uso de la propaganda nazi por Joseph Goebbels contra el colectivo judío en el siglo xx debería hacernos recapitular sobre lo peligroso que puede ser ignorar o ningunear determinadas potencialidades negativas que cobija la esencia del ser humano.

El contraste con esta realidad patente convierte, a nuestro juicio, en vacuo el debate sobre si Internet debe ser sometido a mecanismos autorreguladores de control, parece obvio que deben existir al igual que lo hay en el uso de las autistas, de los aeropuertos, de la radiodifusión; el problema se halla en el cómo y en el *quantum* de intensidad que debemos imponer, para no instituir una reprochable censura. Tampoco se puede desconocer que una actitud correctora comporta una cierta pérdida de corolarios fundamentales de privacidad y, en muchos casos, de conflictos.

II. UN MUNDO ORIENTADO HACIA EL CIBERESPACIO

Hace tan sólo unos años sería imposible imaginar la completa situación de inferioridad en la que se encuentra el ciudadano común frente al ciberespacio. El nuevo *homo digita-*

(13) Satirizado tanto por la biología moderna (LORENZ, MALINOWSKI, etc.) como por la literatura baste recordar *El señor de las moscas* (*Lord of the flies*), la célebre novela de William HOLDING que se centra en desmontar este mito, de modo semejante a CERVANTES, que escribió el Quijote para caricaturizar los libros de caballería del Medioevo.

(14) Vid. SARHAN ASSY, Elías/BERNSTEIN, Albert J., *Vampiros emocionales* (tr. y dir. Bernstein, Albert J.), Editorial Edaf, 1.ª ed., 2001, 304 pp.

(15) Las personas con un trastorno histriónico de la personalidad (THP) se caracterizan por una emocionalidad excesiva y gran tendencia a llamar la atención de los demás por medio de una conducta llamativa y espectacular. Buscan constantemente o exigen el elogio, apoyo y aprobación de los demás.

lis⁽¹⁶⁾ no puede ser entendido sin su referencia digital, sus cuentas, sus datos personales, su historial clínico, su licencia administrativa para conducir o de cualquier de otro tipo, sus registros patrimoniales, los movimientos de sus tarjetas bancarias, su historial académico y sus títulos profesionales, todo o casi todo se ha transportado a su mundo digitalizado. Tanto es así, que un hombre borrado de Internet no podría hacer casi nada. Paralelamente, con el progresivo engrandecimiento de las potencialidades de la web, la asimetría en esta relación se va magnificando y haciendo cada vez más palpable. El espacio virtual configurado por Internet está formado por un conjunto de transacciones, relaciones y el pensamiento en sí mismo, que se extiende como una quieta ola en la telaraña a todas nuestras comunicaciones. Este mundo digital está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos. Nos hallamos ante un nuevo cosmos⁽¹⁷⁾ en el que, en principio, todos pueden entrar, sin privilegios o prejuicios debidos a la raza, el poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento. Se configura un nuevo espacio abierto donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o el conformismo. Pero, a su vez, el cosmos tiene su propia dinámica, la información que recibe es múltiple y caótica, derivada de los intereses particulares de quienes la suministran, y es permeable a que sobre ella se sobredimensionen y ejerzan manipulaciones, deformaciones

Sin embargo, tal como sostiene LESSIG⁽¹⁸⁾, el ciberespacio no es un lugar, sino muchos lugares, y las características de cada uno de ellos no son siempre idénticas, difiriendo entre sí en sus características más fundamentales. Como ya anticipamos, en un primer momento, se entendió que el espacio virtual configuraba un territorio que era esencialmente libre, que no era susceptible de ser gobernado y, por tanto, ajeno a todo control y resistente⁽¹⁹⁾ frente a cualquier influjo dominador. Así, JOHNSON/POST⁽²⁰⁾ proclamaron:

«ha aparecido un nuevo medio electrónico indiferente a los límites geográficos que produce confusión en el seno del Derecho al crear fenómenos completamente nuevos que necesitan convertirse en sujetos de normas legales claras pero que no pueden ser gobernados, de una manera satisfactoria, por ninguna de las formas de soberanía actuales basadas en la territorialidad».

Mas como apunta LESSIG⁽²¹⁾, modernamente estos planteamientos tienden a ser reputados meros mitos, dándose paso a una nueva realidad más compleja que revela la existen-

(16) Vid. TERCEIRO, José B., *Sociedad digital. Del homo sapiens al homo digitalis*, Alianza, Madrid, 1996.

(17) El cosmos del ciberespacio tiende a desplazar a la desinformación pues, tal como afirma GRASS: «sólo la ciencia y la ignorancia están ligadas en el espacio y en el tiempo».

(18) Vid. LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio* (trad. Alberola, Ernesto), Madrid, 2001, p. 125.

(19) Así, STEINER-THRELKELD manifiesta «respecto al Gobierno de la red algunas cosas nunca cambian. Lo más destacable es su capacidad para resistir a la gobernación en cualquiera de sus formas». [STEINER-THRELKELD, Tom, «Of Governance and technology», *Inter@ctive Week on line*, 2 de octubre de 1998].

(20) Cfr. JOHNSON, David R./POST, David G., «Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, p. 1367.

(21) Vid. LESSIG, Lawrence, *op. cit.*, p. 67.

cia de múltiples arquitecturas dentro de la red que encubre la existencia de numerosos y difusos intereses⁽²²⁾.

Por lo tanto, el Ciberespacio tiene su propio código o reglas de conducta donde interactúan los ciudadanos de la red (*netizens*) aparentemente libres pero sometidos a una arquitectura preestablecida. Ese código oculto que, como predicara KATSH⁽²³⁾, se erige en arquitecto de su propio entorno⁽²⁴⁾.

La sociedad de la información del siglo XXI se caracteriza por una gran dependencia tecnológica de todos los ciudadanos, que se ven imposibilitados cada día más de poder funcionar autárquicamente (*computer dependency*). El alma y elemento vertebrador de esta nueva sociedad es Internet, que se proyecta en el ciberespacio, un espacio virtual común de información globalizado. De hecho incluso se ha llegado a hablar de un nuevo estadio evolutivo del hombre, bien como «*homo digitalis*», bien como «simio informatizado».

En el ciberespacio se implementan multitud de servicios que van transformando nuestros usos y costumbres, prestaciones que se fundamentan en la gran capacidad de comunicación que nos ofrece la red. Trata también servicios como la tele-educación (*e-learning*), el comercio electrónico (*e-commerce*) o la administración electrónica (*e-government*), la telemedicina (*e-health*), la gestión electrónica de recursos para empresas (*e-management*), la banca telemática (*home-banking*)⁽²⁵⁾, el teletrabajo (*tele-work*), la oferta publicitaria (*cibermarketing*) o, más directamente, en el ámbito de la gestión de esfera doméstica (la domótica).

Tal es la expansión que el ciberespacio está produciendo en el ámbito patrimonial, que cabe preguntarnos si el comercio electrónico aparece como la manifestación de una *Nueva Lex Mercatoria Internacional*⁽²⁶⁾ o si, llegando aún más lejos, el comercio internacional será totalmente absorbido por el comercio electrónico.

(22) Tomado por referencia de GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Principios de Derecho Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 99. En el mismo sentido, John P. BARLOW realizó en 1990 la Declaración de Independencia del Ciberespacio, en la que proclamaba: «En el Ciberespacio no tenemos gobierno electo ni es probable que lo tengamos, de ahí que me dirija a ustedes, Gobiernos del mundo industrializado, con no mayor autoridad de la que habla la propia libertad. Yo declaro que el espacio social global que estamos construyendo es por naturaleza independiente de las tiranías que ustedes tratan de imponernos. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debamos temer verdaderamente. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debamos temer verdaderamente. Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, derecho a la identidad, libertad de circulación y contexto no nos son aplicables. Se basan en la materia. Aquí en el Ciberespacio no hay materia».

(23) Vid. KATSH, Ethan M., *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, Chicago, 1996, pp. 335-360.

(24) Así MITCHELL afirma que, contrariamente a lo que se cree, el ciberespacio no es un lugar caótico sino, al igual que ocurre en el espacio, precisa de unos apoyos o estructuras. Así, el autor sostiene: «La arquitectura, las leyes y las costumbres mantienen y representan cualquier equilibrio existente en el espacio real. A medida que se construye y se ensancha el ámbito de actuación se tiende a crear y mantener un equilibrio análogo, aunque estos estarán encarnados en estructuras de software y en controles electrónicos de acceso más que arreglos de tipo arquitectónico». (Cfr. MITCHELL, William J., *City of bits: Space Place and the Infobahn*, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 159).

(25) Una nueva dimensión es la posibilidad de determinadas entidades financieras de emitir dinero electrónico, posibilidad que aparece regulada por el RD 322/2008, de 29 de febrero (BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2008), sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

(26) Así CALVO CARAVACA, Alfonso Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Internet, contratación internacional B2B y Lex Mercatoria», *Revista de estudios europeos*, núm. 39, 2005, pp. 105-116.

Pero estas nuevas prestaciones sólo son manifestaciones aisladas de un fenómeno mayor que va surgiendo cual calamar de múltiples brazos por doquier. La digitalización de la red, el control posprograma almacenado, la fibra óptica, la transmisión digital sincrónica de alta velocidad, los sistemas integrados de gestión y otras muchas tecnologías y mejoras que aparecen de continuo permiten la aparición de nuevos servicios que van siendo incorporados paulatinamente en el mercado y permiten un salto cualitativo en materia de comunicaciones. Como es conocido, al facilitar la comunicación extrapola las potencialidades negativas de este fenómeno (así es un vehículo ideal para la amenaza, la injuria, la extorsión, la difamación, la calumnia, la injuria, la vejación injusta, el acoso laboral o sexual, la apología del genocidio, etc.).

El ciberespacio es un lugar donde se hace, en principio, viable la comunicación de todos con todos, en cualquier lugar y con la capacidad de transporte bidireccional de información sonora, visual, de textos y de gráficos. La infoesfera tiende a expandir sus dominios a cualquier información pública o privada: policial, judicial, bancaria, burocrática, comercial, sanitaria, militar, financiera, fiscal, registral, etc. Pero últimamente a través de las redes sociales se ha convertido en un vehículo de revelación de la intimidad tanto propia como ajena.

Por pura inercia técnica todos nuestros datos circulan de forma repetitiva e incesante por la red, el dominio del ciberespacio se retroalimenta y se va configurando, poco a poco, como omnisciente. Al ser la información una forma de entender el poder, el ciberespacio se coloca como un nuevo ente cada vez más omnipotente que tiende a anular al individuo. Mas paradójicamente, como apunta MOLES⁽²⁷⁾, corresponde a la Justicia y al derecho la tarea de conjurar el peligro por el que el ser humano pueda quedar inerme y desamparado ante los operadores y reguladores telemáticos.

Existe un bien jurídico que es la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que se extrapola a Internet. La seguridad en el ciberespacio es tan importante de cara a una economía moderna que ya empiezan a surgir «ciber-policías»⁽²⁸⁾ entrenados para manejarse en estas complejas latitudes. En definitiva, nuevos valores que generan nuevos conflictos, pero el peso de la red en la economía mundial se va haciendo cada vez más acusado.

Como afirma GÓMEZ MARTÍN⁽²⁹⁾, no cabe desconocer que el programa mundo cibernético constituye una realidad poliédrica con diversos aspectos merecedores de protección jurídica. Pero el ciberespacio, con las posibilidades de desarrollo y avance que comporta a la humanidad, puede ser reputado como un bien jurídico digno de la mayor protección, y de otro lado, al ser un ente con tendencia a recabar información, es preciso salvaguardar al ciudadano medio frente a los potenciales abusos de quienes lo usan y controlan.

(27) Vid. MOLES, Ramón J., *Derecho y control de Internet*, 1.ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, en esp. pp. 17 a 21.

(28) Sobre este tema vid. SALOM CLOTET, Juan, «Delito Informático y su investigación», *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Cuadernos de Derecho judicial, Núm 3. CGPJ, 2006, pp. 91-129.

(29) Vid. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: Un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995 (1)», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2.º trimestre de 2002, p. 145.

III. EL ACOSO MORAL EN TODOS LOS ÁMBITOS, UN FENÓMENO DE ESTUDIO RECIENTE

El *mobbing* o acoso psicológico a una determinada persona con el fin de socavar su autoestima y marginarle suele gravitar en torno a actos que asiladamente pudieran considerarse anodinos o irrelevantes, pero cuyo encadenamiento en el tiempo y persistencia van minando la salud y la entereza psíquica del afectado hasta conseguir destruir su autoestima o producir enfermedades psicosomáticas que previamente no existían y que son el resultado de la indefensión que aprende la víctima. Se crea un ambiente negativo, una telaraña de odio y animadversión sobre un sujeto que no se percata de que determinadas personas mueven unos hilos entre el colectivo para anularle socialmente. En este entorno, no nos parece difícil imaginar el halo de posibilidades inmenso que generan estos instrumentos telemáticos de comunicación.

El científico alemán afincado en Suecia Heinz LEYMANN investigó el fenómeno en la década de 1980, y utilizó por primera vez el término *mobbing* para referirse al problema⁽³⁰⁾. Fue el etólogo LORENZ⁽³¹⁾, ya en el año 1968, quien creó el término *mobbing*, vocablo que se usa en estudios del comportamiento animal, sobre todo en la ornitología, donde la conducta defensiva de un grupo de cuervos se traduce en un atosigamiento continuado de su enemigo, un búho, a fin de que éste aborreciera o abandonara una ubicación física donde moraban ellos, o simplemente para desplazarle de su nido y ocuparlo ellos. Partiendo de este estudio, se observó comportamientos análogos en determinadas especies, constatando que en ciertos casos los individuos más débiles del grupo se coaligaban para atacar a otro más fuerte (así por ejemplo ratas, babuinos o tensiones entre hienas y leones).

(30) Lo definió en el Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo en el año 1990 como «Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo».

(31) Vid. LORENZ, Konrad, *Consideraciones sobre las conductas animal y humana* (trad. Sabrido, Ángel), 1.^a Ed., Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1974, pp. 221 y ss. El autor dedica un capítulo entero al comportamiento de las ratas, animal que según él opera los mismos comportamientos que el hombre, razón por la que sobreviven tan bien y son tan difíciles de erradicar. Cuando dos comunidades de ratas de distinta procedencia se ponen en contacto en el mismo hábitat, pronto empiezan a luchar entre sí y a definir su territorio, acabando cada grupo por retirarse a una zona bien delimitada que defienden a morir. Si en vez de grupos se introducen en el nuevo hábitat varios individuos aislados, cada uno procedente de un grupo diferente, se observa que inicialmente todos procuran evitarse unos a otros, luchando tan sólo cuando no les queda más remedio. Sin embargo, en cuanto se forma una pareja la formación convivencial ataca al resto, acabando paulatinamente con todos, uno a uno, de la manera más cruel. De forma sorprendente, en cuanto empiezan a tener descendencia, la cruel pareja cambia su comportamiento y se vuelve paciente y tolerante con sus propias crías. Aunque la comunidad se extiende y apenas se reconocen de vista, se olfatean y se protegen porque todos poseen el mismo olor, el olor a clan. Si en esta sociedad tan armoniosa se introduce una rata de distinto origen, no ocurre nada durante cierto tiempo, hasta que el individuo pasa demasiado cerca de una de las ratas del clan. En este momento sucede algo terrible: la rata que ha detectado al intruso emite un gruñido o chillido de descontento, que desencadena una reacción colectiva de gran ferocidad: todas las ratas, con los pelos erizados y ojos protuberantes, se abalanzan sobre el intruso, al que destrazan sin piedad. Éste raramente se defiende y en muchas ocasiones muere de miedo tras iniciarse el ataque. De estas experiencias contrastadas advierte Lorenz que el *mobbing* es una parte del comportamiento evolutivo, una manifestación del «darwinismo social», en virtud del cual los animales más adaptados y fuertes condicionan a aquellos que son constitucionalmente inferiores para que abandonen determinados territorios o ámbitos, sin recurrir necesariamente al enfrentamiento físico.

Para definir esta situación se utilizó el verbo inglés «*to mob*», que se define como atacar con violencia. Por lo tanto, al igual que la violencia los sistemas de acoso son un *modus vivendi* que se ha transmitido de generación en generación. Este mecanismo de continuo enfrentamiento social se utiliza para que un grupo reducido actúe sobre potenciales rivales o para la eliminación de determinados elementos del grupo que se consideran más débiles (comportándose como un sistema implacable de eugenesia social⁽³²⁾).

Esta persona o grupo de personas reciben una violencia psicológica reiterada a través de conductas de acoso en el ámbito de su trabajo por sus jefes (*mobbing* descendente) compañeros (*mobbing* horizontal), subordinados (*mobbing* ascendente), de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado que pueden llegar a ser meses e incluso años. Pretenden hostigar, intimidar, o perturbar hasta el abandono del trabajo a la víctima o víctimas. En el ámbito escolar, Dan OLWEUS sostiene que «un estudiante se convierte en víctima de acoso escolar cuando está expuesto, de forma reiterada y a lo largo del tiempo, a acciones negativas llevadas a cabo por otro u otros estudiantes».

Según Iñaki PIÑUEL, el acoso psicológico posee como propósito empequeñecer, intimidar, aplanar, apocar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla de la organización o satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la situación que le brinda la situación organizativa particular para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas. El acoso psicológico puede ser un fenómeno típico de ambientes laborales con una organización productiva desastrosa o sistemáticas arbitrarias de trabajo además de una administración incompetente y desatenta. También se afirma que los afectados son normalmente individuos excepcionales con demostrada inteligencia, competencia, creatividad, integridad, talento y dedicación.

En el caso del menor agredido, al enfrentarse a experiencias de victimización, su imagen se deteriora y se daña su autoestima personal. En efecto, «para las víctimas puede resultar terrorífico ser objeto de abuso, no sólo por lo que supone de daño físico y psicológico, sino también por el daño moral que les provoca la humillación de ser considerado un estúpido, un débil y un marginado social. La víctima, llena de temores, que intenta contener y disimular, por un sentimiento de vergüenza, suele percibir su situación causada por su propia debilidad social y su escasa capacidad para afrontar las relaciones interpersonales; sin contemplar que éstas son especialmente injustas y duras para cada persona»⁽³³⁾.

También suele utilizarse el término *bullying* (literalmente «los toritos», enfocado al matonismo), que viene a ser una especie dentro del género caracterizada por que siempre está presente la violencia física, mientras que en el *mobbing*⁽³⁴⁾ las estrategias que utilizan

(32) Posteriormente a los estudios biológicos, BRODSKY, en una publicación de 1976, relacionada con el *mobbing* en el mundo laboral, hacía referencia al Trabajador hostigado. Sin embargo, no realizó más que una alusión periférica con una referencia muy escueta, ya que su libro iba más encaminado a describir la vida dura del trabajador y su situación. Brodsky no estuvo interesado en el análisis de estos casos de coacción psicológica, sino más bien pretendía que se implantara una nueva ley del ambiente de trabajo en Alemania.

(33) Vid. ORTEGA RUIZ, Rosario, «Víctimas, agresores y espectadores», *Cuadernos de Pedagogía*, núm. 391.

(34) Otros vocablos utilizados en lengua extranjera son el de «harassment», que equivale a hostigamiento, el de «whistleblower» (literalmente los que soplan el silbato, en alusión a los que denuncian situaciones injustas y sufren por ello las consecuencias de un entorno laboral hostil que los boicotea y asedia, llegando incluso a amenazarlos y

los acosadores o *mobbers* siempre son más psicológicas y sutiles, pues la intención es no dejar rastro o huella del acoso, para que el acosado o *mobbed* aparezca como un trabajador incompetente, conflictivo o problemático. Como refiere OÑATE CANTERO⁽³⁵⁾, la agresión física (aunque más llamativa) representa tan sólo una pequeña parte del total de las conductas de hostigamiento. Para comprender bien la dinámica del mal al que nos enfrentamos VARELA AUTRÁN⁽³⁶⁾ nos recuerda que el hombre es un ser dotado de razón pero, también, de instintos. En la medida en que estos últimos preponderan sobre el ser racional se desatan sentimientos perversos que dan lugar a consecuencias impredecibles. La historia nos recuerda los enormes padecimientos sufridos por la humanidad a través de los siglos, en muchos de los cuales se advierte la perversión del hombre como hilo conductor capaz de generar los más ominosos sufrimientos.

El *mobbing* se suele utilizar por parte de algunos directivos de la organización como una estrategia de *management*. Es frecuente que en algunas organizaciones se utilice el *mobbing* como un instrumento para deshacerse de aquellos empleados especialmente molestos a los que no se puede reprochar nada, para lo cual utilizan la táctica de la quiebra de su resistencia psicológica, hundiéndolos emocionalmente para deshacerse de ellos sin que suponga un coste económico para la empresa. De esta forma, se maltrata psicológicamente a los trabajadores para destruirlos y forzarlos a dimitir o abandonar su lugar de trabajo. También en el ámbito escolar compañeros que presentan a ojos del *mobber* determinadas potencialidades ansiadas pero no poseídas (así se enfrenta a alguien más inteligente, mejor apariencia física, mayor aptitud para el deporte, etc.).

Para sobrevivir al *mobbing* (y siempre de forma complementaria a otras acciones laborales, médicas, jurídicas, y otras facetas), la estrategia personal consiste en comprender cuanto antes el fenómeno y hacer frente de manera proactiva, rompiendo la indefensión y solicitando la protección de la salud laboral en riesgo de daño.

La estrategia terapéutica en el trabajo con las víctimas de *mobbing* suele consistir no tanto en aclimatarlas al hostigamiento cuanto en ayudarlas a recuperar la autoestima y a romper el proceso de indefensión aprendida que el *mobbing* termina generando.

El *mobbing* está considerado no tanto como una nueva enfermedad sino como un riesgo laboral de tipo psicosocial. Las enfermedades a que da lugar el *mobbing* no son nuevas. Se trata de enfermedades que, en la medida en que son producidas por la exposición del trabajador a este riesgo psicosocial, deben ser catalogadas como derivadas del trabajo. El cuadro de daño más habitual en los casos de *mobbing* suele ser el síndrome de estrés pos-

agredirlos) y el «ijime» en japonés. (Vid. LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel, «Acoso moral o “mobbing”. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad», *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 115, 2003, p. 9 y nota 14. Vid. también VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, «Teoría penal del acoso moral: “mobbing”, “bullying”, “blockbusting”». Estudios. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1997 de 2005, p. 7. También PIÑUEL ZABALA, Iñaki, «Mobbing. La violencia psicológica en el trabajo (I)», en <<http://www.el-refugioesjo.net/bib/cisnerosI.htm>>. Vid. la importante obra de LEYMANN, Heinz, «Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders», *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1996.

(35) Vid. OÑATE CANTERO, Araceli, «Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas», *El Mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa. Estudios de derecho Judicial* núm. 94, CGPJ, Madrid, 1997, p. 90.

(36) Vid. VARELA AUTRÁN, Benigno, «El acoso moral o *mobbing* en el trabajo», *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 5, 2003, p. 259.

traumático. Un cuadro que muy frecuentemente se confunde con depresión y problemas de ansiedad.

IV. ENTIDAD DEL PROBLEMA

Como ya hemos apuntado, las redes sociales de Internet se han constituido en el siglo XXI en quizás el principal instrumento de comunicación y socialización, siendo una de sus principales funciones servir de plataforma desde donde se puede compartir experiencias y momentos vitales. Las recientes revueltas de la denominada primavera árabe de 2011 pusieron a la luz la capacidad de derribar, por parte de Internet, catalizando el disgusto de la opinión pública, a determinados regímenes militares que parecían si no indestructibles al menos sólidamente asentados.

Una de las manifestaciones más frecuentes de este fenómeno de intercomunicación es la publicación de fotografías o la divulgación de experiencias íntimas o personales. La vida privada se populariza cada vez más y de un modo casi inmediato gracias a los *smartphones* conectados a Internet⁽³⁷⁾. En ocasiones, especialmente por parte de los adolescentes, las imágenes que se publican son poco afortunadas y pueden ocasionar contrariedades futuras a sus protagonistas entre otras razones porque, dada la dimensión atemporal de Internet, una imagen oprobiosa puede permanecer inveteradamente en la red y si su contenido es ridiculizante o vejatorio los daños personales son difícilmente estimables. Si se añaden etiquetas que los identifican con nombres y apellidos, que comúnmente se pueden acompañar con comentarios de mofa o burla sobre el protagonista de la escena, las consecuencias son aún más graves.

En estas redes, sobre todo en adolescentes, existe una velada y soterrada competición de lucimiento y una pretensión de ocupar un rol de referencia, y cuando uno se topa con un rival más popular o carismático las vías para derribarlo del trono digital suelen venir acompañadas de la denigración personal.

Cuando se trata de foros cerrados entre escolares o personas que tienen una clara representación en el mundo exterior cotidiano las consecuencias se hacen más graves, pues los hostigamientos no se circunscriben a Internet, sino que se extrapolan a su vida cotidiana. Las posibilidades que concede a un acosador el uso de las modernas tecnologías son evidentes. Hay que percatarse de que se utilizan compañías foráneas (Facebook, Twitter, Tuenti y LinkedIn, etc.), que permanecen altamente impermeables a la autocensura y solo en casos concretos y a título de beneplácito se deciden a actuar. Los procedimientos compulsivos sobre las mismas para lograr un adecuado control desde Europa son altamente tortuosos, duraderos y difíciles. En definitiva, cuando finalmente se adoptan medidas ya se ha llegado demasiado tarde⁽³⁸⁾.

(37) En España, el Estudio sobre hábitos de seguridad en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres, del Observatorio de la Seguridad de la información de INTECO, elaborado a partir de encuestas a menores de entre 10 y 16 años y a sus padres o tutores, muestra cómo un 5,9% de los chicos afirma haber sido víctima de ciberacoso, mientras que un 2,9% afirma haber actuado como acosador. Mensajería instantánea, chats, mensajes de móvil, correo electrónico y redes sociales se convierten en nuevos espacios para la burla, las exclusiones y, en no pocas ocasiones, la vulneración de principios básicos relacionados con el honor, la intimidad y la propia imagen.

(38) Algunos de los grupos de Facebook tienen denominaciones claramente discriminatorias, racistas, xenófobas o incitadoras al odio: «Fumigar a los negros cabeza», «Odio a los judíos», «Odio a los bolitas que usan ropa trucha»,

Todos los especialistas coinciden en el diagnóstico: la educación y la conciencia social son los dos pilares para disminuir la violencia. Y alegan que el problema no es la herramienta, sino el mal uso y la falta de controles, lo que viene a significar la necesidad de establecer un estatuto jurídico internacional que regule Internet y unas pautas deontológicas de la compañías que explotan sus contenidos⁽³⁹⁾.

Como ya apuntamos, el acoso, la violencia y la intolerancia son anteriores a Facebook, las burlas, las bufonadas, así como los ataques físicos y verbales entre compañeros, suponen una parte negativa a la que desgraciadamente casi todo escolar debe soportar en alguna ocasión durante su etapa de formación. Aunque la virtualidad hace que ciertas conductas se pongan de relieve, se magnifiquen y se sobredimensionen, no son fenómenos generados por el uso de una determinada página web.

En las redes sociales, escolares o laborales, sería *lege ferenda* necesario dotarlas de un equipo de moderación que monitoreara los contenidos generados en ella, de manera manual o automatizada, con el fin de minimizar la información inapropiada. También los usuarios contribuyen a esta vigilancia a través del botón «denunciar» o desde el Centro de Ayuda. Anterior a una judicialización de las redes habría que priorizar un filtro telemático: un sistema de autorregulación propio donde los moderadores contacten directamente con el usuario responsable del contenido, tratando de explicarle las razones por las cuales tiene que eliminar esa información, y en su defecto se podrían borrar aquellos, por lo que sólo los comportamientos más graves tendrían un eco judicial.

Actualmente, con independencia de la responsabilidad penal, desde el plano administrativo, la Agencia Española de Protección de Datos establece distintas sanciones por el uso indebido de datos personales en Internet, entre ellos destacamos principalmente el uso de imágenes sin el consentimiento del interesado⁽⁴⁰⁾.

V. LA NECESARIA LABOR EDUCATIVA

Una de los problemas más acuciantes que plantea hoy la red está centrado en la protección de los menores en el uso de Internet. Existe un peligroso vacío jurídico que desampara a los

«Yo también odio a los pobres», «Mataría a un villero si me dicen que nadie se enter», o «tres razones para odiar a Romina Perrone» (la niña de 10 años que sufrió *ciberbullying* por una compañera de clase).

(39) La encuesta de SLONJE y SMITH, realizada en 2009 en siete países —entre ellos EE.UU., España, Colombia y Chile— dio como resultado que el 12,1% sufría *ciberbullying*. Entre ellos el 22,4% de los varones usó los teléfonos digitalizados o la mensajería instantánea para perjudicar a otros, frente al 13,4% de las chicas. En cuanto a las víctimas eran el 19,25% de los chicos y el 13,8% de las chicas.

(40) Así pues, el 27 de diciembre de 2010 el Director de la AEPD, Artemi RALLO, compareció ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados advirtiendo del peligro de la privacidad de datos por el uso de Internet, sobre todo por la expansión de las redes sociales, la comisión de infracciones y sanciones al respecto, pronunciándose como sigue a continuación: «Respecto a la difusión de imágenes en Internet y, en particular, el fenómeno “You Tube”», ha recordado «que todos debemos respetar el derecho de las personas a que su imagen no se difunda universalmente en Internet sin su consentimiento», y, por ello, ha dicho, «si no se cuenta con el consentimiento de las personas cuyas imágenes son captadas y difundidas se incurre en una infracción grave de la LOPD». Rallo ha recordado que recientemente la Agencia ha adoptado la primera resolución en este ámbito, referida a la difusión de imágenes en la calle Montera por Internet, para la cual ha contado con la colaboración de los prestadores de estos servicios y de operadores de telecomunicaciones para poder identificar a los autores de estas infracciones, por lo que ha advertido «que debemos ser conscientes de que el uso de estos servicios en Internet no garantiza ni protege el anonimato de quien las difunde». Además, ha añadido que existen otras actuaciones en marcha sobre conductas vejatorias a menores o peleas entre grupos juveniles.

menores en el uso del ciberespacio. La primera etapa es lógicamente educacional y debe estar orientada a formar «ciudadanos digitales» responsables. En relación a los menores es reseñable el aumento del uso por parte de estos, aun en etapas más tempranas, de las redes sociales —sitios que permiten a los usuarios hacer público su perfil, compartir una lista de contactos, poner en común intereses, actividades u opiniones—. Ante los anteriormente enunciados riesgos potenciales «muy importantes» para la privacidad y protección de datos de los usuarios de las redes sociales (especialmente, en jóvenes y adolescentes).

Se hace precisa una conciencia general en el ámbito educativo de que este tipo comportamientos se está produciendo de una forma más o menos palpable. Aun teniendo en cuenta la importancia de la escuela como factor educativo y formativo, no se puede sobredimensionar las potestades educativas delegando en ellas la solución del problema⁽⁴¹⁾. Existe una tendencia a extrapolar la labor educativa fuera del marco físico de las aulas, la referencia a la Ley 2/2010, de 15 de junio, de Autoridad del profesor en la Comunidad de Madrid es destacable⁽⁴²⁾.

VI. FRENOS JURÍDICOS PARA PALIAR ESTAS SITUACIONES DE ABUSO

Un primer paso adelante lo podemos encontrar en el ámbito internacional con las Directrices Riad, aprobadas por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/112, de 14 de diciembre de 1990, que en su artículo 56 establece: «A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven»⁽⁴³⁾. En la Resolución del Consejo de 17 de febrero de 1997, sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet, se insta a los Estados miembros a que «fomenten y faciliten sistemas de autorregulación, que incluyan instancias representativas de los suministradores y usuarios de los servicios de Internet, Códigos de conducta eficaces y, eventualmente, mecanismos de información de emergencia accesibles al público, así como la posibilidad de suministrar a los usuarios mecanismos de filtrado de la información».

(41) Vid. CAMPO, Alejandro/FERNÁNDEZ, Alfonso/GRISALEÑA Jesús, «La convivencia en los centros de secundaria: un estudio de casos», *Revista Iberoamericana* núm. 38, mayo/agosto, 2005, p. 121. En concepto de los autores, se olvida que la escuela «únicamente tiene capacidad de intervención en aquellas variables que controla, en los factores endógenos de convivencia, como son el clima del centro, las normas de convivencia y el tratamiento individualizado de personas y de problemas. Se le escapan o dicha escuela tiene una influencia indirecta y limitada en los factores exógenos que afectan a la convivencia escolar, como son la familia, el barrio, el grupo de amigos, los medios de comunicación».

(42) Así, en su art. 10. 1 se prevé que por el incumplimiento de las normas de convivencia también podrán ser sancionadas aquellas conductas que, aunque llevadas a cabo fuera del recinto escolar, estén motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afecten a algún miembro de la comunidad educativa.

(43) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGAÑO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 19. Paralelamente, SANZ HERMIDA, Ágata María, *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p. 74. En el mismo sentido se pronuncian CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGAÑO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 19.

En línea con estos principios la Decisión 276/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, aprobó un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet, en la que se establecen cuatro líneas de actuación: la creación de un entorno más seguro; la elaboración de un sistema de filtro y de clasificación de contenidos; el fomento de actividades de sensibilización; y la adopción de determinadas medidas de apoyo. Veamos con detalle las dos primeras.

Dadas las características de Internet, que salta fronteras, legislaciones y sistemas punitivos, se hace imprescindible el consenso internacional para regular este fenómeno y luchar contra los contenidos indeseables, a partir de ese consenso se podrá abordar la regulación jurídica de la red, hasta ese momento habrá que propiciar desde dentro y fuera de la red las normas de buena conducta o código deontológico.

VII. LA POSTURA DE LA FISCALÍA

La Fiscalía General del Estado, en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, dentro de sus conclusiones establece dos situaciones en las cuales a los centros educativos se les cede el tratamiento de conductas relacionadas con el acoso escolar.

En primer lugar, partiendo de que el ámbito subjetivo de aplicación de la LORPM son los menores de entre 14 y 18 años, la Fiscalía General señala: «Cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá a remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro en cuyo ámbito se estén produciendo los abusos, para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes a la protección de víctimas y en relación con los victimarios».

En segundo lugar, se señala que, «En los supuestos en que pese a poder ser encuadrados los hechos en el concepto social amplio de acoso no puedan los mismos subsumirse en ningún tipo penal, habrá de remitirse copia de lo actuado a la dirección del centro docente de los menores implicados para que adopte las iniciativas oportunas».

Es decir, en los casos en que el acoso escolar no llegue a subsumirse ni como delito ni como falta establecidos por el Código Penal, las conductas atípicas, pero constitutivas de acoso, deberán ser conocidas por el centro escolar para que adopte medidas educativas pertinentes.

VIII. DELITOS RELACIONADOS CON EL *CYBERBULLYING*

1. *Mobbing* escolar

En el Código penal se cuenta con el artículo 173.1 CP, que puede ser aplicado —y de hecho ya ha sido aplicado en algunas sentencias ya firmes, como es de citar la del caso Jokin, Sentencia del Juzgado de Menores de San Sebastián de fecha 12 de mayo de 2005, confirmada en dicho extremo por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de

julio de 2005⁽⁴⁴⁾— a los casos de acoso escolar graves, siempre que constituyan «un grave trato degradante» y se afecte la integridad moral, con independencia de la imposición de otros delitos o faltas normalmente contra la integridad física⁽⁴⁵⁾.

Pero en los demás casos de *bullying* en los que no se dé un verdadero trato degradante grave no será de aplicación el art. 173.1 CP, debiendo entonces examinarse si se han conculcado otros preceptos del Código penal, para que puedan ser aplicados estos⁽⁴⁶⁾.

2. *Mobbing* laboral

No afecta sino colateralmente a este estudio, pero la jurisprudencia⁽⁴⁷⁾ lo describe como una situación de hostigamiento a un trabajador mediante actitudes de violencia psicológica prolongadas en el tiempo que le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y que en ocasiones motivan el abandono de su empleo, todo lo cual constituye un atentado a la integridad de la persona, derecho que consagra el art. 15 de la CE.

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido un tipo *ad hoc* para el ámbito laboral del delito de *mobbing*, el cual hasta ahora, aunque parezca increíble, no había sido regulado a pesar de la existencia de múltiples casos al respecto. Esta modificación se introduce mediante la ampliación del artículo 173 del actual CP, encuadrado dentro del título VIII, dedicado a los delitos de integridad moral y torturas⁽⁴⁸⁾.

(44) Sentencia 178/05, recaída en apelación, expediente de reforma 310/04. Paralelamente, es reseñable la reciente Sentencia del Juzgado de Menores de Valencia de fecha 16-12-2005 con sanción pactada por las partes en relación a un acoso escolar ocurrido en el Instituto «Juan de Garay» de Valencia en el barrio de Patrax (*El País*, 18 de diciembre de 2005, «Acoso escolar con castigo pactado», p. 3).

(45) En mayo de 2009 un Juzgado de Menores de Sevilla condena a pagar una multa de 100 euros por colgar en su perfil de la red social Tuenti una foto de un compañero de clase en la que aparecía dentro de una diana tocando un violín. La fotografía, que permaneció dos meses visible en la red social, había sido retocada para añadir la diana y con ella el condenado provocó deliberadamente comentarios despectivos hacia la víctima por parte de sus compañeros de clase, alumnos de Bachillerato en un colegio privado de Sevilla. Además, el condenado «contribuyó en primera persona a dichos comentarios a través de los chats que sostuvo» con sus compañeros. El juez consideró en su sentencia que el condenado llevó a cabo un deliberado ataque a la dignidad personal del menor denunciante y a su imagen y buena fama entre los compañeros del colegio. (<<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/12/madrid/1294826167>>).

(46) En el plano civil, una sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 14 de Las Palmas ha condenado a pagar una indemnización de 5.000 euros al padre de un menor que subió una foto ofensiva de una niña de 15 años a la red social Tuenti. La sentencia consideró responsable al progenitor por no vigilar a su hijo. El magistrado condena al padre por su culpa *in vigilando*, es decir, por la omisión del deber de vigilancia que a los padres correspondía. Considera que los progenitores tendrían que haber empleado una mayor diligencia en su «educación al correcto uso de las nuevas tecnologías». En este sentido, el juez estima la demanda de los padres de la niña, que exigieron una indemnización al tutor del menor por su responsabilidad aquiliana. (<<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/08/10/madrid/1281433812>.html>).

(47) STSJ del País Vasco (Social, Sec. 7.ª), de 25 de enero de 2005 (Biurrun Mancisidor) y STSJCA del País Vasco (Social, Sec. 1.ª), de 5 de diciembre de 2006 (Molina Castiella).

(48) El párrafo nuevo es el siguiente: «Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial 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».

Anteriormente es preciso recordar que el Tribunal Supremo, en su STS de 17 de enero de 2006⁽⁴⁹⁾, ya se había pronunciado sobre la posibilidad de condenar conductas de acoso moral u hostigamiento en los centros de trabajo, en el ámbito militar⁽⁵⁰⁾.

3. *Mobbing* inmobiliario

Paralelo a las conductas escolares el art.173. 1 *in fine* del CP, que impone la misma pena que el laboral al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Este es un tipo de coacción moral que sufren aquellas personas (arrendatarios o propietarios que ocupan una posición minoritaria) que resultan incómodos frente a las ansias especulativas de personas o grupos financieros.

En este sentido, JIMÉNEZ GONZÁLEZ⁽⁵¹⁾ lo define como conjunto de situaciones en que una persona o un grupo de personas ejercen un conjunto de comportamientos caracterizados por una violencia psicológica, aplicada de forma sistemática durante un tiempo sobre otra persona con la cual mantiene un vínculo contractual a través de un arrendamiento urbano.

4. Lesiones psíquicas

La medicina y el Derecho penal han prestado atención a las *lesiones físicas* de las víctimas, pero han hecho caso omiso, hasta fechas muy recientes, del *daño psicológico*, que viene a significar, en verdad, como una *herida invisible*⁽⁵²⁾. De hecho, el daño psicológico sólo está presente como tal en el Código penal en el caso de la violencia familiar, de las sectas destructivas y del *mobbing* laboral.

La evaluación del daño psíquico sufrido en las menores víctimas es importante para planificar el tratamiento, así como para tipificar los daños criminalmente, establecer una compensación adecuada o determinar las consecuencias psicológicas futuras. Sin embargo, habitualmente se hace referencia a los daños somáticos y, de hecho, hay una baremación estandarizada de las lesiones corporales (en relación con los accidentes de coche o con las víctimas de un atentado), pero apenas se presta atención a la valoración de los daños psíquicos⁽⁵³⁾.

(49) STS 942/2006 (2.ª), de 17 de enero.

(50) Sentencias 22-3-1989 [RJ 1989, 2801] y 5-12-1989 [RJ 1989, 9824], esta última citada por la Fiscalía Togada; y arts. 35, 73 y 77 y ss. RR.OO. para las Fuerzas Armadas [RCL 1979, 90, 395] y arts. 11, 35, 74 y concordantes de las RR.OO. del Ejército de Tierra [RCL 1983, 2593, 2726].

(51) Vid. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, José Ramón, *Revista de Treball Social*, núm. 175, septiembre de 2004, pp. 78-89.

(52) STS (2.ª) de 28 de octubre de 2010 (Giménez García). Relativo a una condena por *mobbing* laboral infligido a una auxiliar administrativa de un concesionario de automóviles por sus superiores. Se contempla en el relato fáctico un comportamiento agresivo, trato hostil y actitud humillante y vejatoria hacia la trabajadora. Atribución de funciones banales y traslado a un lugar cerrado y aislado cuando se reincorporó tras un despido disciplinario nulo. A estos efectos, lo interesante a estos efectos es que, en cuanto a sus consecuencias, el padecimiento psicológico es constitutivo de delito de lesiones autónomo.

(53) Más en concreto, en la LO de los Seguros Privados 34/2003, de 4 de noviembre (tabla VI), el daño psicológico apenas se valora. Así, por ejemplo, el trastorno de estrés postraumático se valora en un rango de 1 a 3 puntos sobre

5. Incitación al odio, la discriminación y a la xenofobia⁽⁵⁴⁾ (arts. 510 y 607.2 del CP)

El auge del discurso maximalista a través de Internet está detrás del preocupante crecimiento de los discursos xenófobos y racistas que hemos venido observando últimamente, con fuerte capacidad de penetración en todos los ámbitos sociales, y ante el vertiginoso aumento de la difusión de ideas xenófobas a través de las redes sociales de la denominada doctrina del odio. La escasa aplicación del tipo penal del art. 510 del CP y su rácana interpretación influye en que las conductas mencionadas quedarán impunes y que incitan de forma directa o indirecta al odio y a la discriminación contra determinados colectivos de personas por el mero hecho de ser diferentes.

Se trata de un acoso verbal de corte excluyente y xenófobo siempre expresado de un modo populista y clasista en que se propagan de forma generalizada mensajes alarmistas equiparando peligrosamente delincuencia con personas extranjeras, se generan y difunden todo tipo de rumores o bulos siempre vinculados a la población foránea o a una raza que se juzga inferior con el fin de conseguir su estigmatización, como que no pagan impuestos, colapsan el sistema sanitario o educativo, propagan enfermedades infectocontagiosas, reciben todas las ayudas de los servicios sociales con exclusión de los nacionales, no cumplen horarios comerciales, o bien se formulan profecías de una supuesta islamización de Europa como pretexto para que las personas musulmanas no puedan ejercer su libertad religiosa impidiendo que puedan abrir centros de culto.

A su vez, el art. 607.2 del CP tipifica la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen*⁽⁵⁵⁾ o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, que se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

6. Amenazas

Esta infracción aparece configurada como delito (arts. 169 y 171), y como falta en el art. 620 del mismo cuerpo legal. En cuanto al *modus operandi* no hay distinciones con el resto de este tipo de infracciones, y en cuanto al anonimato cuenta con grandes analogías a las realizadas por vía telefónica. Aunque no es necesario para acosar a una persona incurrir en una amenaza expresa, sí es frecuente que en casos puntuales la situación se

100 (5 veces menos que en la Ley anterior, 30/1995); y los así llamados «otros trastornos neuróticos» se valoran de 1 a 5 puntos. Es decir, el valor asignado al daño psicológico es pequeño y con una tendencia a darle aún menos valor.

(54) El CP tipifica en el art. 510.1 a quienes provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, que serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. En el apartado segundo se penaliza a quienes, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. A su vez el art. 607 del CP penaliza la apología del genocidio.

(55) La expresión «nieguen» fue declarada inconstitucional, y nula la inclusión de la expresión «nieguen o» por STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. (BOE núm. 295, suplemento, de 10 de diciembre de 2007).

desborde y salgan amenazas más o menos veladas o más o menos puntuales para configurar un manto opresor.

7. Las calumnias e injurias

El art. 212 del CP penaliza cualquier tipo de información o mensaje que contenga calumnias o injurias. A veces, usualmente en los casos más graves, el contenido injuriante no se limita a los tradicionales exabruptos verbales sino que con un afán más ladino se dibuja una caricatura de un individuo al que se recubre de mote o apodos denigrantes, aparentemente muy simpáticos y graciosos para quien los concibe pero terriblemente dañinos para la autoestima de quien los recibe.

Una de las especialidades que se percibe en este caso son los nebulosos límites del *ius criticandi*. En el denominado «caso foro para desahogo»⁽⁵⁶⁾ no se condenó porque los insultos se emitían «dentro de una página web destinada específicamente a servir como tribuna de quejas o descarga de iras contenidas entre usuarios que se registren. Dicho con simpleza, un foro para manifestar los propios descontentos o simplemente hablar mal». En el caso *quejasonline.com*⁽⁵⁷⁾ se eximió de responsabilidad al considerar que era un medio informativo. Es necesario considerar que en esta materia no rige la *exceptio veritatis*, y que la difusión constante e indiscriminada de información perjudicial ajena a cualquier otro fin que el de dañar o perjudicar la imagen de una persona a través del mail debe ser considerada extramuros de la libertad de expresión⁽⁵⁸⁾.

Además se percibe una tendencia a restar antijuridicidad material a las expresiones vertidas en Internet. Dentro de una línea proclive a la contextualización *pro libertate* de la red frente a los medios de comunicación clásicos y a la necesidad de adecuarse y adaptarse a la naturaleza diversa de los usos de Internet encontramos la sentencia del caso de la carta colgada en Internet del colegio de las Ursulinas contra una constructora⁽⁵⁹⁾, y el caso Plataforma Regional Pro-Identidad Leonesa⁽⁶⁰⁾; en todas ellas se tiende a contextualizar el modo de comunicación que implica Internet livianizando las expresiones vertidas en ella.

8. Grooming

El acoso sexual (conocido en la red como *grooming*) consiste en un tipo de acoso ejercido por un adulto, y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una

(56) Auto 339/2005 de la AP de Barcelona (Sec. 6.ª) de 24 de mayo (FJ 2.º).

(57) Auto 36/2006 de la AP de Madrid (Sec. 2.ª), de 31 de enero. Relativo a los textos en *quejasonline.com* sobre la actuación errónea de una constructora.

(58) Así, caso de ofensas en el ámbito de profesores universitarios por medio de mensajes colectivos a través del correo electrónico, la SAP de Granada 144/2006 (Sec. 4.ª), de 7 de abril, excluye que esté en juego la libre expresión.

(59) Así la sentencia en apelación de la AP de Álava 55/2006 (Sec. 1.ª), de 11 de abril. Se tiene en cuenta el siguiente peregrino argumento, pues «la persona que accede a la página de Internet del denunciado-apelante lo hace por su propia voluntad y, por lo demás, se podría ver contrarrestado por la información dada por la otra parte».

(60) La SAP 302/2005 de León (Sec. 2.ª), de 19 de diciembre, resuelve un recurso de apelación frente a sentencia de instancia que desestimaba una acción de rectificación. Se pretendía que se rectificasen unos juicios históricos que figuraban en la web de una fundación. En el supuesto analizado, se sostiene que la web de una plataforma política no va dirigida a un público numeroso y heterogéneo (lo cual es cierto y relevante), ni se le puede exigir veracidad (lo cual es discutible, si bien se debe modular el entendimiento de ésta para no interrumpir el proceso de libre expresión en Internet).

relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. Son situaciones de acoso con un contenido sexual explícito o implícito. El *grooming* recientemente ha sido incorporado al texto punitivo en el artículo 183 bis, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁽⁶¹⁾.

9. La falta de vejaciones injustas

El art. 620.2 es el último círculo concéntrico que cubre todo el Derecho penal. Todo lo que es criminalmente imputable y no encuentra acomodo en un tipo penal se suele residenciar en este maleable tipo penal de perfiles nada determinados. Mas la falta debe ser puntual y descontextualizada, pues si reúne los requisitos de multiplicidad, coordinación y reiteración no debe ser desvinculada ni descontextualizada de una conducta de acoso.

10. Pornografía infantil

También relacionado periféricamente con este tema el art. 189 del CP penaliza utilizar a menores para material pornográfico. No es infrecuente que los pederastas acudan a las redes sociales que frecuentan niños y adolescentes ocultando su verdadera edad y paulatinamente se ganen las voluntades de menores para captarles y utilizarles con los más ladinos propósitos. Los servidores en Internet que ofrezcan material pornográfico accesible a menores de dieciocho años serán penados con penas que en abstracto podrían alcanzar los dos años.

11. Delitos contra la intimidad y el *hacking*

La vulneración de las barreras de la intimidad y la difusión de esferas propias de la intimidad que se han obtenido bien de forma ilícita, engañosa o injusta pueden constituirse en una fase más del acoso. Cuando la obtención de los datos se obtiene de forma ilícita el art. 197 del CP penaliza la lectura de mensajes privados de usuarios sin consentimiento de éstos con penas de 1 a 4 años de prisión.

En Internet, los proveedores de servicios, administradores de grupos de interés, y servidores web, que mantienen archivos de datos personales, están obligados a cumplir las reglas⁽⁶²⁾. En España, la Ley 15/1999, de protección de datos de carácter personal, que sustituyó a la LORTAD, exige la inscripción obligatoria de las bases de datos con información

(61) Así se tipifica al que «a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

(62) A modo de ejemplo, el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE), impone a los prestadores de servicios (ISPs) el «deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no se limitan al orden administrativo, sino que alcanzan a los órdenes civil y penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables».

personal en el Registro de la Agencia de Protección de Datos. Se requiere la autorización expresa de los titulares de la información, y los datos no se pueden utilizar para una finalidad distinta a la que se haya autorizado; así mismo, no pueden transmitirse sin el consentimiento expreso de su titular.

IX. IMPUNIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A diferencia de lo que acaece en el mundo de los medios de comunicación, donde el propietario del *mass media* es quien contrata y paga a sus comunicadores, que por ello ganan un carácter de subordinación⁽⁶³⁾ que les conecta con los criterios generales de la culpa *in eligendo e in vigilando* que vinculan la culpabilidad penal, en Internet son los proveedores de contenidos los que sufragan el alojamiento en la Red de sus contenidos y así sostienen económicamente a los ISPs, que por lo tanto tampoco controlan los contenidos que técnicamente alojan, por lo que es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad (art. 5 CP) su mera labor de intermediación técnica.

Por eso no es de aplicación la llamada «responsabilidad en cascada» del art. 30 CP para los ISPs y estos sólo actuarán delictivamente conforme a los grados de participación ordinarios cuando coparticipen en la creación y difusión del contenido ilícito⁽⁶⁴⁾ o cuando, estando a su margen, sean requeridos para retirarlo y no lo hagan (de ahí su carácter de custodiantes meramente pasivos de los contenidos que alojan).

El esquema general es que el prestador de servicios de Internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite (art. 15 de la Directiva comercio electrónico⁽⁶⁵⁾) ni es responsable de los mismos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando las autoridades le comunican la ilicitud. Para aplicar este esquema, se parte de la premisa de que el «prestador de servicio de intermediación» (PSI)⁽⁶⁶⁾ no elabora o selecciona materialmente los contenidos discutibles⁽⁶⁷⁾, ni tiene conocimiento efectivo de

Los arts. 16 y 17 establecen, respectivamente, la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y de los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

(63) En este sentido, la SAP (14.ª) de Madrid de 20 de diciembre de 2005 sostiene que «La responsabilidad civil solidaria del director del medio de comunicación y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido concreto y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director».

(64) Así se posiciona la misma Audiencia madrileña a través de otra de sus secciones, SAP (19.ª) de Madrid de 6 de febrero de 2006 (Díaz Méndez), donde condenó a la Asociación de Internautas, descartando así su tesis de ser un mero intermediario, transponedor de un «reportaje neutral», y sin posibilidad de modificar contenidos, por alojar en su dominio algunos contrarios al honor de la SGAE de los que tuvo efectivo conocimiento y posibilidad técnica de control, estimando la resolución que hacía propios los contenidos vejatorios que difundía.

(65) Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo Europeo de 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.

(66) La terminología habitual es la de ISP, *Internet Service Provider*, pero lo cierto es que no coincide exactamente con el concepto de «prestador de servicios de intermediación», que es el empleado por la Ley 34/2002.

(67) En esta línea, el art. 14 de la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los operadores de redes y proveedores de acceso «salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos», esto es, no se les exime en cuanto superen la neutralidad tecnológica de su función in-

la ilicitud del contenido⁽⁶⁸⁾. Sin embargo, la regulación no da respuesta a los problemas que hoy son los más frecuentes.

La solución al problema de la atribución de responsabilidad por los contenidos en Internet descansa en la adopción de dos principios: El creador, el editor de la información, es el responsable⁽⁶⁹⁾, pues ninguna particularidad relevante plantea esta clase de autoría por el hecho de que las conductas lesivas se realicen en el ámbito de Internet⁽⁷⁰⁾. En cambio, la responsabilidad de los proveedores de acceso y servicios debe articularse sobre la base del criterio del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información⁽⁷¹⁾.

A estos dos principios orientadores responde la Ley alemana sobre los servicios de la comunicación y de la información (1998), que concreta los siguientes supuestos de atribución de responsabilidad atendiendo al grado de control que se ejerce sobre la información: responsabilidad plena para los proveedores de servicios respecto a sus propios contenidos en Internet. En cambio, respecto de los contenidos ajenos sólo podrá exigirse responsabilidad cuando hayan sido alojados para su utilización, haya tenido conocimiento de ellos y le sea técnicamente posible impedir su utilización por el usuario. Al tiempo, se excluye incondicionalmente la responsabilidad de los proveedores si, únicamente, se limitan a permitir el acceso a la red.

De acuerdo con estos mismos principios la Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, ha sentado las bases del sistema de responsabilidad de los proveedores de servicios en el seno de la Unión Europea. Tras constatar las profundas divergencias jurisprudenciales existentes entre los diversos Estados miembros, la Comisión Europea abordó esta materia con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Recientemente, el 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la trascendental reforma del Código penal operada por la LO 5/2010. Con ella el legislador pretende que las empresas colaboren activamente en la prevención y el descubrimiento de la delincuencia económica y no duda incluso en premiar, atenuando las penas, a aquellas empresas que denuncien los delitos que hubieran podido cometerse en su seno o colaboren decisivamente en la investigación de tales delitos, circunstancias ambas que entrañan un indudable perjuicio a sus

mediadora. Asimismo, en cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16), se señala en el apartado 2 que «la exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

(68) Los «considerandos» 42 a 44 de la Directiva al respecto son relativamente claros en este sentido.

(69) Vid. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a Luisa, «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 53, 1998, p. 95; MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, Aranzadi-Thomson (2.^a ed.), Pamplona, 1999, p. 124.

(70) Vid. MORALES GARCÍA, Óscar, «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la Sociedad de la Información», <www.uco.es/cat/art./uco/0103007/morales_imp.html>, 2001, p. 6.

(71) Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a Luisa, «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet», *op. cit.*, p. 95; MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, *op. cit.*, p. 125).

administradores, colaboradores o empleados que hubieran podido cometer el delito y un evidente conflicto de interés entre la defensa de las personas jurídicas y la de las personas físicas a ellas vinculadas.

Las sociedades y restantes personas jurídicas podrán ser objeto de auténticas penas en dos supuestos que se corresponden con los denominados modelos de la imputación y de la culpabilidad de la organización.

Aunque sólo podrá perseguirse penalmente a una persona jurídica en aquellos delitos en los que expresamente se prevea tal posibilidad, el catálogo de delitos que llevan aparejada una posible pena para la entidad colectiva está constituido por una lista *numerus clausus* orientada hacia ilícitos de corte patrimonial en los que habitualmente participan personas jurídicas: estafa, fraude fiscal o a la Seguridad Social, cohecho, descubrimiento y revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, alzamiento de bienes, delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, blanqueo de capitales, el novedoso cohecho entre particulares, etc. Entre ellos no se encuentra ninguno de los delitos hoy enunciados, con lo que las compañías proveedoras y reguladoras del tráfico en Internet y de las redes sociales permanecen ajenas.

Esta ausencia ha sido criticada desde varios ámbitos⁽⁷²⁾, pues viene a redundar en una laguna jurídica de desprotección frente a unas sociedades internacionales enormemente poderosas que optan por una vía abstencionista nada reguladora, no sólo por motivos ideológicos sino también económicos, porque ejercer una labor de control sobre lo que se expresa u opina puede ser enormemente antieconómico.

X. CONCLUSIONES

Internet no crea un nuevo tipo de delitos pero lo reubica y sobredimensiona de tal incesante modo, análogo a la formación de una bola de nieve, que es previsible que pueda tener consecuencias muy graves en el futuro. Internet es un poder para quien lo controla y todo poder debe ser circunscrito a una serie de naturales limitaciones. No es cierto que toda utilización del sistema puede ser reputada de carácter altruista y benévola y por ello se la deba dejar inmune, en base a un supuesto sacrosanto respeto a una inmaculada libertad de expresión, frente a todo tipo de conducta o expresión que se vierta en ella.

La experiencia nos ha demostrado que las mismas conductas hostiles, dañinas y abusadoras que se dan en el día a día del conjunto social se han mudado a la web pero con dos grandes modulaciones, se tiende a realizar estas conductas de un modo alevoso, mezquino y anónimo y de otro lado se ha incrementado la potencialidad de sus consecuencias. Por otra parte, los destinatarios de las conductas acosadoras suelen ser los más débiles del grupo: niños, personas inadaptadas, potenciales competidores laborales o incluso personas mayores ajenas y extrañas al funcionamiento de la red.

Los muros domiciliarios que anteriormente servían de refugio a las personas tímidas, inadaptadas o socialmente escasamente adaptadas tienden a permeabilizarse ante conduc-

(72) Así en el Acta de conclusiones del XXVI Congreso de la UPF, celebrado en La Toja el 21 de mayo de 2011.

tas vejatorias, infamantes, que ningunean la dignidad y autoestima. Dichas conductas suelen estar impulsadas por sociópatas o personas con trastornos histriónicos de la personalidad que se encuentran en una situación de dominio sobre menores desválidos, inexpertos y descuidados. Muchos menores son continuamente objeto de escarnio, descrédito y mofa continua a través de la red. El derecho que va siempre detrás de la realidad no cuenta hoy en día con mecanismos suficientes de salvaguarda para protegerles.

Quizás para percatarnos del profundo daño moral que generan este tipo de conductas hemos de rememorar las desgarradoras últimas palabras que dejó escritas Jokin Zeberio, de 14 años, antes de suicidarse, tirándose al vacío con su bicicleta, desde lo alto de la muralla de Hondarribia: «Libre, libre. Mis ojos seguirán aunque paren mis pies»⁽⁷³⁾.

(73) Estos lamentables sucesos acaecidos en España en septiembre de 2004. Jokin venía sufriendo el acoso de sus compañeros desde hacía años. Las continuas amenazas, humillaciones, insultos, golpes, palizas, le hicieron sufrir y lo llevaron a la muerte. El hecho hizo sonar la alarma social, política y educativa, y ha generado múltiples debates. Pero, lamentablemente, no frenaron el fenómeno.

Revista de

Derecho Penal

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

SUPUESTOS CONSTITUCIONALES QUE POSIBILITAN LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO

JUAN JOSÉ HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Inspector del Cuerpo Nacional de Policía

RESUMEN

Supuestos constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio

Con este artículo pretendo determinar en qué supuestos y con qué requisitos los ciudadanos pueden ver limitado uno de los derechos fundamentales más sagrados, la intimidad de su domicilio. Únicamente en tres situaciones las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están facultados a realizar, en el ejercicio de sus funciones, la diligencia de entrada y registro, siempre con el fin de búsqueda de los efectos, instrumentos u objetos del delito, y/o a la detención del propio/de los propios delincuente/s. Estas situaciones son: consentimiento del propio titular del domicilio, en casos de flagrancia delictiva, y, por supuesto, cuando medie resolución judicial. En el presente artículo se analizan, desde la perspectiva legal y jurisprudencial más actual, las prerrogativas que deben concurrir para una correcta actuación policial.

Palabras clave: Domicilio, inviolabilidad, registro, consentimiento, flagrancia.

ABSTRACT

Constitutional cases that enable the entry and search of a house

With this article I try to determine in what cases and with what requirements the citizens can have restricted one of their most sacred fundamental rights, the privacy of their house. There are only three situations in which the State Security Forces are authorized to carry out, in the performance of their duties, the proceeding of entry and search, always with the purpose of searching of goods and belongings, instruments or objects of a crime, and/or to arrest a criminal. These situations are: consent of the owner of the house, cases of criminal flagrancy, and, of course, when there is a court order. The current article analyzes, from the most up to date legal and jurisprudential perspectives, the prerogatives that should converge for a police correct conduct.

Key Words: House, inviolability, search, consent, flagrancy.

SUMARIO

- I. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE DOMICILIO.
 - II. SUPUESTOS EN LOS QUE EL DOMICILIO NO ES INVOLABLE.
 1. Consentimiento del titular.
 2. Delito flagrante.
 3. Resolución judicial.
-

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE DOMICILIO

El artículo 18.2 de nuestra Constitución establece que «el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito».

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 545 y 554, también establece una serie de lugares que serán considerados domicilio a los efectos que pretendo abarcar en este artículo. El primero de ellos dice que «nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes». Y el segundo regula una serie de lugares que se consideran domicilio, que más adelante mencionaré.

Ante esta no muy extensa regulación legal, y para llegar a determinar claramente qué se entiende por domicilio inviolable, hay que tener en cuenta los criterios que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo vienen elaborando a lo largo de los años, diferenciando entre domicilio de particular y domicilio de persona jurídica, pero siempre con los mismos efectos.

En primer lugar, en cuanto al concepto de domicilio de un **particular**, decir que es equivalente al de morada. El artículo 554.2.º establece que es domicilio «el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia». Pero necesitamos algo más:

El Tribunal Constitucional concibe el domicilio como «aquel espacio en el cual un individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima», o «cualquier espacio físico que sirva de referencia para el ejercicio de las funciones vitales más características de la intimidad». Descarta de este modo ciertos lugares que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, los espacios abiertos.

Por tanto, el rasgo esencial que define el domicilio reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa que su destino o uso constituye el elemento crucial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo.

Para el Tribunal Supremo, por su parte, morada es «el lugar destinado a la habitación de una persona, lugar cerrado donde se reside y se satisfacen las condiciones de vida íntima del hogar familiar, al cual no se puede acceder, ni contra la voluntad del morador ni por fuerza ni por intimidación», o «cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria», o «aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad alejadas de la intromisión de terceros no autorizados. Espacio concreto destinado a las necesidades higiénicas o vitales».

En diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se ha considerado que determinados lugares SÍ constituyen morada, tales son:

- La habitación de un hotel y de una pensión. No obstante, si son utilizadas para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines.
- Habitaciones particulares de una casa de salud, una cueva, un coche-caravana, una roulotte, un remolque, los coches-cama del ferrocarril.
- Los camarotes de los barcos, como lugar separado donde los tripulantes o pasajeros se independizan de los demás, que comparten las zonas comunes.
- Una choza, una barraca, una caseta, una tienda de campaña, una casa prefabricada con ruedas.
- La segunda vivienda o vivienda de vacaciones.
- Jardín circundante a un chalet, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta.
- Una terraza de un bar en la que existe vivienda, formando unidad estructural, no permitiendo su allanamiento cuando el bar se encuentra cerrado.

Sin embargo, NO se ha considerado domicilio a efectos constitucionales:

- Un velero o pequeña embarcación de carga o pesca de bajura, aun existiendo en el mismo un lugar cerrado para guarecerse de las inclemencias meteorológicas o incluso para dormir en la navegación por la noche, lo que no significa que constituya ese lugar cerrado en el que con más o menos habitualidad se desarrollen las funciones vitales mínimas. La ausencia de muebles o instrumentos para cubrir esas funciones vitales en el momento de la diligencia y la accidentalidad o provisionalidad de su uso, que es impuesto por las circunstancias del momento, no transmuta un medio de locomoción en morada o domicilio de una persona.
- Reservados de un establecimiento público destinados a la práctica de relaciones o actos sexuales.
- Un garaje, individual o comunitario, siempre que no estuviera integrado materialmente en el habitáculo donde la persona desarrollara su vida privada.
- Un vehículo-camión que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo.
- Un remolque de carga, utilizado con dicha finalidad de medio de transporte.
- Un pub, siendo un lugar de esparcimiento público al que puede acceder cualquier ciudadano.
- Camarotes de barco, dedicados únicamente a almacenaje de droga (un almacén carece de naturaleza jurídica de domicilio), sin atisbo de ser destinados a ser habitados por los tripulantes.
- Barra, caja registradora e interior de una caja de coñac de un bar o local comercial o de esparcimiento abierto al público (tabernas, bares, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes...), aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suela acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho refe-

rencia como elemento condicionante de la protección constitucional de domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario.

- Tejado de una vivienda, espacio abierto.
- Local-trastero donde se almacenan armas y municiones.
- Cubierta, bodega o zona de máquinas de una embarcación, destinadas a otras finalidades, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros.
- Un trastero, como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos, no puede merecer el calificativo de domicilio, aunque ello no significa que, en supuestos especiales, algunas personas puedan habilitarlo para ejercer alguna o algunas de las funciones o actividades domésticas, esenciales para el desenvolvimiento de la vida diaria, constituyéndose en un excepcional reducto de intimidad.
- Un almacén de una tienda, en el que había una cama y un televisor, pero que a tenor de informe fotográfico no estaba acondicionado para servir de domicilio estable, permanente o transitorio, sino, todo lo más, destinado para un descanso puntual u ocasional; se trata de un espacio de lamentable presencia.
- Un remolque o trastienda de una tómbola, siendo un habitáculo anexo a la tómbola sito en la parte trasera y con la exclusiva función de servir de almacén, ocupado por estanterías a ambos lados y con un estrecho pasillo en el medio. No se trataba de la clásica caravana equipada con cocina, baño y camas plegables, sino más bien de un lugar similar a un establecimiento público. No estaría protegido aun usando el habitáculo para pernoctar, extendiendo un colchón o saco de dormir en el suelo, pues con independencia de que ello no parece factible, de aceptarlo se llegaría al absurdo de transmutar en vivienda cualquier lugar por la mera posibilidad de habilitar el suelo para dormir en él.

En segundo lugar, respecto a las **personas jurídicas**, el Tribunal Constitucional establece que el ámbito de protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

Y añade que, si el espacio estuviera abierto al público, no cabría considerar que pueda producirse vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, al igual que no se produciría en aquellos locales, aun de acceso sujeto a autorización, donde se lleva a cabo una actividad comercial o laboral por cuenta de una sociedad mercantil, que no está vinculada a la dirección de la sociedad, o de un establecimiento que no sirva a la custodia de su documentación.

Por lo tanto, los requisitos jurisprudenciales para que ese espacio cerrado, perteneciente a la persona jurídica (sociedad, asociación, mercantil, etc.), esté protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio son:

- Espacio físico que no esté abierto al público.
- Que, además, ese espacio cerrado se utilice como centro de dirección o como lugar de custodia de documentos o de información contenida en diferentes soportes, que se consideren reservados al conocimiento de terceros.

Y esta interpretación jurisprudencial la ha recogido el legislador, dando una nueva redacción al apartado 4.º del art. 554 de la LECrim (añadido a partir de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), en los siguientes términos:

Art. 554.4.º: «Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las misma, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Por último, y en tercer lugar, existen en nuestra legislación **otros espacios físicos** que, sin constituir la morada de un particular, gozan de una protección especial frente a la entrada y registro en los mismos en virtud de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerándose a estos efectos equivalentes a domicilio (artículo 554):

- Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada y registro.
- Los buques mercantes nacionales.

Una vez que sabemos qué lugares gozan de esta inviolabilidad constitucional, debemos conocer qué límites ha establecido el ordenamiento jurídico y la interpretación de los Tribunales a esta protección del domicilio, en el sentido de la posibilidad legal de que esa inviolabilidad se pueda considerar «*sin efecto*».

II. SUPUESTOS EN LOS QUE EL DOMICILIO NO ES INVOLABLE

La libertad domiciliaria, del mismo modo que las demás libertades constitucionales, no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que puede entrar en conflicto con otros derechos. Por tanto, debe someterse a determinadas limitaciones y restricciones que, lógicamente, tienen una especial importancia en los supuestos de comisión de delitos, y por tanto en las labores de investigación y esclarecimiento de los mismos por parte de la Policía Judicial, mediante la entrada y registro, debiendo ir dirigida a la búsqueda de los efectos, instrumentos u objetos del delito, y/o a la detención del propio delincuente.

Dicho esto, seguidamente se van a analizar los diferentes supuestos legales en los que la Policía, en el cumplimiento de sus funciones, está habilitada para entrar en un domicilio y proceder a su registro:

1. Consentimiento del titular

Por titular del domicilio debe entenderse la persona que vive en él, el morador, independientemente de su relación con el inmueble (propietario, inquilino, etc.).

Consentimiento tácito:

Se admite el consentimiento tácito o presunto en el artículo 551 LECrim., en donde se establece que «se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio...».

Para considerar que existe el consentimiento tácito, deben darse los requisitos siguientes:

- Un requerimiento por parte de la Policía al titular del domicilio, para entrar y registrar el mismo.
- Que no existan actos de oposición por parte del titular del domicilio, invocando la inviolabilidad del mismo.
- Que realice los actos de colaboración necesarios, que de él dependan, en la entrada y registro.

Este precepto ha sido interpretado por la Jurisprudencia de forma restrictiva, en consonancia con el hecho de que los derechos fundamentales no existen ni desaparecen en función de que los ciudadanos titulares de los mismos los invoquen. La Constitución ordena a los poderes públicos su defensa y respeto.

La Jurisprudencia ha considerado que el consentimiento consiste en un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante una situación concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar.

Si existe entre los moradores diferencia de criterio ante la solicitud de entrada, el Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que prevalece el criterio del que no consiente la entrada.

Consentimiento expreso:

Es reiterada la doctrina jurisprudencial de exigir una serie de requisitos (sirva como ejemplo, entre otras muchas, la STS 312/2011, de 29 de abril), que paso a detallar:

1. Otorgado por persona capaz; esto es, mayor de edad y sin restricción en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al artículo 25 del Código Penal (se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma). Por ejemplo, la STS 65/2011, de 2 de febrero, determina que «únicamente la patente y manifiesta falta de facultades mentales, apreciables por cualquiera, impediría tal consentimiento, ante la rápida actuación de funcionarios policiales».

No sería válido tampoco el consentimiento efectuado por un menor de edad, como los supuestos contemplados en las sentencias de 9-11-1994 o 1803/2002, en los que el TS considera entradas y registros ilícitos.

2. Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere:

- que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase;
- que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean;
- que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, pues se trata de una declaración personal.

De no ser así, el mismo sería nulo y, por lo tanto, también el registro que se efectúe, ya que el Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que el consentimiento así prestado «no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias».

3. Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará con posterioridad documentalmente para su constancia indeleble.

4. Debe otorgarse expresamente. Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento, pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que entre y registre.

5. Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical, siendo suficiente por tanto el arrendamiento (en este caso el titular es el arrendatario).

Distingue el Tribunal Constitucional entre la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que corresponde a cada uno de los moradores y la titularidad para autorizar la entrada y registro conferida a cualquiera de los titulares del domicilio. Y añade el Tribunal: por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

Es momento este para analizar la figura del morador en precario, que dilucida la STC 209/2007, en su fundamento 4: «Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del domicilio concurre en el derecho de quien habita en una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que comporta su paso a una situación de comorador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal. Al igual que sucede con el ejercicio del derecho de exclusión de los “cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 6), en el que concurre

usualmente un pacto recíproco de admisión de las entradas consentidas por otro cotitular, puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede graciosamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las entradas que el titular originario del domicilio consienta en el mismo.

Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio del segundo comorador, sin embargo, puede encontrar a su vez un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en los que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Esto es lo que sucede en el presente caso. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de éste, queda, sin embargo, afectado con la máxima intensidad el derecho de aquél a la preservación de un ámbito espacial íntimo a través de una facultad de exclusión del mismo “de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada».

En conclusión, el recurrente (morador en precario, encontrándose coyunturalmente en la vivienda, ya que se quedó a pernoctar unos días en casa del propietario, y, que si bien el acusado colaboraba con los gastos de manutención, las rentas del alquiler eran pagadas personal y exclusivamente por él) sufrió una entrada en su domicilio y dicha entrada no encontraba legitimación suficiente en el consentimiento del comorador (titular legítimo del domicilio que permite el uso del domicilio al que lo hace en precario).

6. El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

7. No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.

Casos concretos resueltos por la Jurisprudencia:

¿Es válido el consentimiento otorgado por una persona levemente afectada por ingesta de drogas y posteriormente detenida por los hechos sucedidos en su domicilio? STS 922/2010, de 28 de octubre:

«Los agentes policiales entraron en el domicilio, no tras el requerimiento de éstos a la moradora para que lo autorizara, sino “a petición de ella”, puesto que les manifestó que había habido una reyerta en la vivienda, encontrándose su hijo menor solo en esos momentos. Es indudable, por tanto, que en ese momento ni se encontraba detenida ni había motivos para ello, y así no es hasta el día siguiente, cuando es detenida —y no por delito relacionado con

la sustancia existente en su domicilio, sino, tras la declaración de H. y por presuntos delitos de amenazas y detención ilegal y no por tráfico de drogas—.

Consecuentemente hubo consentimiento libre y voluntario por parte de S. para la entrada de la Policía en su domicilio que se recogió por escrito en acta, en la que consta, con su firma, la autorización necesaria para la entrada al domicilio de la propietaria de la vivienda.

Se dice que el consumo de cocaína y alcohol que afectó a sus capacidades intelectivas y volitivas le impidió otorgar su consentimiento válido, pero es lo cierto que ese consumo que tuvo lugar durante la noche anterior solo produjo una alteración leve en aquellas facultades, suficiente para dar lugar a la apreciación de la atenuante analógica de drogadicción pero no al estado que preconiza el motivo más propio de una eximente completa o incompleta».

¿Puede otorgar válidamente consentimiento la cotitular del domicilio, conviviente con el investigado? A esta pregunta responde la STS 968/2010, recogiendo los argumentos del TC en la sentencia 22/03, concluyendo lo siguiente:

«Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo. ... Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes».

Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES que enerven la garantía de dicha inviolabilidad representa. La Policía debió acudir al consentimiento del afectado (que se encontraba a su disposición, detenido), o a la autorización judicial, que no quedaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal (delito de malos tratos ámbito familiar).

Como sí es válido el caso expuesto en la STS 2194/2002, en el que la mujer consiente a la policía entrar en su vivienda y colabora en la diligencia «haciendo ella misma entrega de las prendas de vestir y la pistola pertenecientes a su marido». Dice el TS que no puede pretenderse que el derecho a la intimidad sea personalísimo, habida cuenta de que en la vivienda no existía ningún reducto (estancia, pieza o habitación) de ocupación exclusiva y personal del marido a donde no pudieran acceder los demás moradores de la casa.

«En este caso, la policía judicial, en cumplimiento de sus funciones de descubrir el delito, detener al delincuente y recoger los objetos o piezas de convicción acreditativos del hecho delictivo, actuó correctamente. Hallándose el acusado detenido y hospitalizado, y ante la urgencia en evitar la desaparición de las pruebas, se imponía la obligación policial de actuar, como así se hizo, previa autorización de la esposa, legítima titular del domicilio», y por supuesto, no existiendo conflicto de intereses entre ambos.

¿La autorización para una actuación concreta se puede extender a otras actuaciones policiales que no son advertidas a la persona que otorga el consentimiento? STS 1066/2001, de 6 de junio. Recepción por parte de M., que convivía maritalmente con el acusado M. A. en el mismo piso, de una carta procedente de B. que ella misma recogió del buzón de la portería del edificio en el que estaba el piso que ocupaba. Unos agentes policiales se habían desplazado a dicha vivienda por un tema relativo al hijo menor de la pareja, y por tanto ajeno al hecho enjuiciado, presencian en el portal la llegada del funcionario de Correos que deposita una carta en el buzón correspondiente a la vivienda observando la carta con remite de C., lo que les hizo relacionarla con el hecho que les había llevado pues, referido al hijo menor, se conectaba con unos malos tratos y un posible delito de tráfico.

En esta situación avisan al Grupo de Estupefacientes; los primeros agentes suben a la vivienda con M., que ya había recogido la carta, en relación al tema del menor, siéndoles autorizado por ésta el paso al interior de la vivienda, y es en este momento, que evidencia una celeridad de actuación, cuando se presentan en el piso los agentes del Grupo de Estupefacientes llamados por los primeros, quienes penetraron también en el piso sin decir a qué iban —hecho recogido en la fundamentación—, cuando en realidad su presencia se debía a la previa llamada que habían recibido de los primeros agentes que iban por unas investigaciones relativas al hijo menor. La propia M. reconoció en el Plenario que «... luego llegaron más policías que no dijeron a qué venían...», y que «... la puerta estaba medio encajada porque iban a venir más policías...», y el propio agente de la brigada de estupefacientes manifestó en el Plenario que «... no advirtió que su misión era el sobre y no los menores...», aunque sí le dijo que eran de la Brigada de Estupefacientes.

Esta situación pone a las claras la existencia de una primera investigación policial relativa al hijo menor, para la que se obtiene la autorización de entrada en el domicilio particular por quien como cotitular tenía legitimidad para darla, y una segunda investigación, instada por los primeros agentes, sobre el tema de la carta recibida de C., y por tanto investigación autónoma independiente y distinta de la primera, para la que la cotitular no autoriza la entrada en la vivienda con cabal conocimiento de la nueva investigación, y es en este marco de confusión y ambigüedad cuando se produce la entrada de los agentes de la Brigada de Estupefacientes en el piso, cuya puerta debe recordarse que «... estaba medio encajada porque iban a subir más policías...», lo que solo pudo ser conocido por M. porque así se lo indicaron los primeros agentes.

La conclusión del análisis efectuado no puede ser otro, tal y como refleja la Sala de Casación, que la nulidad de la entrada en el domicilio de los funcionarios policiales del Grupo de Estupefacientes al no existir autorización de la cotitular del piso para permitirles la entrada, conocedora de la concreta investigación relativa al sobre recibido que les había llevado a dicha vivienda. Es claro que la autorización dada por la cotitular de una vivienda para permitir el acceso a la misma de la policía con una finalidad concreta no puede exten-

derse, ni por tanto cubre la entrada de otros policías por otra investigación independiente de la primera, la autorización dada lo fue en el marco y con la finalidad para la que fue solicitada, las gestiones con el hijo menor de la pareja, no fue un cheque en blanco, ahí agotó toda su potencialidad legitimadora de la entrada. La subsiguiente entrada de los agentes de la Brigada de Estupefacientes hubiera exigido de nueva y cumplida autorización de la cotitular del piso a sabiendas de la nueva investigación, o en su caso autorización judicial, al no existir aquella, ni solicitarse esta, es claro que dicha entrada vulneró el derecho a la inviolabilidad de domicilio reconocida como derecho fundamental en el art. 18.2.º de la Constitución, pues resulta patente que no se está en el supuesto de flagrante delito, al no existir certeza de que por el solo hecho de proceder el sobre de Colombia, necesariamente debía contener droga en su interior.

2. Delito flagrante

Previsto en el 18.2 CE y 553 LECrim.

Concepto de flagrancia:

En relación con el delito, se estima por delito flagrante aquel que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria. La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la básica sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, conecta, en referencia a los delitos, la flagrancia con la situación en la que la comisión de un delito se percibe con evidencia, y por lo tanto con la imagen en la que un delincuente es sorprendido y, por lo tanto, visto directamente, en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a su perpetración, siendo precisamente esta situación excepcional, que debe interpretarse restrictivamente, la que permite la detención inmediata de la persona concernida por la propia decisión policial como prevé el art. 553 LECrim. y, lo que es más relevante a los efectos del presente artículo, se permite la entrada y registro de domicilio sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular.

La flagrancia ha sido definida por el Tribunal Constitucional como aquella «situación fáctica en la que comisión de un delito se percibe con evidencia y exige, por ello, una inmediata intervención».

En definitiva, de los distintos pronunciamientos del TC y del TS se concluyen unos criterios fijados para poder distinguir en qué circunstancias concretas se está ante un delito flagrante y, por lo tanto, está justificada la entrada en un domicilio. Éstos son:

Inmediatez temporal: es decir, que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes. E incluso sorprendido en un momento inmediatamente posterior a su comisión.

Inmediatez personal: que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en situación tal, con relación a los objetos o los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

Esto es, evidencia del delito y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en él; la evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del he-

cho, su situación o relación con aspectos del delito que proclamen su directa participación en la acción delictiva. También se admite la evidencia que resulta, no de la percepción directa o inmediata, sino a través de apreciaciones de otras personas (la policía es advertida por algún vecino de que el delito se está cometiendo, por ejemplo). En todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio que permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación en él de un sujeto determinado es prácticamente instantáneo; si fuera preciso interponer un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente, no puede considerarse que se trata de un supuesto de flagrancia.

Necesidad urgente de la intervención: que la policía tenga que intervenir inmediatamente con los fines de poner término a la situación existente y de conseguir la detención del autor de los hechos, y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial.

Necesidad que no existe cuando la naturaleza de los hechos permite acudir al juzgado para obtener la correspondiente autorización.

Actualmente, destacar que hay definición legal de flagrancia en el artículo 795.1.1.^a LECrim., en base a la promulgación de la Ley 38/2002, de 28 de octubre: «... se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

Paso a estudiar y analizar diversos supuestos en los que el Tribunal Supremo SÍ ha considerado las previsiones legales de delito flagrante, incluida la llamada cuasi flagrancia.

STS 726/2008, de 12 de noviembre. Con ocasión del registro autorizado de una de las viviendas colindantes, la policía pudo observar cómo desde la ventana que se correspondía con el piso 1, habitado por ambos acusados, se arrojaban bolsas con sustancias blanquecinas que quedaron sobre el tejado. Es en ese momento cuando la fuerza actuante solicita autorización judicial para proceder a la entrada de ese otro domicilio. Se produce una llamada telefónica al Juzgado de instrucción de guardia, que verbalmente concede la autorización, transcurriendo el tiempo mínimo indispensable para que la resolución judicial fuera firmada por el Juez y puesta a disposición de los agentes policiales. Ninguna vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio puede asociarse a esa forma de actuación de los poderes públicos. Es más, la secuencia de los hechos, tal y como aparece descrita en el acta otorgado por el fedatario judicial, permite cuestionarse hasta la necesidad de esa autorización.

«El lanzamiento por la ventana de todos los efectos que servían para las labores de transformación química de la cocaína intervenida, encierra una evidente muestra de flagrancia que habría permitido la actuación policial sin necesidad del respaldo jurisdiccional».

STS 758/2010, de 30 de junio. Un agente policial observa directamente cómo, a través de la ventana del piso A, la acusada entregaba a una persona una papelina (que resultó ser de cocaína) por la que a su vez dicha persona le daba a cambio un billete de cinco euros. Además, en el interior de la vivienda (a la que accedieron otros agentes después de haber transcurrido 2 o 3 minutos tras franquearles la puerta otras personas que se hallaban en su interior), encima de una mesa, los funcionarios de la policía encontraron una caja con tres bolsas de sustancia rocosa, una balanza y diversos efectos relacionados con la venta de las sustancias. Además se encontró dinero, en diversos tipos de monedas y billetes.

«... la inmediatez de la acción consiste en que el primero de los agentes percibió directamente la transacción en el momento de producirse (inmediatez de la acción), interviniendo directamente en ella la acusada (inmediatez personal), resultando igualmente la urgencia de la intervención policial dentro del domicilio, pues de lo contrario la obtención de las pruebas, teniendo en cuenta que se trataba de sustancias estupefacientes, hubiese corrido serio peligro, dada la facilidad para hacerla desaparecer, evitando también la huida de otras personas comprometidas que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda».

STS 1067/2005, de 26 de septiembre. Los componentes de una patrullera del Servicio Marítimo de la Guardia Civil observan que dos personas estaban descargando pesados bultos de una embarcación, y al ver a los agentes, los introdujeron precipitadamente en un coche con el que se fueron, comprobando así mismo que el barco estaba sobrecargado hasta el punto de estar escorado y con la línea de flotación hundida. En vista de ello se dirigieron a inspeccionarle, encontrando en la cubierta a G., quien les manifestó que no podían subir, por lo que los agentes procedieron a realizar una inspección exterior, «observando a través de un ojo de buey los fardos característicos del transporte de hachís, perfectamente reconocibles por los guardias dada su experiencia en estas labores». Ante esta comprobación visual, se dirigieron de nuevo al referido G. quien, muy nervioso, «accedió al registro del yate, encontrándose algunos camarotes abiertos y llenos de fardos de hachís».

«Después de la comprobación visual efectuada a través de un ojo de buey del barco, se puede afirmar que nos hallamos ante un delito flagrante o “cuasi” flagrante, pues desde el primer momento se pudo comprobar la ilicitud del cargamento que contenía el barco».

STS 1006/2009, de 19 de octubre. Uno de los acusados salió del inmueble y abrió la puerta del piso colindante a aquel donde se había producido la detención de varias personas y, a través de la misma, los agentes observaron cómo W. se encontraba manipulando una roca de color marrón, que debidamente analizada resultó ser heroína, teniendo junto a ella una balanza de precisión.

«Las pautas de la experiencia llevan a la convicción, en absoluto infundada, de que nos encontramos ante un supuesto de actos encaminados a realizar un tráfico posterior de dicha sustancia, lo que justifica la entrada y la ocupación de la sustancia y de los otros efectos. El hecho tiene una apariencia externa insoslayable y apreciable por el común de las personas sin necesidad de estar especializadas en la persecución del tráfico de drogas».

STS 1031/2010, de 25 de noviembre. Una pareja de la Guardia Civil vigilaba el domicilio de A. por sospechar que allí se vendía droga. Vieron acercarse a dos jóvenes

conocidos como consumidores de heroína, les vieron llamar al timbre de dicha vivienda, la puerta se abrió un poco, lo suficiente para que saliera una mano y un brazo de una persona que cogió billetes que entregaron esos jóvenes, interviniendo los agentes cuando esa mano iba a entregar dos papelines de heroína. Los agentes sujetaron el brazo, pero el así sujetado logró soltarse y se fue, pasillo adelante, hasta la cocina, donde fue detenido y donde, encima de la mesa, se encontraban las demás papelines.

Concurre la flagrancia delictiva al concurrir las notas que caracterizan esta figura: Inmediatez temporal, inmediatez personal, y necesidad urgente.

STS 980/2004. Actividades propias del ilícito tráfico percibidas sensorialmente por los policías a través de ventanas o puertas abiertas, «en estos supuestos, no se exige una certeza absoluta de que los objetos manipulados por los sujetos o que sean entregados a otras personas sean drogas tóxicas, estupefacientes u otras sustancias de ilícito tráfico, extremo éste que sólo podrá acreditarse tras su oportuno análisis». Por ello, cuando las circunstancias concurrentes en el escenario de los hechos, analizadas por los funcionarios policiales desde su propia experiencia profesional, permiten a éstos un juicio crítico y racional de que la actividad desarrollada por las personas observadas de modo directo e inmediato es delictiva, la invasión domiciliaria se encuentra justificada y legitimada por la flagrancia.

Debe entenderse que la legitimidad de la intervención inmediata de la Policía judicial puede apoyarse no ya en el delito flagrante tradicional, sino también en lo que tiene de *racional apariencia de flagrancia*, atendidas las circunstancias en que se produce la actuación policial. Razón por la cual en situaciones como la presente no es exigible que los funcionarios tengan constancia verificada de la cualidad de la sustancia manipulada por los acusados, bastando la presencia de evidencias empíricas consolidadas que fundamenten de manera racional la conclusión de la existencia de un delito.

A continuación, veremos una serie de supuestos en los que NO se han observado las circunstancias como correspondientes a un delito flagrante y por tanto se ha considerado ilegal la entrada y registro.

STS 620/2008, de 9 de octubre. Con ocasión de unas manipulaciones que estaba efectuando D. en la cocina de la vivienda con cocaína y disolventes, se produjo una deflagración y subsiguiente incendio que exigió la presencia del equipo de bomberos y de la policía. Con motivo de la entrada en la vivienda por tal situación, se observó la presencia de diversos productos y aparataje apto para la elaboración y manipulación de cocaína. Descubierto de forma accidental y por la realidad del incendio, se solicitó mandamiento para el registro de la vivienda, es decir del resto de la vivienda no afectada por el incendio. El Juez estimó que no es preciso el mandamiento para el registro del resto de la vivienda.

Al día siguiente, se procedió al registro del resto de las dependencias de la vivienda, y en el interior de una habitación que estaba cerrada con llave se encontraron diversas bolsas que contenían cocaína, además de una prensa, garrafas que contenían productos químicos, todo ello destinado a la elaboración de cocaína para su venta a terceros.

En el presente caso, la policía solicitó el mandamiento judicial para el registro de la vivienda, y sin embargo, erróneamente, el Juez instructor estimó que no era necesario

porque «... no tiene razón de ser por cuando habiendo entrado en el mismo bomberos y policía y examinando productos y efectos que en el mismo se encontraban, la intervención del Secretario judicial dando fe *a posteriori* resulta innecesaria...».

El registro del domicilio de autos se llevó en dos momentos separados en el tiempo. El primero con motivo del incendio en el que por evidentes razones de urgencia penetró la policía y los bomberos dándose cuenta de lo que había originado el incendio y recogiendo diversos efectos recogidos en el relato de hechos probados. Solo afectó esta situación a la parte de vivienda afectada por el incendio, concretamente la cocina.

El segundo, con objeto de registrar el resto de la vivienda que no había sido afectada por el incendio. Fue para esa parte de la vivienda, como eran el resto de las habitaciones, para la que se solicitó la autorización judicial por la policía, solicitud desestimada por el Juez competente. En efecto tal autorización era de todo punto exigible porque esa parte de vivienda quedó extramuros de la urgencia derivada de apagar el incendio, por ello no es cierto que fuera innecesaria la fe pública del Secretario Judicial porque dicha fe pública iba a ser sobre la parte de vivienda sobre la que persistía la inviolabilidad, y porque, en definitiva, el argumento que *in extremis* se recoge en la sentencia de estar en presencia de un delito flagrante no es admisible. No puede hablarse de delito flagrante cuando el registro se efectúa ya extinguido el incendio, y al día siguiente.

Se trata de un registro nulo, sin que por lo tanto lo encontrado en él pueda ser tenido en cuenta, aunque esta declaración carezca, como ya se ha dicho, de trascendencia penal a los efectos de la sentencia condenatoria.

STS 879/2006, de 20 de septiembre. En un inmueble de E. hubo un incendio, que fue sofocado por los bomberos. Concluida esta actuación, hicieron acto de presencia dos policías locales, que realizaron una inspección por si hubiera víctimas. En el curso de la misma detectaron la existencia de un laboratorio para la producción de cocaína, por lo que avisaron al Cuerpo Nacional de Policía, que intervino todos los materiales y sustancias allí existentes.

Ante estos hechos, el TS afirma que «una vez que los bomberos sofocaron el incendio, no se advierte la necesidad de la intervención de los agentes municipales para indagar sobre la presencia de alguna víctima, que, de existir, ya habría sido detectada por los primeros. Adviértase que el área afectada por el siniestro era de reducidas dimensiones y que, obviamente, aquéllos —por imperativo de profesionalidad y elementales razones de eficacia— tuvieron que haberla recorrido en su totalidad, cuando menos, para descartar la subsistencia de algún foco de fuego.

Con todo, podría incluso hallarse cierto fundamento a la inicial intervención de los agentes municipales. Pero éstos, en vista de la obvia ausencia de víctimas, de la sospechosa naturaleza de lo hallado y de que no había ninguna acción delictiva en curso de realización que fuera preciso abortar, deberían haberse limitado a trasladar tales indicios al juzgado, para la realización de un registro en debida forma, estableciendo mientras alguna vigilancia a fin de preservar la genuinidad del escenario...

... Es cierto que en ocasiones, los ordenamientos han operado también, por extensión, con situaciones abarcadas por el concepto de *cuasi-flagrancia*, alusivo a los supuestos en que el autor es perseguido de forma inmediata a la ejecución del acto, o sorprendido con

el producto de éste en la proximidad del punto en que tuvo lugar. Pero, con independencia del juicio que pueda merecer tal ampliación, aquí no es el caso.

Pues bien, a tenor de estas consideraciones no puede ser más claro que en el supuesto a examen no existió delito flagrante, por lo que el registro policial de la vivienda careció abiertamente de justificación. Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo y tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad».

3. Resolución judicial

El artículo 558 LECrim dice: «El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que lo haya de practicar».

En este orden de cosas debemos señalar que este precepto el TC y TS lo han interpretado en el siguiente sentido:

STS 9/2005, de 10 de enero (entre otras muchas). El razonamiento mínimo del auto judicial manifestado en el art 558 LECrim exige una mención a circunstancias tales como:

- Situación del domicilio.
- Momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro.
- Efectos en cuya busca es encontrado el registro y delito con el que están relacionados.
- Identidad o identidades de las personas que resulten titulares u ocupantes del domicilio objeto de la diligencia, de resultar conocidos.

Estas circunstancias objetivas trasladadas a la parte dispositiva del Auto habrán de acompañarse de la motivación en sentido propio y sustancial que habrá de contener las indicaciones precisas en orden a valorar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del registro ordenado. Para verificar tales presupuestos habrían de contenerse menciones obligadas sobre:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos investigados, así como la relación con la persona afectada por la medida, y con indicación de si la misma es adoptada en el curso de un proceso judicial ya abierto o si tiene su origen en una petición policial, producida también en el seno de unas diligencias policiales de investigación, que habría de determinar, en este caso, la apertura de un proceso judicial por ese mismo presunto delito hasta entonces solo policialmente investigado.

En este supuesto, de ausencia de previa actuación judicial en torno al delito que pretende justificar la medida, se plantea con frecuencia la cuestión referida a la suficiencia de

los elementos ofrecidos por la Policía a la hora de reclamar la autorización judicial del registro. Sobre esta cuestión, la doctrina constitucional viene señalando que no es necesario cimentar la medida en la existencia de los indicios racionales de la comisión de un delito y que basta con la noticia criminal, alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido o se cometerá el delito en cuestión.

Así pues, las meras sospechas de una actividad delictiva no son suficientes para justificar la medida, han de fundarse en indicios, buenas razones, en fuertes presunciones o en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa, en definitiva, en indicios de responsabilidad criminal. No será suficiente, por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a *fuentes o noticias confidenciales*. Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación confidencial, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrá de venir referida tanto del indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Este análisis y las menciones antedichas serán obligadas a fin de valorar la **idoneidad** de la medida en relación con el fin perseguido.

2. Deberá aludirse a la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas de la perpetración delictiva, o que a estas pudieran resultar destruidas; y también sobre la inexistencia o la dificultad de acudir a otros mecanismos menos onerosos para obtener tales pruebas.

Esta referencia es necesaria para valorar la **necesidad** de la medida como mecanismos menos onerosos al fin investigador buscado.

3. La existencia de un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no procederse a dicha entrada y registro. En concreto, cuando se adopte en orden a investigar hechos delictivos, ese bien jurídico será el interés constitucional en la persecución de los delitos.

Esta parte de la fundamentación constituye el obligado juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, pues, a falta de una mención específica en el texto constitucional sobre los límites del derecho o la inviolabilidad del domicilio, éste encuentra sus únicos límites en su coexistencia con otros derechos también fundamentales y en los bienes constitucionalmente protegidos.

Por todo lo dicho, cabe hacerse al menos dos preguntas: ¿Qué se entiende por indicios suficientes?, y ¿es posible la motivación de la autorización judicial por remisión a la solicitud policial?

Para contestar a la primera de las preguntas acudimos a la **STS 77/2011**, de 23 de febrero (igualmente la 986/2011, de 4 de octubre, o la 419/2011, de 10 de mayo), que dice que el componente esencial de la motivación de una resolución judicial como la que aquí analizo son los indicios que la Policía presente al juez sobre la existencia de un concreto delito, a cuyo esclarecimiento y comprobación se solicita la medida de investigación.

A partir de esta base surge el problema fundamental consistente en determinar qué es lo que *deba considerarse como indicio* de la existencia de delito. Desde luego, no integran

la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. Se necesita que la sospecha sea fundada, es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata. Porque si lo que se presenta al juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o convicción anímica huérfana de un soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando del juez es que ejecute un puro y desnudo acto de fe, muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la Policía le ofrece, lo cual puede suceder en los casos en los que puedan encontrarse en el domicilio efectos o instrumentos del delito. Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos (buenas razones o fuertes presunciones) de que las infracciones están se han cometido o están a punto de cometerse.

El sustento de la medida no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan sólo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro, y no es exigible a la autoridad judicial verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe una presunción de no veracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones.

En respuesta a la segunda pregunta, debemos mencionar, entre otras muchas, la STS 816/2011, de 21 de julio (conteniendo doctrina del TC, sentencia 167/2002), que establece:

«Leyendo el auto habilitante de la medida observamos que el mismo, en efecto, no contiene una motivación específica de los indicios racionales de criminalidad. Ahora bien, dicho esto, también se ha de añadir que el razonamiento jurídico Segundo se remite a lo expuesto en el hecho único de dicha resolución judicial, y es en dicho hecho donde se hace alusión a la presentación de un oficio policial solicitando la diligencia y por tanto se puede concluir, aunque no se diga expresamente, que el Auto se remite en este sentido a lo expuesto en el oficio policial y es efectivamente en éste donde se constatan claramente los indicios existentes consistían en que los agentes recibieron una declaración de una persona anónima que se acogía a su condición de testigo protegido informando que la droga que le habían intervenido la había comprado a un tal F. en dicha vivienda, que allí había acudido con anterioridad en diversas ocasiones a comprar droga, que montaron el dispositivo de control sobre dicha vivienda, observando en la puerta del domicilio la llegada de personas como se efectuaba el intercambio de sustancia por dinero, saliendo a vender el recurrente F., llegando incluso a interceptar a uno de los compradores.

Sobre el hecho de remitirse el Auto al oficio policial, la Jurisprudencia mayoritaria de esta Sala ha venido admitiendo la fundamentación fáctica por remisión a los oficios policiales que solicitan la medida, **siempre que su contenido contenga todos los elementos necesarios para conocer, con exactitud, las condiciones en que se produce la autorización**».

Aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad una ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.

Revista de

Derecho Penal

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abono de prisión provisional:

STS 1281/2011, de 28 de noviembre	134
STS 145/2012, de 6 de marzo	176

Administración fraudulenta:

STS 1423/2011, de 29 de diciembre	154
---	-----

Agresión sexual:

SAP Cáceres 58/2012, de 16 de febrero	206
SAP Orense 91/2012, de 27 de febrero	214

Alzamiento de bienes:

STS 1386/2011, de 14 de diciembre	150
---	-----

Amenazas:

SAP Madrid 113/2012, de 9 de febrero	202
SAP Cáceres 58/2012, de 16 de febrero	206

Apropiación indebida:

STS 1423/2011, de 29 de diciembre	154
SAP Cuenca 2/2012, de 6 de febrero	195

Asesinato:

SAP La Coruña 9/2012, de 7 de marzo	220
---	-----

Asistencia letrada:

STS 127/2012, de 5 de marzo	171
-----------------------------------	-----

Atenuante:

Analógica:

SAP Madrid 65/2012, de 13 de enero	187
--	-----

C

Cadena de custodia:

SAP Madrid 15/2012, de 3 de febrero	193
---	-----

Circunstancia agravante de parentesco:

STS 136/2012, de 6 de marzo	174
SAP Cáceres 58/2012, de 16 de febrero	206

Circunstancias modificativas de la responsabilidad:

SAP Orense 91/2012, de 27 de febrero	214
--	-----

Cohecho:

STS 186/2012, de 14 de marzo	181
------------------------------------	-----

Coimputado:

STS 1397/2011, de 22 de diciembre	151
SAP Guadalajara 1/2012, de 2 de febrero	192

Comisión por omisión:

STS 64/2012, de 27 de enero	164
-----------------------------------	-----

Concurso:

Aparente de normas:

STS 1386/2011, de 14 de diciembre	150
---	-----

Real de delitos:

STS 145/2012, de 6 de marzo	176
-----------------------------------	-----

Condena:

En apelación:

STS 1423/2011, de 29 de diciembre	154
---	-----

En casación:

STS 1284/2011, de 29 de noviembre	136
---	-----

Conducción sin permiso:

STS 91/2012, de 13 de febrero	170
-------------------------------------	-----

D

Delito:

Contra el medio ambiente:

SAP Madrid 3/2012, de 13 de enero	185
SAP Zamora 10/2012, de 6 de febrero	199

Contra la propiedad industrial:

SAP Murcia 56/2012, de 28 de febrero	217
--	-----

Contra la salud pública:

STS 1212/2011, de 15 de noviembre	129
---	-----

Delito continuado:

SAP Cuenca 2/2012, de 6 de febrero	195
SAP Valladolid 49/2012, de 13 de febrero	204
SAP Soria 16/2012, de 27 de febrero	215

Detención ilegal:

SAP Guadalajara 1/2012, de 2 de febrero	192
STS 1237/2011, de 23 de noviembre	132

Dilaciones indebidas:

SAP Soria 16/2012, de 27 de febrero	215
---	-----

E

Entrada y registro:

STS 1325/2011, de 2 de diciembre	145
--	-----

Estafa:

STS 1386/2011, de 14 de diciembre	150
---	-----

Continuada:

SAP Valladolid 49/2012, de 13 de febrero	204
--	-----

Informática:

SAP Soria 16/2012, de 27 de febrero	215
---	-----

F

Falsedad documental:

SAP Madrid 15/2012, de 3 de febrero	193
---	-----

H

Homicidio:

STS 20/2012, de 24 de enero	161
STS 64/2012, de 27 de enero	164
STS 136/2012, de 6 de marzo	174

SAP Pontevedra 8/2012, de 6 de febrero	197
SAP Madrid 90/2012, de 1 de marzo	218

Por imprudencia:

SAP Zaragoza 79/2012, de 8 de marzo	221
---	-----

I

Intervenciones telefónicas:

STS 1308/2011, de 30 de noviembre	139
SAP Las Palmas 29/2012, de 9 de febrero	200

L

Legítima defensa:

SAP Madrid 317/2012, de 27 de febrero	212
SAP La Coruña 9/2012, de 7 de marzo	220

Lesiones:

SAP Guadalajara 1/2012, de 2 de febrero	192
SAP Madrid 317/2012, de 27 de febrero	212

Deformidad:

SAP Las Palmas 1/2012, de 16 de enero	189
SAP Madrid 317/2012, de 27 de febrero	212

Imprudentes:

SAP Madrid 47/2012, de 30 de enero	191
--	-----

Liquidación de condena:

AAP Valladolid de 24 de febrero	210
---------------------------------------	-----

M

Malversación de caudales públicos:

SAP Madrid 111/2012, de 15 de marzo	223
SAP Palma de Mallorca 18/2012, de 19 de marzo	224

Medidas de seguridad:

STS 124/2012, de 6 de marzo	179
-----------------------------------	-----

Menor de edad:

STS 80/2012, de 10 de febrero	168
SAP Valladolid 58/2012, de 21 de febrero	209

Miedo insuperable:

SAP La Coruña 9/2012, de 7 de marzo	220
---	-----

P

Prevaricación:

SAP Madrid 111/2012, de 15 de marzo	223
---	-----

Principio acusatorio:

STS 1212/2011, de 15 de noviembre	129
---	-----

Prostitución:

SAP La Coruña 5/2012, de 6 de febrero	196
---	-----

Prueba pericial:

SAP Madrid 3/2012, de 13 de enero	185
---	-----

Prueba testifical:

STS 80/2012, de 10 de febrero	168
-------------------------------------	-----

Q

Quebrantamiento de condena:

SAP Madrid 65/2012, de 13 de enero	187
SAP Madrid 113/2012, de 9 de febrero	202

Quebrantamiento de medida cautelar:

STC 16/2012, de 13 de febrero	127
-------------------------------------	-----

R

Receptación:

SAP Murcia 56/2012, de 28 de febrero	217
--	-----

Reincidencia:

SAP Las Palmas 29/2012, de 9 de febrero	200
SAP Madrid 317/2012, de 27 de febrero	212

Responsabilidad civil derivada del delito:

SAP Valladolid 58/2012, de 21 de febrero	209
--	-----

Robo con fuerza en las cosas:

SAP Valladolid 58/2012, de 21 de febrero	209
--	-----

S

Secreto de las comunicaciones:

SAP Barcelona 141/2012, de 14 de febrero	205
--	-----

T

Tentativa:

SAP Madrid 15/2012, de 3 de febrero	193
SAP Pontevedra 8/2012, de 6 de febrero	197
SAP Madrid 90/2012, de 1 de marzo	218

Testigos:

SAP Pontevedra 8/2012, de 6 de febrero	197
--	-----

Torturas:

STS 1237/2011, de 23 de noviembre	132
---	-----

Tráfico de drogas:

STS 1312/2011, de 12 de diciembre	147
SAP Madrid 15/2012, de 3 de febrero	193
SAP Las Palmas 29/2012, de 9 de febrero	200
SAP Barcelona 141/2012, de 14 de febrero	205
SAP Madrid 16/2012, de 16 de febrero	208

Tráfico de influencias:

SAP Palma de Mallorca 18/2012, de 19 de marzo	224
---	-----

Tribunal del Jurado:

STS 72/2012, de 2 de febrero	166
------------------------------------	-----

V

Veredicto:

STS 72/2012, de 2 de febrero	166
------------------------------------	-----

Violencia de género:

SAP Madrid 113/2012, de 9 de febrero	202
SAP Cáceres 58/2012, de 16 de febrero	206

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 16/2012 del TC, de 13 de febrero

Ponente: **Don Francisco Javier Delgado Barrio**

Resumen: **Quebrantamiento de medida cautelar. Acreditación**

Recurso de Amparo: **n.º 2477/2009**

Artículos: **17, 24, 25 CE y 468 Código Penal**

Quebrantamiento de medida cautelar. Derecho a la presunción de inocencia: Acreditación de la medida cautelar. Derecho a la tutela judicial efectiva. Elementos típicos del delito. Elemento central del delito: Existencia de una medida cautelar. Presunción de inocencia: Necesidad de prueba de cargo válida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Para aplicar la doctrina expuesta al caso que enjuiciamos, ha de indicarse, como se expuso en los antecedentes, que el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Zaragoza condenó al recurrente por un delito de quebrantamiento de medida cautelar al declarar probado que tenía pendiente una orden de alejamiento acordada en otra causa y que pese a ello se acercó al lugar de trabajo de su ex compañera. Cuando ya se había dictado Sentencia absolutoria en esta última causa, Sentencia que nada declaró sobre la subsistencia de la orden de alejamiento, el recurrente «se presentó en el lugar de trabajo de su ex compañera», hechos estos que dieron lugar a la condena del demandante. La Audiencia Provincial de Zaragoza, al resolver la apelación, confirmó la condena del demandante por el delito de quebrantamiento de medida cautelar al entender que ésta no había sido dejada sin efecto, pues «aunque en la Sentencia de primera instancia, no se hiciera constar que subsistía, debe entenderse que existía», razonando que «el procedimiento todavía no concluye, pues termina cuando el pronunciamiento deviene firme y las sentencias son firmes

cuando se deja pasar el plazo sin interponer recurso, o cuando recae resolución definitiva, en este caso en la segunda instancia, contra la que no cabe recurso ordinario».

Resulta así que las Sentencias impugnadas han considerado hecho probado que se encontraba «todavía vigente la orden de alejamiento». Para llegar a este resultado sobre el elemento esencial del delito, la prueba documental tenida en cuenta se integra por: 1.º) El Auto de 11 de octubre de 2008 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Zaragoza, dictado en las diligencias indeterminadas núm. 159-2008, que imponía al recurrente la prohibición de aproximarse a su ex pareja a una distancia de cien metros y 2.º) la Sentencia absolutoria dictada en el procedimiento derivado de tales diligencias (juicio rápido núm. 405-2008 del Juzgado de lo Penal núm. 5), que nada decidió sobre la subsistencia de la citada orden. En esta base probatoria documental destacan dos notas que han sido la base misma del razonamiento judicial: el silencio, por un lado, y la falta de firmeza, por otro, de la Sentencia absolutoria recaída en los autos en los que se impuso el alejamiento.

Y es claro que no resulta razonable el *iter* discursivo que conduce a la declaración como hecho probado que estaba «todavía vigente la orden de alejamiento» en el momento en que el demandante se presentó en el lugar de trabajo de la ex compañera. Este delito se consuma cuando se realiza la actividad prohibida por la resolución judicial, en este caso el acercamiento del imputado a su ex compañera sentimental, pero para ello es inexcusable que la orden que contiene la prohibición se encuentre vigente. En esta línea, el art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, determina que «las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas».

Así las cosas, dado que bajo la expresión «las medidas de este capítulo» se incluye la medida de alejamiento impuesta al recurrente (vid. art. 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004 citada) y que por Sentencia «definitiva» debe entenderse, no la Sentencia firme —lo que sería contradictorio con la posibilidad de recurso—, sino la Sentencia dictada en la instancia, es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal (hecho aceptado por las propias resoluciones ahora impugnadas) conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada. En consecuencia, la falta de este pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la Sentencia dictada no fuera firme y estuviera pendiente de recurso o no hubiera transcurrido el plazo legal previsto para su interposición.

Es por tanto de concluir que la argumentación utilizada por los órganos judiciales intervinientes, en los términos expuestos, que viene a ligar de manera no justificada la falta de firmeza de la Sentencia absolutoria de instancia con la prórroga de la medida de alejamiento, resulta irrazonable al quebrantar el contenido del citado art. 69, siendo una interpretación inaceptable desde la perspectiva constitucional.

Y es que en el presente caso la concurrencia de la situación típica de la que dimana la prohibición judicial de aproximación constituye el elemento específico de este delito, del que surge la prohibición de la conducta de acercamiento. La inexistencia del presupuesto típico hace decaer la relevancia penal del comportamiento.

5. Por otra parte, tal modo de razonar de los órganos judiciales, además de ser contrario al tenor de los preceptos estudiados (art. 468.2 CP en relación con el art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004), puede considerarse divergente de las pautas de interpretación comúnmente aceptadas, a la vista de los intereses y valores constitucionales en juego. En efecto, la orden de protección, de acuerdo con su naturaleza de medida cautelar, tiene como presupuesto, entre otros, la razonada previsión de un hecho punible a una persona determinada, pudiéndose mantener por el Juez en tanto en cuanto subsistan las condiciones que la han justificado, en el caso de los delitos de violencia doméstica ante la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima (544 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal). Por ello, esta medida está sometida al principio de variabilidad, como instrumental del proceso penal en curso, de tal modo que el órgano judicial debe dejarla sin efecto cuando se modifiquen las circunstancias que aconsejaron su imposición.

Y es incuestionable que el momento en que se procede por el Juez al pronunciamiento de una Sentencia absolutoria representa un acontecimiento relevante en el proceso, al desaparecer en principio los indicios inculpativos contra el acusado, por lo que la consecuencia lógica ha de ser el levantamiento de la expresada medida de protección, máxime cuando dicha medida afecta a derechos y libertades del imputado también constitucionalmente protegidos. Por ello, el mantenimiento de la orden de protección en este supuesto de sentencia absolutoria se supedita por el legislador (art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004), como hemos visto, a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1212/2011, Sala Segunda del TS, de 15 de noviembre

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Principio acusatorio. Delito contra la salud pública**

Recurso de Casación: **n.º 39/2011**

Artículo: **24 CE y 368 Código Penal**

Delito contra la salud pública. Omisión en conclusiones definitivas de específica alusión a circunstancia agravante conforme a la cual posteriormente se condena en la sentencia, que no vulnera el principio acusatorio al considerarse suficientemente plasmada en los hechos y petición de pena del escrito, así como en el informe final.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El quinto motivo se constituye, al amparo del art 5.4 CE por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 CE.

1. Se sostiene que se vulneró el principio acusatorio cuando se condenó al ahora recurrente con la circunstancia específica de agravación de «notoria importancia», que no fue objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal, ni en sus conclusiones provisionales ni al elevarlas a definitivas en el acto del juicio oral, refiriéndose únicamente al art 368 Código Penal.

2. Esta Sala ha recordado frecuentemente (cfr. STS 30-3-2011, n.º 227/2011) que el principio acusatorio es un principio estructural del proceso penal que supone una división de funciones, de manera que la acusación debe ser sostenida por alguien distinto del encargado del enjuiciamiento. El haz de garantías relacionadas con este principio afecta tanto al derecho de defensa como al derecho a un juez imparcial. Respecto del primero, para que se produzca una condena dentro del debido proceso, es necesario

que exista una acusación de la que el acusado pueda defenderse, lo que implica su previa formulación expresa y su suficiente conocimiento, para lo que se precisa un debido acceso del acusado a su contenido con tiempo para preparar la defensa. Desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial, el órgano encargado del enjuiciamiento no debe asumir funciones propias de la acusación.

De todo ello resulta una vinculación del juez o tribunal al contenido de la acusación, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación. Concretamente, el órgano de enjuiciamiento está vinculado a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito

más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que «el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa».

El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación.

Tales aspectos quedan provisionalmente delimitados por los escritos de conclusiones provisionales. Conforme a ellos se acuerda la apertura del juicio oral, que puede ser denegada respecto de determinados hechos, por las razones señaladas en la ley. No obstante, la apertura del juicio oral se acuerda respecto de hechos y no de calificaciones jurídicas, de manera que la calificación mencionada en el correspondiente auto no vincula al que debe juzgar, salvo que, por su contenido, implique la denegación a que antes se hizo referencia. Es claro que, tras la práctica de la prueba, las acusaciones pueden modificar su calificación jurídica de los hechos, e incluso modificar aspectos fácticos, siempre que se mantenga inalterado el hecho en sus aspectos sustanciales. Y son los escritos de conclusiones definitivas los que señalan los límites al tribunal derivados del principio acusatorio, tal como antes se ha reflejado.

3. En el caso, la sentencia de instancia, para superar la situación creada, argumenta en su fundamento jurídico sexto que «se ha mantenido inalterada la calificación jurídica de los hechos imputados al procesado, por parte del Ministerio Fiscal, y el hecho de que, no se plasme la calificación como “notoria importancia” de la droga incautada, no es menos cierto que, en todo momento, se ha referido a dicha cualidad, y que, la pena solicitada —doce años de prisión y multa—, es la que corresponde al delito que venimos examinando, con arreglo a la cantidad de cocaína intervenida. No puede hablarse en

consecuencia, de vulneración del derecho a la defensa, ya que, la pena pedida por el Ministerio fiscal a los imputados, ha sido conocida en todo momento por sus defensas, y se ha formulado escrito de defensa, sin haberse puesto objeción alguna a dicha petición».

Considera la Sala, por consiguiente, que «procede la imposición de las penas correspondientes, y que se dirán seguidamente, dentro de los márgenes interesados por el Ministerio Fiscal, al ser las correspondientes al delito cometido, sin que produzca vulneración de derecho alguno de los procesados, el hecho de la no inclusión en el escrito de calificación por el Ministerio Fiscal, de que se trataba de notoria importancia la droga incautada, al tratarse de un hecho conocido y superar en todo caso, los 750 gramos de cocaína intervenida.

Por ello, y teniendo en cuentas las circunstancias ya expuestas, procede la imposición a cada uno de los acusados de la pena de DIEZ AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL EUROS; INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA».

Y, realmente, los hechos incluidos en la conclusión primera del Ministerio Fiscal (f.º 1008 y ss.) reconocen, entre otros extremos que:

«Los agentes registraron el domicilio de Lucio y en su interior encontraron una caja fuerte cerrada. La caja fue abierta en dependencias policiales. En su interior había varias bolsas conteniendo una sustancia que, una vez analizada en el Laboratorio de las Dependencias de Sanidad, resultó ser cocaína, con un peso neto de 2.170 gramos y una pureza de 74Z6%. (El subrayado en negrita aparece así en el texto del Ministerio público).

El mismo día 2 de Diciembre de 2009, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía detuvieron a Ismael cuando circulaba con el vehículo señalado (marca Peugeot 306, matrícula-SQF) en los párrafos anteriores. Bajo el asiento trasero del vehículo encontraron un paquete conteniendo treinta y un mil veinte euros (31.020 €).

El valor de la cocaína intervenida era de cincuenta y cuatro mil, cuatrocientos setenta y cuatro, con noventa y un céntimos (54.474,91 €) según la Oficina Central Nacional de Estupefacientes...».

Es cierto, como se dice por el recurrente, que el Ministerio Fiscal en la conclusión segunda de su escrito, indicó que los «hechos narrados constituyen un delito contra la salud pública del art. 368 (sustancia que causa daño grave a la salud) del Código Penal, dejando de mencionar el art. 369.1, 6.ª (hoy 5.ª) Código Penal, donde se prevé el supuesto agravado de que «fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior».

Pero también es cierto que, en la conclusión quinta del mismo escrito, el Ministerio Fiscal indicó: «procede imponer a los acusados las penas de PRISIÓN DE DOCE AÑOS Y MULTA DE DOSCIENTOS MIL EUROS, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Procede el comiso del dinero, vehículo, teléfono y GPS intervenidos. Pago de costas».

Al escrito de acusación del Ministerio Fiscal respondió la Defensa del Sr. Ismael (f.º 1039 y ss.) manifestando, respecto a la primera conclusión «En discrepancia con la correlativa del Ministerio Fiscal»; respecto a la segunda, que «los hechos relatados no eran constitutivos de delito»; y respecto a la quinta, que procedía decretar la libre absolución de su representado».

La Defensa de los Sres. Visitación, Paulino, María Antonieta, en el mismo trámite de conclusiones provisionales (f.º 1023 y ss.), respondieron, a la primera: «Que se manifestaba la total discrepancia con los correlativos de la acusación pública. Dichas imputaciones no tienen como base medio probatorio alguno con cualificación suficiente que venga a demostrar una conducta típicamente antijurídica». Respecto a la segunda, que: «La conducta de los procesados no puede estimarse como delictiva». Y respecto a la quinta, que: «Procede la libre absolución de Dña. Visitación y D. Paulino, con declaración de las costas de oficio».

Y, por su parte, la Defensa de D. Lucio (f.º 1050 y ss.), a la primera conclusión acusatoria,

respondió, señalando que: «Se disiente de la narración fáctica que efectúa el Ministerio Fiscal, ya que en la misma se aparta de la realidad existente en las actuaciones. A partir de unas escuchas telefónicas, que consideramos desde este momento que son jurídicamente ilegales, se ha ido tejiendo una ficticia relación de hechos, que han bastado para proceder a la inculpación de personas determinadas, cuya conducta no merece la calificación de antijurídica». A la segunda, que: «De conformidad con la anterior premisa, no existe actividad delictiva de clase alguna, por lo que tampoco existe persona a quien se pueda imputar un delito inexistente...». Y a la tercera, que: «Procede la libre absolución de su cliente».

Hay que significar que las penas privativa de libertad y de multa solicitadas por el Ministerio Fiscal, exceden tan claramente de las previstas en el art. 368 Código Penal, aun antes de la reforma introducida por la LO 5/2010 —que rebajó el límite máximo de 9 a 6 años—, que evidencian de modo notable la aplicación de la pena superiores en grado, respecto de la de prisión; y próxima al cuádruplo, la de multa, conforme a los supuestos específicos de agravación previstos en el art. 369. 1 Código Penal.

Finalmente, hay que consignar, que, si bien el Ministerio público manifestó en la Vista del Juicio Oral que elevaba sus conclusiones a definitivas (f.º 1141 del acta y grabación en CD de 28-9-010, a las 15 horas), concluyó su informe (CD de 28-9-2010, a las 16,15 horas) solicitando la condena de los acusados por el delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de «notoria importancia». Con los que, una vez más, y de manera explícita puso en conocimiento de las partes este extremo de su calificación.

Por lo tanto, cabe concluir —coincidiendo con el tribunal de instancia—, que no se ha producido una condena por hechos, ni por delito distinto del contenido en la acusación pública formulada, ni se ha impuesto pena superior a la interesada, lo que determina que no se haya causado indefensión alguna por esta causa a los acusados.

Por todo ello, el motivo es desestimado.

Sentencia 1237/2011, Sala Segunda del TS, de 23 de noviembre

Ponente: **Don Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Detenciones ilegales y torturas**

Recurso de Casación: **n.º 708/2011**

Artículos: **8, 73, 167 y 175 Código Penal**

En un supuesto de detención policial fuera de los casos establecidos por la ley y posterior agresión al detenido en dependencias policiales, se entiende que el primer delito no consume al segundo, sino que existe un concurso de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

El delito de detención ilegal protege el derecho de toda persona a moverse y trasladarse de un lugar a otro según su propia y libre voluntad en el ejercicio de su derecho a la libertad deambulatoria que consagran los arts. 17.1 CE y 489 LECr. Por otra parte, se trata de un delito de consumación instantánea que se produce tan pronto como a la víctima se le priva de su derecho y capacidad de moverse a su voluntad.

Por su parte, el delito contra la integridad moral, que en el caso de autos se habría cometido una vez consumada la detención ilegal, requiere los siguientes elementos: a) el sujeto activo tiene que tratarse de funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del art. 173 CP 1995, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; b) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciendo de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el resultado consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. Derecho a la integridad moral reconocido en el art. 15 CE; y d) los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual (S. 10-5-2007).

Según dijimos en la STS de 2 de noviembre de 2004, si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el art. 15 CE permiten acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta —como manifestación directa de la dignidad humana— comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrentes en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias (S. 1218/2004, de 2 de noviembre).

La distinta naturaleza del bien jurídico protegido, así como la mecánica comisiva en uno y otro delito, avalan la autonomía propia de cada una de estas figuras delictivas, que, de concurrir, deben sancionarse separadamente como concurso real. La doctrina de esta Sala (SSTS de 26 de diciembre de 2004, y las números 1218/2004, 414/2007 y 891/2008) tiene sentado —como expresa el Tribunal *a quo*— que el delito contra la integridad moral del art. 175 resultará compatible con el delito de detención ilegal que se consumó en el caso de autos, siempre que el atentado contra la integridad moral suponga un plus respecto del delito de detención ilegal. Ambas figuras delictivas son perfectamente compatibles, desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica, tal como sustenta la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo disponiendo que «el derecho a la libertad personal, en efecto, es inherente a la dignidad de la persona; pero tal derecho no engloba todas las facetas de la integridad moral de la persona, inherente igualmente a la dignidad personal (art. 10.1 CE)».

En cuanto a la alegada falta de gravedad de los hechos vejatorios subsumidos por el Tribunal *a quo* en el tipo del art. 175 CP, que el recurrente considera constitutivos del delito del art. 530 CP, resulta palmaria lo infundado de tal pretensión, pues el art. 175 sanciona como conducta típica a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Pero ni se menciona ni se hace la menor alusión a conductas degradantes, vejatorias o humillantes sobre la persona detenida, que es objeto precisamente, del art. 175 CP.

Como nos recuerda el Fiscal en su escrito de impugnación, en la STS de 3 de marzo de 2009 se declara que «el hecho de obligar a despojarse de toda su ropa a una persona no acostumbrada a ello, como suele ser lo habitual y aquí nada consta en contrario, constituye en sí mismo una conducta especialmente vejatoria para la víctima...».

En lo que hace a la gravedad del atentado contra la integridad moral el art. 175 CP distingue a efectos penológicos que el atentado sea o no grave. Y el Tribunal *a quo* razona que una

persona que es de hecho agredida por varios Mossos d'Esquadra dentro de unas dependencias policiales (los que le sujetaban los brazos mientras otros dos compañeros le agredían fueron sin duda coautores), sufriendo golpes en diversas zonas de su cuerpo para, posteriormente, ser obligado a quedarse completamente desnudo, acción ésta que no se revelaba como necesaria, máxime cuando había sido cacheado, con los padecimientos físicos y psíquicos inherentes a ello, es objeto de una conducta vejatoria carente de justificación razonable, viendo lesionada su dignidad como persona. Ahora bien, si el comportamiento detallado comportó un menoscabo de la integridad moral del Sr. Gabriel, el Tribunal entiende que el atentado a la misma no alcanza la entidad necesaria para calificarlo de grave. Las lesiones que se le infligieron y por ende los padecimientos físicos que de ellas se derivaron fueron de menor gravedad, al punto de que curaron sin precisar tratamiento médico ya que el que medió tuvo naturaleza estrictamente paliativa (el Tribunal ignora que una de las lesiones producidas por las agresiones físicas fue «fractura de huesos propios de la nariz», según el propio relato de Hechos Probados, y que este resultado lesivo paliativo ha sido considerado por constante doctrina de esta Sala que para su curación necesita «objetivamente» tratamiento médico y/o quirúrgico, por lo que constituiría un claro delito de lesiones del art. 147 CP, con la agravante de abuso de superioridad. Pero esta cuestión no se plantea por ningún recurrente). Por otra parte, si bien se le obligó innecesariamente a desnudarse íntegramente, el tiempo durante el que fue forzado a estar en dicha situación fue más que mínimo, de diez a quince segundos según la víctima, debiendo responder como autor de dicho delito el acusado Sr. Celestino ya que fue identificado por el Sr. Gabriel como uno de sus agresores, en concreto como la persona que le golpeó en la cabeza, en el estómago y le dio un puñetazo en la cara, acción ésta que le provocó la fractura de los huesos propios de la nariz, perteneciendo al grupo de los agentes que conminaron a la víctima a que tras las agresiones se desnudase íntegramente.

Como quiera, pues, que el anterior comportamiento, no puede considerarse medio necesario para la privación de la libertad personal de la persona indebidamente detenida, es incuestionable

que no cabe hablar de concurso medial de delitos (art. 77 CP), y menos aún de un supuesto de absorción o consunción del delito contra la integridad moral por el de la detención ilegal (art. 8.3.^a CP), por las razones ya expuestas. En un punto el recurrente tiene razón: la falta de lesiones del art. 617.1 CP se produjeron inmediatamente antes que las acciones degradantes también sufridas por la víctima. Es cierto que el delito y la falta de lesiones atentan contra el derecho a la incolumidad física y psíquica de la persona, pero en determinadas ocasiones, atendiendo al contexto en que se produce la agresión corporal, como ocurre en el caso presente en el que sin razón ni justificación alguna la persona arbitrariamente detenida es objeto de golpes y puñetazos en las

dependencias policiales, no solo la víctima sufre estas agresiones que lesionan su integridad física, sino también agreden a su propia dignidad al ser tratado con total desprecio al respeto que toda persona merece por el hecho de serlo y al sentirse un juguete o un saco de boxing para satisfacer los instintos violentos de los agresores. En este sentido, el propio discurso del Tribunal *a quo* que hemos referido más arriba, incluye en la mecánica comisiva del delito contra la integridad moral las agresiones físicas sufridas en el interior de la Comisaría. Por ello, la falta del art. 617.1 CP que tipifica estas acciones deben, en este caso, considerarse absorbidas por el delito del art. 175 CP y no ser sancionadas separadamente. Así se hará en la segunda sentencia que dicte esta Sala.

Sentencia 1281/2011, Sala Segunda del TS, de 28 de noviembre

Ponente: **Don José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Abono de prisión provisional**

Recurso de Casación: **n.º 11506/2011**

Artículo: **58 Código Penal**

Se matiza el alcance de la controvertida STC 57/2008, de 28 de abril, sobre cómo se computa el abono de prisión provisional cuando ésta coincide en su cumplimiento con la ejecución de una pena de prisión. Lo que en ningún caso cabe es un abono a múltiples causas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. Por su parte, la Audiencia Nacional esgrime para negar el abono de los 377 días los siguientes argumentos:

a) No se trata de una norma jurídica posterior que reforma una anterior más beneficiosa para el reo, sino que lo que pretendió el legislador es salir al paso de una interpretación jurisprudencial que ha hecho el Tribunal Constitucional, al objeto de corregir sus indebidas consecuencias. La doctrina de este Tribunal no es una ley sino una interpretación de la ley diferente de la que había prevalecido hasta entonces.

b) Los períodos de prisión provisional han sido abonados íntegramente en sus respectivas causas, quedando en la duda el período desde 14

de mayo de 2009 (firmeza de la causa 20/2005) coincidente con la prisión provisional en el proceso 40/2008, que duró hasta 21 de junio de 2010, en total poco más o menos 377 días que se reclaman.

c) Ya no es de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ya que en el período de coincidencia el recurrente nunca hubiera tenido acceso a un régimen de semilibertad o de régimen abierto y tampoco estaba en situación de disfrutar de la libertad condicional o cuarto grado, y respecto a los permisos, no se ha acreditado que hubiera solicitado alguno al órgano enjuiciador y no se hubiera concedido por la situación de prisión provisional.

3. La interpretación que la Audiencia Nacional hace de la sentencia del Tribunal Cons-

titucional 57/2008 no se ajusta estrictamente a la doctrina que dicho Tribunal quiere proclamar. Los argumentos de la Audiencia tienen un indudable peso argumental, pero discurren por vías hipotéticas o virtuales (*lege ferenda*), es decir, hubiera sido preferible y más propio que el legislador hubiera actuado con más precisión al formular el art. 58 del Código Penal no dejando resquicios al Tribunal Constitucional para ensayar una interpretación plenamente lógica en garantía de la libertad, pero con efectos perturbadores frente a otros derechos o principios constitucionales como tuvimos ocasión de poner de relieve en diversas sentencias de esta Sala, partiendo de la n.º 1391/2009 de 10 de diciembre.

Sobre esta cuestión dos precisiones debemos hacer que se refieren, la primera, a la interpretación del criterio sostenido en la sentencia 57/2008 de 28 de abril y la segunda a la imperatividad y obligatoriedad del mismo.

Así, respecto a la primera, no se puede afirmar que su eficacia (esto es, el cómputo cronológico del período coincidente de cumplimiento de la pena y de prisión provisional) esté condicionado a que el cumplimiento se vea entorpecido o no por las limitaciones que la prisión preventiva simultánea puede producirle. Ello lo afirmó el Tribunal Constitucional como argumento *a fortiori*, que a la vez que daba respuesta a las cuestiones concretas que se le planteaban, sólo tenían la finalidad de hacer ver su diferente naturaleza jurídica y su necesidad de cómputo separado en todo caso, de tal suerte que no «sólo cuando se produzca el perjuicio por pérdida de beneficios o recompensas debería darse el doble cómputo de cumplimiento de pena en una causa y de prisión provisional abonable como cumplimiento en otra». En efecto, «el preso preventivo que cumple a la vez condena, no está materialmente en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una privación de libertad meramente formal». Ello lo entendió así esta Sala de casación, en cuanto la diferente naturaleza de ambas prisiones y la posibilidad de doble cómputo en todo caso se imponía a través de otros argumentos, esgrimidos por el Tribunal Constitucional, entre otros, por «la ausencia de expresa previsión legal de esta situación, lo que no se considera un mero olvido del legislador,

sino una expresa voluntad de no excluir la posibilidad de doble cómputo».

La segunda de las precisiones se refiere al alcance imperativo o proyección temporal de tal interpretación. Sobre este punto si el Tribunal Constitucional la primera vez que interpreta el art. 58 del Código Penal lo hace en un sentido, hemos de entender que desde que el precepto se halla redactado en tales términos, siempre ha debido darse tal tipo de interpretación y si no se ha hecho es porque nunca se planteó ante el Tribunal Constitucional.

El art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claro en este punto al establecer que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos».

En nuestro caso el art. 58 del Código Penal fue interpretado, desde una perspectiva Constitucional (protección de la libertad) por el Tribunal Constitucional, en una dirección y en unos términos que obligan a todos los tribunales, pues de lo contrario se vulneraría el derecho constitucional a la libertad.

4. Dicho lo anterior podemos obtener las siguientes conclusiones:

1. La reciente modificación del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio) que entró en vigor el día 23 de diciembre de ese mismo año no es de aplicación retroactiva (arts. 9.3 y 25 de la CE) a los supuestos ocurridos antes de su entrada en vigor, por lo que han de resolverse de acuerdo con la redacción del precepto vigente en el tiempo en que simultáneamente se produce el cómputo de pena y prisión provisional. (ver, entre otras, STS 74/2011 de 28 de enero y 263/2011 de 6 de abril).

2. La compatibilidad de abono o cómputo de los lapsos de privación de libertad no alcanza hasta el punto de una triple o múltiple computación, limitándose a la dualidad cumplimiento de pena y prisión provisional, nunca a condena y varias prisiones preventivas, o simplemente a varias prisiones preventivas entre sí, y ello por

cuanto, como reza la STS 263/2011, de 6 de abril, el Tribunal Constitucional «no dice que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir, una y otra vez el tiempo de la medida cautelar en todas las penas que sucesivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que duró en una de las causas la prisión provisional».

3. Y en tercer lugar, que el doble cómputo, cumplimiento de pena y prisión provisional, debe afectar individualmente a la reducción autónoma de cada una de las penas en las que se abone, lo que no influirá en la determinación del tiempo límite de cumplimiento, tal como estableció esta Sala con ocasión de la denominada «doctrina Parot» (Sentencia STS 329/2011 de 5 de mayo y 1060/2011 de 21 de octubre).

Sentencia 1284/2011, Sala Segunda del TS, de 29 de noviembre

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Condena en casación tras sentencia absolutoria. Límites**

Recurso de Casación: **n.º 139/2011**

Artículo: **24 CE**

Se expone la doctrina de la Sala, siguiendo la jurisprudencia del TEDH y del TC, sobre los límites existentes para la condena *ex novo* en casación, tras una previa sentencia absolutoria en la instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. Por lo tanto, si con arreglo a estos parámetros jurisprudenciales, el primer obstáculo pudiera ser salvado, concurre un segundo de mayor complejidad, basado en la reciente jurisprudencia del TC y del TEDH, según el que se cuestiona la posibilidad de examinar, a través del recurso de casación, la impugnación del Ministerio Fiscal, al haber absuelto la sala de instancia al acusado.

En efecto, como precisa la reciente sentencia de esta Sala n.º 1240/2011, de 17 de noviembre, las pautas hermeneúticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también el derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del tribunal sentencia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio

celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que operen los recursos de apelación y casación para revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

Con la STS 1215/2011, de 15 de noviembre, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008,

115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, y 46/2011, entre otras muchas).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*.

La primera es la sentencia 184/2009, de 7 de octubre, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se la había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de

defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

La segunda sentencia relevante para el caso es mucho más reciente: la n.º 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró «estrictamente documental». Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica «en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados». Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en esta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación

una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; y 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

Recientemente, en la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias Bazo González contra España, de 16 de diciembre de 2008; caso Igual Coll contra España, de 10 de

marzo de 2009; Marcos Barros contra España, de 21 de septiembre de 2010; y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que es necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las evaluaciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo caso Almenara Álvarez contra España, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez de lo Penal interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta por el juez para formar su convicción. Y enfatiza en el parágrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una voluntad fraudulenta por su parte, cuestión que considera sustancialmente de naturaleza factual.

Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2001 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio, precepto que consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habérsele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Por tanto, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las recientes SSTs 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de la ya reseñada 1215/2011, de 15 de noviembre, en la que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello.

5. De este modo, si, como recordaba la ya citada STS n.º 1240/2011, de 17 de noviembre, el TC y el TEDH, consideraron que no se podía estimar *ex novo* en apelación un elemento subjetivo del injusto sin oír previamente a los acusados ante la Audiencia Provincial, menos factible resulta, obviamente, apreciar, sin escuchar al acusado, un elemento bastante más naturalístico del tipo penal como es el hecho psíquico consistente en la intención de vender la sustancia estupefaciente que se le intervino al acusado.

Y a ello, ha de sumarse el argumento de que si esa es la doctrina que se está aplicando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tutelar el derecho de defensa y para restringir la revisión de la apreciación de las pruebas personales por los tribunales de apelación cuando se impugnan sentencias absolutorias, ha de entenderse, en buena lógica procesal, que ese molde restrictivo también será aplicable cuando se trate de controlar el análisis de las pruebas personales mediante un recurso de casación. Y ello porque este recurso está desempeñando en este caso la función de una segunda instancia. Sin olvidar tampoco que, cuando menos en principio y atendiendo a la teoría general sobre los medios de impugnación, el recurso de casación tiene unos márgenes de control probatorio más estrechos que el recurso de apelación. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

Sentencia 1308/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de noviembre

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Larcía**

Resumen: **Intervenciones telefónicas**

Recurso de Casación: **n.º 881/2011**

Artículos: **11 LOPJ y 579 LECrim.**

Frente a la petición del Fiscal interesando la validez de las intervenciones telefónicas practicadas en la causa, la Sala considera correcta su exclusión coincidiendo con el tribunal de instancia en la debilidad de los indicios que sustentaron su adopción. Por su interés se reproduce también el voto particular que admite en cambio su suficiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. Uno de los elementos necesarios para justificar las escuchas telefónicas es la existencia de indicios de la existencia del delito y de la

participación del sospechoso. El artículo 579 de la LECrim, que constituye la habilitación legal, se refiere a las comunicaciones telefónicas del procesado o de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal. En la precisión de lo que deba entenderse por indicio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han señalado que la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad.

Y ha exigido que se trate de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal.

No es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada. En este sentido en la STC n.º 197/2009, se decía que «... el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser...».

Es preciso, por lo tanto, que existan indicios de la comisión de un delito y, además, de la participación del sospechoso. Es decir, que, como dice textualmente la ley, que sobre la persona

cuyas comunicaciones se intervienen existan indicios de responsabilidad criminal.

5. En el caso, en el auto judicial se acordó la intervención de una línea telefónica utilizada por el policialmente considerado sospechoso Carlos Miguel. Las razones para considerarlo sospechoso de formar parte de una organización dedicada al tráfico de cocaína y hachís a gran escala, aparecían con más detalle en el oficio policial adjunto a la solicitud de intervención telefónica, y venían constituidas por dos elementos. De un lado, el hecho de que según se informaba, había sido detenido en abril de 2005 por un delito contra la salud pública en el marco de una operación que finalizó con la aprehensión de 169 kilogramos de cocaína oculta en el interior de un camión con destino a Gran Bretaña, y de 3.000 kilogramos de cocaína por parte de la Guardia Republicana Portuguesa. De otro, una parte de una conversación oída por dos agentes de la Guardia Civil en el curso de las vigilancias y seguimientos al sospechoso. El 4 de agosto de 2007, según se informaba, dichos agentes, a los que se identificaba, se habían sentado ocupando una mesa cercana a la que ocupaban el sospechoso junto con otras tres personas en la terraza de una cafetería existente frente al aparcamiento del centro comercial Carrefour en L'Escala, y pudieron oír un extracto de la conversación en la que una de esas personas, identificada como Adolfo, decía, según se comunica al Juez, «que tenía mercancía, que disponía de una cantidad importante, 10, 20, 50, 200 kilogramos. Que disponía de una inmobiliaria, pisos y un local en L'Escala. Que por la carga de la mercancía no se preocupara, ya que se realizaría en alguno de esos locales. Que el precio era el que se había pactado, que ya sabía que estaba cortada y que por eso el precio era ese».

La tercera persona que estaba en el lugar fue identificada como César, del que no se aportan datos relevantes, y la cuarta no fue identificada.

6. No cabe duda alguna que es posible que, con los términos empleados en la reseñada conversación, quien pronuncia las frases mencionadas pudiera estar refiriéndose a la posesión de drogas, concretamente por la referencia a la mercancía, al hecho de que estaba cortada, y a la posible preocupación por la carga de la misma,

para lo que se ofrecen pisos y un local. Incluso pudiera pensarse que esperaba, fundadamente o no, alguna reacción positiva de las personas a las que se dirigía.

Sin embargo, el significado de las expresiones relatadas contenidas en una conversación solo parcialmente oída, no es absolutamente unívoco y resulta en sí mismo insuficiente para justificar la observación de las comunicaciones telefónicas de Carlos Miguel. En primer lugar, porque se desconoce el contexto en el que se pronuncian. En segundo lugar, porque resulta sorprendente, aunque no sea imposible, que se hable de esa forma sobre la posesión y tráfico de drogas en un lugar público como el mencionado, estando otras personas en una mesa cercana. En tercer lugar, porque de lo percibido pudieran derivarse sospechas respecto de quien lo dice, pero no respecto de los demás interlocutores, a los que no se atribuye manifestación o reacción alguna a aquellas. Y es claro que el derecho al secreto de las comunicaciones de una persona no puede ser restringido solo porque otros en su entorno resulten sospechosos. En cuarto lugar, porque salvo lo antes mencionado en relación con los antecedentes policiales de Carlos Miguel, información que no viene acompañada de datos relativos al resultado de aquella intervención policial respecto del mismo, que resultan de interés ante la apariencia de que se encuentra en libertad, no constan antecedentes de esa clase de actividades respecto de las demás personas presentes, ni tampoco consta respecto de ninguna de ellas ninguna actividad que, fundadamente, pueda considerarse sospechosa. Y en quinto lugar, porque, como se reconoce en el oficio policial, no se sabe en ese momento si los sospechosos se dedican a alguna clase de actividad laboral, que pudiera aportar alguna otra explicación alternativa a aquellas frases, con más razón cuando de la información aportada se desprende que uno de los inicialmente sospechosos, Hernan, poseía un camión para cantera.

De otro lado, los indicios no resultan suficientes para acreditar la necesidad de la medida; pues no se percibe urgencia alguna para la intervención telefónica, ya que no existe ninguna referencia a la aceptación de la aparente oferta,

ni se han comprobado actos de preparación de una operación más o menos inmediata; no se ha investigado más allá de reseñar sus antecedentes a quien pronuncia esas frases, Adolfo, para verificar si sus actividades en ese momento pudieran sugerir una posible dedicación al tráfico de drogas; la investigación a la que se hace referencia respecto de las actividades recientes del sospechoso Carlos Miguel, seguida, al parecer desde el mes de junio hasta agosto, no refleja otra actitud mínimamente sospechosa diferente de la reseñada; las posesiones de los investigados no reflejan tampoco un nivel que pueda considerarse sospechoso por absolutamente injustificado; y tampoco se ha investigado la posible relación telefónica entre los sospechosos, lo cual, aunque supone una injerencia en el ámbito protegido por el derecho fundamental, es, sin duda, menos intensa que la acordada.

Dicho de otra forma, era posible avanzar en la investigación mediante la práctica de otras diligencias menos gravosas que la solicitada, especialmente en relación con Carlos Miguel, que es la persona que resulta afectada por la medida solicitada.

Sorprende, de otro lado, que, dada la valoración policial y judicial que se hace de los datos proporcionados en el oficio policial, no se solicite, o no se acuerde directamente por el juez, la intervención de las líneas de teléfono utilizadas por el identificado como Adolfo, a las que se hace referencia explícita en el oficio, pues esta es precisamente la persona que afirmaría poseer la mercancía. Y que, sin embargo, se solicite y se acuerde la intervención de las utilizadas por Carlos Miguel, del que nada se dice en relación con tal conversación, mas allá de su presencia en el lugar, lo que no lo distingue de los demás contertulios. No hay constancia alguna de que aceptara el ofrecimiento que parecería estar haciendo Adolfo, ni tampoco de que hiciera ninguna manifestación comprometedora, ni siquiera de que mantuviera con el referido Adolfo unas relaciones que, por sus características pudieran sugerir la existencia de actuaciones delictivas.

Es decir, que después de dos meses aproximadamente de investigación sobre el sospechoso Carlos Miguel únicamente se dispone, de un

lado, del dato referido a sus antecedentes policiales, correspondientes a hechos ocurridos dos años antes y sin que se conozca ningún dato más relativo a esa causa, y, de otro lado, a fragmentos de una conversación escuchada solo en parte, desarrollada en un lugar público y con la presencia cercana de otras personas, sin que conste si los que acompañaban y escuchaban a quien hablaba, concretamente Carlos Miguel, realizaron alguna manifestación o ejecutaron acto alguno relacionado con lo manifestado por aquella.

Dados los datos disponibles, insuficientes para soportar una sospecha fundada sobre Carlos Miguel, lo procedente habría sido ampliar la indagación con la finalidad no solo de reforzar esa sospecha inicial respecto del significado de lo que se había oído y descartar de ese modo otras posibles interpretaciones, sino, especialmente, de aclarar la intervención de Carlos Miguel, al cual hasta ese momento no se achacaba manifestación o acción alguna, y, al mismo tiempo establecer la necesidad de la medida en tanto fuera ya la única disponible para continuar la investigación, justificada, en su caso, por el estado de la misma.

En lugar de eso se acude directamente a la intervención telefónica como medio de investigación, sacrificando un derecho fundamental, cuando antes podía acudirse a otros métodos.

7. Como hemos señalado, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas reviste enorme importancia en una sociedad democrática y solo puede ceder cuando, además de estar justificado por sospechas razonables de la comisión de un delito grave, resulte necesario, bien por la inexistencia de otras posibilidades de investigación menos gravosas, bien por la urgencia derivada de datos claramente sugestivos de la inmediatez de la acción criminal o bien por otras posibles razones que no es preciso enumerar ahora. Es de toda evidencia que la escucha de las comunicaciones telefónicas resulta de enorme importancia para la reacción del Estado frente a la actividad delictiva, con mayor razón cuando se investigan actividades desarrolladas en el marco de la delincuencia organizada, aunque no fuera el caso presente, pues de tal cosa no existía indicio alguno a pesar de las sospechas policiales.

Pero la vigencia de los derechos fundamentales, y especialmente de los más cercanos a la dignidad humana por su significado y trascendencia, lo cual es predicable del derecho a la intimidad, es igualmente de vital importancia para la salud democrática del sistema de convivencia pacífica y segura, por lo que no puede desconocerse ni debilitarse la exigencia referida a la necesidad de la medida contenida en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relevante para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales por la vía del artículo 10.2 de la Constitución.

8. En el caso, es evidente que, dada la insuficiencia de los elementos que sostenían la sospecha sobre Carlos Miguel, existían otras posibles vías de investigación que no implicaban restricción de derechos fundamentales, o al menos no en la medida en que la causan las intervenciones telefónicas, y que estaban al alcance de la policía o, en su caso, de la autoridad judicial, por lo que, ante la debilidad de aquella sospecha respecto de Carlos Miguel, debió acudirse a ellas con carácter previo, procediendo a la intervención telefónica solo cuando, reforzados los indicios, ya no fuera racionalmente posible o aconsejable la investigación por otros medios.

De todo ello se desprende que a juicio de esta Sala, la intervención telefónica acordada no estaba en el caso suficientemente justificada, por lo que la decisión de la Audiencia debe considerarse acertada.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.
SR. DON ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, A
LA SENTENCIA N.º 1308/2011, DICTADA EN
EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 881/2011

(...) La sentencia de la mayoría ha considerado, ratificando el pronunciamiento del tribunal de instancia que los indicios son insuficientes para la injerencia. Por mi parte, entiendo que el recurso del Ministerio fiscal, que argumentó que entendía había sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al apartar, indebidamente, del acervo probatorio un

elemento de prueba, la intervención telefónica, debió ser estimado y devolver las actuaciones al tribunal de instancia para que, con una distinta composición, valorara la pruebas resultantes de la intervención telefónica pues las mismas se habían adoptado correctamente, con indicios suficientes para su adopción. Es preciso, por lo tanto, exponer el núcleo de la disensión, que no es otro que la valoración de los indicios, insuficientes para la mayoría y que, entiendo, son suficientes para la adopción de la injerencia. En el oficio policial se identifica al sospechoso respecto al que se dice que fue objeto de investigación porque aparecía implicado en una operación, fechada en abril de 2005, y que determinó la aprehensión de 169 kilogramos de cocaína y de tres toneladas en Portugal por sus fuerzas de seguridad. Se relacionan medios de vida y los seguimientos realizados y se transcribe una conversación en la terraza de un establecimiento hostelero en la que tres personas que son identificadas, entre ellas el investigado, se intercambian las siguientes frases «que tenía mercancía, que disponía de una cantidad importante, 10, 20, 50, 200 kilogramos. Que disponía de una inmobiliaria, pisos y un local en L'Escala. Que por la carga de la mercancía no se preocupara, ya que se realizaría en alguno de esos locales. Que el precio era el que se había pactado, que ya sabía que estaba cortada y que por eso el precio era ese».

Mi disensión radica en el distinto contenido que se otorga en la sentencia de la mayoría a estos indicios. El tribunal de instancia rechazó la consideración de indicios suficientes a la conversación al considerar que sus términos, documentados en el oficio de petición de la intervención como oídos por dos funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, no resultaban acreditados. Esa argumentación es rechazable, pues de lo que se trata es de proporcionar indicios, no de acreditaciones que serían propias del enjuiciamiento. La sentencia de la mayoría deshecha esa argumentación y confirma la insuficiencia de indicios porque esa audición requeriría mas investigación previa a la intervención.

Por mi parte, entiendo que la intervención, con los datos proporcionados era precisa, urgen-

te y procedente. Es cierto que siempre cabe una mayor precisión en la indagación y que todos podemos exponer las diligencias que en este caso pudieron realizarse antes de la intervención telefónica. Siempre cabe realizar mas indagaciones, pero lo preciso, desde el control que nos corresponde, es valorar si lo efectivamente realizado es, o no, suficiente para la intervención telefónica.

De acuerdo a nuestros antecedentes, cuando se trata de intervenciones telefónicas, la resolución judicial debe contener la expresión de las razones fácticas y jurídicas que apoyan la adopción de la medida, es decir, básica y principalmente, los indicios que existan acerca de la comisión de un delito grave y los que vinculen con dicho delito a la persona que se pretende investigar, así como los razonamientos en orden a la gravedad del delito investigado y a la necesidad de la intervención. Debe contener la decisión judicial el juicio de ponderación que exprese el razonamiento del juez acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida en función del fin que se pretende obtener con ella. Pues como se afirma en las STC 14/2001, de 29 de enero «también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención —datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos— como de la necesidad y adecuación de la medida —razones y finalidad perseguida— (STC 54/1996)».

No es preciso, sin embargo una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar, bastando con que sea posible, desde una perspectiva objetiva, entender las razones que justifican en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial.

En el auto judicial, y si se remite a la solicitud policial, en ésta, ha de constar, como recuerda la STC 14/2001, de 29 de enero, «el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, y 139/1999, de 22 de julio)». No basta con la constancia en la solicitud policial de meras hipótesis

subjetivas acerca de una «posible» comisión de un hecho delictivo y de una «posible» participación de la persona cuyas comunicaciones se pretende intervenir, sino que tales hipótesis han de venir avaladas por algún dato objetivo, producto de una previa investigación, que permita aceptarlas provisionalmente de forma que justifiquen la restricción del derecho fundamental. Datos objetivos que, según la STC 14/2001, de 29 de enero, «han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999). Esas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave», o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 —caso Klass— y de 15 de junio de 1992 —caso Lüdi—) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim., en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3). En definitiva, sospechas fundadas en datos concretos.

Es evidente, por otro lado, que la solicitud de intervención telefónica tiene lugar, en la mayoría de los casos, en los primeros momentos de la investigación criminal, cuando aún no se dispone de pruebas de cargo contra los implicados en la acción delictiva a cuya investigación está orientada, la cual tiene que proseguir sin que el investigado lo conozca, por lo que la exigencia de suficiencia en los indicios en los que ha de apoyarse su adopción no puede adquirir tal nivel que la haga inviable o inútil. Se trata, pre-

cisamente, de avanzar en la investigación o de obtener medios de prueba de los que se carece. Es cierto que tales consideraciones no pueden conducir a aceptar que se acuda a la intervención telefónica como primera medida de investigación propiamente dicha o que sean bastantes las meras sospechas personales carentes de apoyos objetivos, pero ha de tenerse en cuenta que la acreditada utilidad de esta medida para la investigación criminal, y también en ocasiones la importancia de sus resultados como medio de prueba, especialmente en la lucha contra la criminalidad organizada que, a través de la comisión de delitos graves, atenta seriamente contra las bases de la sociedad democrática moderna, aconseja cohonestar en cada caso la necesidad de la investigación y la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano, cuya lesión solo podrá venir justificada suficientemente en datos objetivos aportados como resultado de una previa investigación policial. Datos objetivos que pueden ser de intensidad y número variables, sin que en este aspecto puedan establecerse *a priori* criterios rígidos, pero que han de ser suficientes en todo caso, sin que sea necesario que acrediten por sí mismos la responsabilidad criminal, para avalar una sospecha razonable según el criterio del Juez de instrucción, criterio, que, por otra parte, es susceptible de revisión por el Tribunal de instancia y después en casación.

En este sentido las recientes SSTC 5/2010 y 72/2010 señalan como contenidos básicos de la motivación de la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica los referidos a la expresión del delito que se investiga, del momento de su adopción y la persona titular del teléfono objeto de la injerencia y la expresión de indicios objetivos de la existencia del delito y de la intervención de la persona sobre cuyo derechos se actúa. En términos de la segunda Sentencia «Las exigencias de la motivación que ha de cumplir la resolución judicial para considerarla constitucionalmente legítima: además de precisar el número o números del teléfono que ha de interesarse, la duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que pue-

de considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados».

Pues bien, en el caso de autos la conversación oída por dos funcionarios policiales era tan

sugere de la ilícita actividad, de su gravedad y de su inminencia, que hacía procedente la intervención y, en consecuencia, la consideración de actividad probatoria susceptible de ser valorada en los términos que solicitaba el Ministerio fiscal en su impugnación, que debió ser estimada.

Sentencia 1325/2011, Sala Segunda del TS, de 2 de diciembre

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Entrada y registro**

Recurso de Casación: **n.º 11769/2011**

Artículos: **18 y 24 CE, 11 LOPJ y 569 LECrim.**

Entrada y registro: Se fija el concepto de «interesado» a efectos de esta diligencia para, a continuación, declarar la nulidad de la practicada al no contar con su presencia, tratándose de un imputado detenido que podría haber sido trasladado hasta el domicilio donde se verificó.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El art. 569 LECrim dispone, en efecto, que «el registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente». Por otra parte, existe una reiterada y conocidísima jurisprudencia que abunda en la relevancia constitucional de la exigencia. Así, la contenida en sentencias como las de n.º 183/2005, de 18 de febrero y 79/2001, de 30 de enero, y las de 20 de septiembre de 1996, 19 de enero y 27 de octubre de 1999. Según estas, el «interesado» cuya presencia reclama el precepto, dado el carácter de la diligencia de registro, no es el que mantiene formalmente una cierta relación jurídico-civil con el inmueble, sino el materialmente afectado en su intimidad por la invasiva actuación. Y la ley señala de forma inequívoca que sólo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquél «no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante».

Este criterio tiene la relevancia que le atribuye el Tribunal Constitucional (sentencia n.º 239/1999) al declarar que «se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garan-

tías (art. 24.2 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial, pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la Ley de E. Criminal, arts. 566 y sigs., y en particular el art. 569».

Es coherente, que, además, tal exigencia legal aparezca reforzada —según la jurisprudencia de esta sala aludida en segundo término— cuando, como es el caso, la persona de que se trate estuviera ya detenida en el momento de la intervención relativa a su vivienda, pues en tal supuesto se verían aún más intensamente afectados sus derechos fundamentales a contradecir y defenderse en la causa. Así, el resultado será, todavía con mayor fundamento, no una mera nulidad, sino «una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, contemplada en el art. 11.1 de [la LOPJ]», conforme reza la tercera de las sentencias citadas.

Pues bien, de las consideraciones que anteceden y del consecuente desarrollo jurisprudencial a que se ha hecho alusión, se desprenden las siguientes consecuencias:

a) La presencia del imputado detenido en el registro de su domicilio es un requisito legal de *ius cogens*, con inequívoca relevancia constitucional. Debe darse para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio.

b) Lo que se trata de garantizar no es un abstracto e impersonal derecho que pudiera concretarse, aleatoriamente, en cualquier titular o usuario de la vivienda, sino el concreto derecho de defensa de cada individuo afectado en su intimidad por la intervención, de tal manera que la exigencia legal, en principio y como regla, sólo puede verse satisfecha de este modo (salvo imposibilidad material o renuncia).

c) El interés que se expresa en el derecho de defensa del «interesado» es personalísimo, de modo que —a los efectos del art. 569 de la Ley de E. Criminal— hay tantos «interesados» como afectados por la diligencia en cuestión. Por tanto, sus distintas posiciones en el proceso no pueden considerarse ni ser tratadas arbitrariamente como fungibles.

d) La claridad de la expresión legal («presencia del interesado») y la relevancia constitucional de la materia hace que el régimen de excepciones posibles deba interpretarse de forma restrictiva.

e) Por consiguiente, ni el juez ni la policía están habilitados para decidir de otro modo, convirtiendo en facultativo lo prescrito legalmente de modo imperativo, mediante un enunciado lingüístico de meridiana claridad.

Así vino ya a reconocerlo, implícita pero claramente, esta misma sala en sentencia de 30 de abril de 1999, al encontrar razonablemente justificada la falta de presencia de uno de los titulares del domicilio y considerar suficiente la del otro, cuando y sólo porque el primero estaba detenido en una localidad distante 90 kilómetros y perteneciente a otro partido judicial.

Y abunda en idéntico sentido, de no asimilación de las posiciones de los que conviven, el criterio —pacífico en la jurisprudencia— de que el hecho de compartir domicilio, aun por razón de convivencia conyugal o similar, no autoriza sin más a tener a cada uno de los implicados en la relación por partícipe en los delitos que hu-

biera podido cometer el otro. Y esto ni siquiera en el caso de que las piezas de convicción hubieran sido incautadas en la propia morada.

Por tanto, no puede resultar más evidente que el requisito del art. 569, 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de E. Criminal demanda una inteligencia rigurosa, a tenor del carácter esencialmente personal del interés del detenido que mediante el ejercicio de defensa se trata garantizar. Es lo que impide la arbitraria confusión de las posiciones procesales de los «interesados», cuya decisión al respecto no puede suplantarse. Entenderlo de otro modo sería dar al precepto una amplitud de sentido que no tiene e invertir a una autoridad subordinada a la ley de la facultad de modular arbitrariamente su significado, con el inaceptable resultado último de atribuir idéntico valor y eficacia práctica a las actuaciones realizadas conforme a derecho y a las que, en rigor, no lo hubieran sido.

En contra de este criterio, se ha argumentado que podría llevar a la imposibilidad objetiva de practicar legalmente el registro de una casa, cuando el número de sus habitantes y la posible indeterminación de la identidad de todos ellos plantease la dificultad insalvable de asegurar su presencia: caso típico de la comuna de okupas. Pero este modo de discurrir es una suerte de reducción al absurdo, mediante la generalización de un supuesto rigurosamente excepcional. En efecto, situaciones de tal clase no suelen darse en la práctica, y menos con habitualidad. Y, en el caso de suceder algo semejante, bastaría con que el instructor actuase de la manera más razonable, incluso mediante el recurso alguna forma de participación lo bastante representativa, justificándolo debidamente a tenor de las circunstancias.

Así las cosas, en el caso a examen, la objeción de extemporaneidad invocada por la sala no es atendible, dada la relevancia constitucional del derecho en juego; y la circunstancia de que, siendo netamente jurídica la cuestión discutida, aun suscitada por vía de informe, era fácil someterla a contradicción, como parece que se hizo, dando un nuevo turno de palabra a la acusación. Y, en fin, tampoco la protesta de urgencia tiene la necesaria consistencia argumental. Es cierto que, en ocasiones, este factor

ha servido, con buen fundamento, para obviar la exigencia de que aquí se trata. Pero en supuestos en los que la actuación no podía posponerse y/o el «interesado» se hallaba detenido a una distancia del domicilio que hacía inviable el traslado en un tiempo razonable. Pero ninguna de estas circunstancias podría invocarse aquí: porque si algo resulta de los datos de la causa es que, una vez incautada la droga y capturados los responsables del transporte, no existía ningún riesgo en la posposición de la diligencia, ya, meramente complementaria; y porque la distancia entre el lugar de la prisión del que ahora recurre y su

vivienda podría haberse salvado con facilidad en breve tiempo.

En definitiva, y por todo, en aplicación de lo dispone el art. 11.1 LOPJ en relación con el art. 24 CE, debe acogerse el motivo, si bien con limitadísimo alcance, porque, declarada la ilegitimidad de la diligencia, que acarreará la de la incautación del dinero, lo cierto es que este, en todo caso, entregado ahora al impugnante, siempre tendría que quedar sujeto a las responsabilidades económicas que se derivan para él de esta causa, que es, por ello, en definitiva lo que procede.

Sentencia 1312/2011, Sala Segunda del TS, de 12 de diciembre

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

Resumen: **Tráfico de drogas**

Recurso de Casación: **n.º 611/2011**

Artículo: **368 Código Penal**

Tráfico de drogas. Se analiza con detenimiento el contraste entre tenencia para el propio consumo o bien destino al tráfico de la droga aprehendida. Estimando que estamos ante el primer caso, se absuelve a los imputados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La recurrente no cuestiona la posesión de la Anfetamina sino que manifiesta que era para su consumo y el del coacusado, cuestiona por tanto el elemento interno o subjetivo de que los acusados la poseían «para su propio consumo y además para venderla a terceras personas». Debemos recordar, respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, que su probanza puede venir —decíamos en STS 609/2008 de 10-10—, de la mano de una prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de como conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual,

a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia se infiere la existencia de aquel elemento subjetivo.

Así, los criterios que se manejan para deducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza y variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentos para la propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiéndose como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla e incluso se

ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado.

La recurrente insiste en su situación personal y en la del otro coacusado que, en la fecha de los hechos, ambos consumían diariamente anfetaminas —extremo reconocido en la propia sentencia al haberseles aplicado la atenuante 2.^a del art. 21 Código Penal («actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior» —en este caso anfetaminas—) y que ambos tenían ingresos suficientes en aquellos días para comprar drogas para autoabastecerse, por lo que las anfetaminas intervenidas —un total de 33,63 gramos (29,55 gramos con una pureza media del 8%, y 4,08% del 9,5%), esto es 2,751 gramos de anfetamina pura (2,364 g más 0,387 g) que, divididas por los dos acusados, daría una cantidad de 1,375 gramos, que permitiría inferir su destino al autoconsumo.

La anterior argumentación hace necesario efectuar unas precisiones previas:

1.^a) Recordar los conceptos de dosis mínima psicoactiva y dosis de consumo habitual. El primero es un concepto utilizado preferentemente en toxicodinamia con referencia a las reacciones psicósomáticas experimentadas por el sujeto tras la ingesta de cualquier tóxico y se corresponde con la concentración más reducida del principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor; y diferente, por tanto, de las dosis de uso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con «aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas», y que permite en abstracto, dentro de unos parámetros extraídos de la praxis, obtener una media razonable sobre unos mínimos y máximos cuya oscilación depende de diversos factores (peso corporal, estado de salud, frecuencia, habituación, etc.) siendo cifras, en todo caso, notablemente superiores a las fijadas como dosis mínimas psicoactivas (STS 270/2011, de 20-4).

2.^a) Que la jurisprudencia tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera ab-

soluta el propósito de traficar (STS 384/2005, de 11-3) y aun en los casos de que el tenedor de la sustancia sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de su consumo normal.

En relación a las anfetaminas, la doctrina de esta Sala 2.^a (por todas STS 1478/2004 de 10-12 y 629/2006 de 12-6) ha venido aceptando que la dosis habitual de consumo debe ser a partir de un mínimo de 50 mg, hasta 150 mg, por toma con una duración de sus efectos de unas seis horas (STS 402/2000, de 6-3) pudiendo estimarse adecuada para el propio consumo una provisión para tres y cinco días y que según las apreciaciones del Instituto Nacional de Toxicología, la dosis mínima psicoactiva se sitúa entre 20 y 50 gramos y la dosis media de consumo diario de anfetamina es de 480 mg en unas seis tomas cantidad ésta que multiplicada por 500 es la que se tuvo en cuenta para situar el límite del subtipo de notoria importancia, por encima de 240 gramos.

Los hechos probados se refieren a una cantidad de anfetamina equivalente a 1,375 gramos para cada acusado, lo que supone estimarse una provisión para unos tres días como máximo con lo cual no excedería aquellos límites.

3.^a) Que a mayor abundamiento esta doctrina sobre la cantidad de droga ocupada que permite, por sí mismo, excluir el destino al propio consumo se ha venido modulando en la jurisprudencia (STS 411/97, de 12-4; 422/99, de 26-3, 2063/2002, de 23-5; 791/2010, de 28-9; 1032/2010, de 25-11) en el sentido de que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada, exclusivamente, al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos basados en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del mínimo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyados por la experiencia y en los datos facilitados por Organismos declarados al estudio del fenómeno de la droga (STS 5-7-2002) y tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto

que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS 492/99 de 26-3, 2371/2001 de 5-12, 900/2003 de 17-6, declaran que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más, su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS 1262/2000 de 14-7: «La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación...».

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad, una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado

como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.

Tercero.—En el caso presente la Sala de instancia tiene en cuenta otros datos o indicios que detalla en el fundamento jurídico primero: la existencia de una báscula electrónica con restos de anfetamina, cucharillas con los mismos restos y los recortes de plástico circulares, habitualmente utilizados para preparar las dosis, y la sustancia no fiscalizada usada para el corte o dilución de la anfetamina, pero en sentido contrario puede sostenerse en relación la existencia de una balanza automática y un total de cuatro cucharillas, que son utensilios perfectamente compatibles con su uso para la preparación de las dosis diarias de los dos acusados; que los recortes de plástico hallados sólo fueron dos, número que coincide con el consumo de dos personas, como son los acusados que la sustancia no fiscalizada hallada en un recipiente de cristal con la etiqueta «Lactofilus», con un peso, según informa Laboratorio, de 13,58 gramos, puede ser utilizada por los mismos acusados para rebajar la droga adquirida para su propia consumo, y que, si a ello se añade que el registro policial en el domicilio de Eugenia fue expresamente consentido por ésta, sin necesidad de autorización judicial, y que en el mismo no se encontró cantidad de dinero alguna, ni en moneda fraccionada ni billetes de pequeño importe, reveladores de posibles ventas anteriores, y que incluso la forma de tenencia de la anfetamina, principalmente en una sola bolsa, y no distribuida en dosis preparadas para su venta inmediata, todo ello pone manifiesto que la información probatoria de cargo disponible resulta insuficiente, al extremo de que concurre un verdadero déficit probatorio, en cuanto al destino de la droga para su venta a terceros y se puede concluir afirmando que la hipótesis de la defensa es tanto o más plausible que la de la acusación y, en consecuencia, ha de ser acogida con estimación del motivo (STS 681/2010, de 15-7).

Sentencia 1386/2011, Sala Segunda del TS, de 14 de diciembre

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Concurso aparente de normas. Estafa y alzamiento de bienes**

Recurso de Casación: **n.º 119/2011**

Artículos: **8, 248 y 257 Código Penal**

Concurso de normas. A propósito de la relación concursal entre los delitos de estafa y alzamiento de bienes, se trae a colación la doctrina del «renacimiento» de la ley desplazada: si la ley preferente no es aplicable (aquí, por falta de acusación), viene en aplicación la ley desplazada, también concurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Y respecto a la segunda cuestión es cierto que el Tribunal de instancia fundamenta su sentencia absolutoria en el hecho de que no se hubiese formulado acusación por el delito de alzamiento de bienes, que entiende era el delito que procedía aplicar, ya que se había producido un concurso de normas con el delito de estafa por contrato simulado, y ese concurso, por así disponerlo la regla 1.ª del artículo 8.º del Código Penal, debe resolverse otorgando la preferencia del precepto especial —alzamiento de bienes— sobre el precepto general.

El Tribunal de instancia apoya esa preferencia y el pronunciamiento absolutorio en la Sentencia de esta Sala de fecha 1 de julio de 1991, en la que se declara, entre otros extremos, que «más acertadamente podría quedar subsumido en el tipo de estafa a que alude el artículo 532.2.º, del CP, refiriéndose al «que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado», plasmación de la infracción denominada por la doctrina como falsedad defraudatoria, estafa documental y también simulación de fraude, derivada de la concertación, merced a la extensión de un documento público o privado, de un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa), patente un ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio patrimonial a tercero, que ha de redundar en beneficio de los sujetos activos. Ahora bien, es doctrina

compartida, al tratar de conciliar los preceptos de los artículos 532.2.º y 519, ambos del CP, que, cuando el sujeto pasivo sea un acreedor, ha de considerarse de preferente aplicación la figura del artículo 519, como *lex specialis*, con tal de que se definan los elementos integrantes del alzamiento de bienes. La autonomía del artículo 532.2.º ha de reservarse para los casos en que el tercero perjudicado por el otorgamiento del contrato simulado no sea un acreedor afectado por la aparente insolvencia, con eventual frustración del crédito ostentado. De semejante sentir viene a participar la jurisprudencia al sostener que el alzamiento de bienes absorbe las falsedades, llegando a dicha conclusión por el camino de entender subsumidas dichas falsedades en el delito de estafa previsto en el artículo 532.2.º del Código, es decir, en la simulación de contrato en perjuicio de tercero, por hallarse este delito en relación de especialidad. Sigue diciendo esta Sentencia que no puede, pues, sancionarse, más que por el delito de alzamiento de bienes, absorbente del de simulación defraudatoria. En cualquier caso, no podría ser objeto de aplicación el artículo 532.2.º, ya que, al no haber sido tenido en cuenta por las acusaciones, se vulneraría el principio acusatorio.

Olvida el Tribunal de instancia que la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, en la que fundamenta su decisión, no absolvió a los acusados sino que entendió que existía un concurso de normas entre un delito de falsedad en documento público (contrato simulado) y el

delito de alzamiento de bienes y que, por mor del principio de especialidad, esta última figura delictiva absorbía el delito de falsedad, sin que de ningún modo se declarase que cuando no se puede apreciar el delito especial, por falta de acusación, ello determine la absolución por el delito en concurso que sí había sido objeto de acusación.

Y esto último es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos, en el que ha habido acusación por delito de estafa en la modalidad de contrato simulado y, por el contrario, no se ha acusado por el delito de alzamiento de bienes.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar parcialmente el recurso, en el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho y que la colisión que supone la existencia de un concurso de normas obliga a una elección en la aplicación, por las reglas del artículo 8.º del Código Penal. Considera el Ministerio Fiscal que el hecho de que no existiera imputación por alzamiento de bienes no puede llegar a negar la sanción del delito en concurso por el que sí ha existido acusación.

Cuando no se puede castigar por el precepto especial, por las razones que fuera, se deberá aplicar el otro tipo penal, que igualmente se ve

integrado en todos sus elementos por los hechos objeto de enjuiciamiento, castigándose de manera autónoma.

Se señala la doctrina de la «vuelta a la vida» del precepto desplazado. En determinadas circunstancias, la imposibilidad de castigo por el hecho principal supondría la recuperación del precepto desplazado y el castigo autónomo del hecho que en principio debía resultar copenado, doctrina a la que se hace expresa referencia en la Sentencia de esta Sala 867/2002, de 29 de julio.

La referida doctrina de la «vuelta a la vida» de la norma en concurso, da respuesta adecuada al caso que ahora se examina.

El hecho de que no se pueda aplicar el delito especial no impide que se pueda sancionar por el delito general cuando concurren en los hechos imputados los elementos que le caracterizan y haya sido objeto de acusación.

Por ello, acorde con la conclusión alcanzada por el Ministerio Fiscal, se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y éste extremo del motivo debe ser estimado.

Procede en consecuencia la nulidad de la sentencia recurrida para que el Tribunal de instancia dicte una nueva sentencia en la que se pronuncie sobre la existencia del delito de estafa objeto de acusación.

Sentencia 1397/2011, Sala Segunda del TS, de 22 de diciembre

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Declaración de coimputado**

Recurso de Casación: **n.º 93/2011**

Artículo: **24 CE**

Delito contra la salud pública. Se resume la doctrina sobre el valor probatorio de las declaraciones inculpativas del coimputado con especial consideración de lo que ha de entenderse por hechos o datos corroboratorios, de imprescindible concurrencia, y cuya ausencia en el caso de autos determina la absolución del condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provo-

car el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, puede sintetizarse actualmente en los siguientes enunciados:

a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido. Deben ser autónomos e independientes de lo declarado por el coimputado.

e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.

f) La declaración de un coimputado no se corrobora con la de otro coimputado. No hay recíproca corroboración.

SSTC 233/2002 de 9 de diciembre, 182/2001, 70/2002, 25/2003, de 28 de abril de 2003 o las más recientes 34/2006 de 13 de febrero, 160/2006 de 22 de mayo y 102/2008.

El *leit motiv* de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia externa que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroinculpativa. No obstante la desconfianza no debe ser magnificada porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza

que se pueda suscitar, en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado como ocurre con los arts. 376 y 579 —las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo—, es decir en relación a las más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada.

En definitiva, la singularidad del testimonio del coimputado —cuando es única prueba— es que es insuficiente para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba distinta de la facilitada por el propio imputado. Es en este punto donde la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando con diversos elementos qué se deba entender por corroboración y cual debe ser su contenido, y en tal sentido se pueden citar las siguientes aportaciones:

a) STC 72/2001: la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.

b) STC 181/2002: los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional —y por tanto también eventualmente por esta Sala de Casación— son los que exclusivamente aparezcan expresados en la resolución impugnada como determinantes de la condena.

c) STC 207/2002: los datos externos que corroboren la versión del coimputado se deben producir, precisamente en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el Tribunal estima probados.

d) STC 233/2002: los elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como puede ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento de la versión facilitada, o su coherencia, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, tales datos solo podrán entrar en consideración después de que la declaración del coimputado, integrada con las corroboraciones sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional.

e) SSTC 17/2004 y 30/2005: la existencia de la corroboración ha de ser especialmente intensa en los supuestos en que concurren excepciones o circunstancias en relación a la re-

gularidad constitucional en la práctica del coimputado, es decir, cuando, por ejemplo, las declaraciones incriminatorias del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías.

f) SSTC 55/2005 y 165/2005: no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta «... los delicados problemas —del testimonio del coimputado— ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales...». Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba —párrafos 156 a 159 de la STEDH, *Labita vs. Italia*, 6 de abril de 2000—.

Antes hay que recordar con la STS 944/2003 que corroborar es dar fuerza a una imputación con informaciones probatorias de fuente distinta de las que prestaron inicial soporte a las mismas.

Pasamos al estudio de las corroboraciones así estimadas en la sentencia de instancia.

De entrada hay que convenir que la declaración en el Plenario del capitán del [...] es clara y rotunda en la implicación del recurrente en la operación. Recordemos que se recoge en la sentencia que Edmundo le consideró como un organizador de la operación. En los hechos probados se nos dice, al respecto:

«... En la organización de la operación de tráfico también participó Gumersindo, quien a instancias de Carlos Jesús (estimado como el jefe de todo el operativo) dio instrucciones al capitán Edmundo referentes a la operación...».

Pues bien, el examen de todas las corroboraciones estimadas en la sentencia de instancia, no aparecen en opinión de esta Sala como tales. Se trata de datos que no arriban por sí solos a

reforzar la idea de que el recurrente fue uno de los organizadores de la operación descubierta.

En efecto, las corroboraciones (...).

(...).

Las corroboraciones estimadas como tales por la sentencia de instancia no inciden directamente ni sitúan al recurrente en la organización de este operativo, ya que se refieren a una causa pendiente por drogas en Marruecos, a que conoce al capitán del [...] y a su compañera, así como a Carlos Jesús (Virutas) considerado como el jefe máximo de toda la operación por tener los contactos con los suministradores venezolanos y colombianos de la droga, a que aprovisionó de combustible al [...] y que era la persona que podía facilitar los fondos para la asistencia jurídica de los detenidos del [...]. Se trata de datos neutros y a lo más periféricos y compatibles con otras hipótesis igualmente posibles, situadas extramuros de toda responsabilidad penal, y por tanto carecían de la fuerza imprescindible como corroboración de lo alegado por Edmundo capitán del [...]. En efecto, de los datos referidos los más próximos a la operación del transporte de las drogas intervenidas respecto de lo que la sentencia y la declaración del coimputado le considera uno de los organizadores estarían constituidos porque el recurrente conocía al capitán del [...], que aprovisionó de combustible dicho buque —no se sabe fecha— y que conoce a Carlos Jesús (Virutas) así como que pudiera ser una persona que podría facilitar fondos para la defensa de los detenidos del [...]. Ninguno de los tres datos ni separadamente ni en una valoración conjunta sirven para situar al recurrente en la organización del envío de droga y en esta situación la única decisión es la de estimar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y absolverle, máxime si se tiene en cuenta que el propio Carlos Jesús (Virutas) se benefició de una importantísima rebaja de la pena efectuada por el Ministerio Fiscal (de los dieciséis años de prisión, se rebajó a dos años y seis meses que son los que se le impusieron en la sentencia) y que fue esta persona quien declaró en el Plenario que Gumersindo no tuvo participación en el asunto (p. 27 de la sentencia). Hay que recordar que el citado Carlos Jesús (Virutas) aparece en

el *factum* como el coordinador principal de toda la operación.

Una vez más hay que recordar que el razonamiento a partir de las pruebas incriminatorias que arriba a la condena es consustancial a todo enjuiciamiento, de suerte que la intuición del Tribunal, ayuna de la imprescindible prueba

capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia es solo la manifestación de la voluntad del juzgador y no satisface las exigencias de un proceso penal propio de una sociedad democrática.

Procede la estimación del motivo con la consiguiente absolución del recurrente.

Sentencia 1423/2011, Sala Segunda del TS, de 29 de diciembre

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Condena en apelación. Administración fraudulenta y apropiación indebida**

Recurso de Casación: **n.º 781/2011**

Artículos: **24 CE, 253 y 295 Código Penal**

Condena en apelación: Con cita de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional acogida por la Sala sobre las restricciones que existen para la condena de quien resultó previamente absuelto en la instancia, se confirma la absolución por los delitos de administración fraudulenta y apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Este segundo motivo se centra, pues, según se desprende de su propia exposición, más que en un error sobre la declaración de hechos probados, en la omisión de datos probatorios que la parte considera relevantes para calificar como punible el comportamiento de los acusados. No se trata, por tanto, de que la sentencia exponga sobre la constitución de la nueva sociedad datos erróneos, sino que se le atribuye al Tribunal de instancia no haber plasmado en el apartado fáctico datos referentes al trasvase de elementos integrantes de las antiguas sociedades a la nueva, travase que acreditaría, según la recurrente, la conducta defraudatoria de los dos acusados.

Así las cosas, la primera conclusión a destacar es que la vía procesal idónea para impugnar el déficit fáctico que se le atribuye a la premisa de la sentencia recurrida sería la prevista en el art. 851.1.º de la LECr., por no expresarse de forma clara y terminante qué hechos de los imputados se han probado y cuáles no.

De otra parte, los datos cuya omisión se denuncia están orientados, según expresa la propia parte, a constatar que la conducta de ambos acusados tenía como objetivo vaciar ambas sociedades y crear una tercera en perjuicio de la querellante. Se pretende así acreditar el dolo defraudatorio propio del delito societario que la acusación particular atribuye a ambos imputados.

Sin embargo, ello no resulta factible procesalmente en casación a tenor de la última jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según se expone a continuación reiterando doctrina reciente de esta Sala al tratar de la posible modificación en esta instancia de las sentencias absolutorias que son objeto de recurso.

3. En efecto, este Tribunal de Casación ha puesto de relieve recientemente los graves obstáculos establecidos por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos para poder examinar a través del recurso de casación la impugnación de las sentencias absolutorias de instancia. Las dificultades atañen a aquellos casos, mayoritarios por

lo demás, en los que ha tenido no poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales.

Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que operen los recursos de apelación y casación para revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

Así lo entendimos en las sentencias dictadas recientemente 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/201, de 18 de noviembre, cuyo texto seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, y 46/2011, entre otras muchas).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fun-

damental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*.

La primera es la sentencia 184/2009, de 7 de octubre, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído.

La segunda sentencia relevante para el caso es más reciente: la n.º 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en

apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró «estrictamente documental». Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica «en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados». Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en esta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones

dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; y 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

En la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias Bazo González contra España, de 16 de diciembre de 2008; caso Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barros contra España, de 21 de septiembre de 2010; y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que era necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de

apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo caso Almenara Álvarez contra España, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta para formar su convicción. Y enfatiza en el parágrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una voluntad fraudulenta por su parte, cuestión que considera de naturaleza sustancialmente factual.

Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2011 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (CEDH), precepto que se consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Así pues, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un elemento subjetivo del

injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

Recientemente, en la STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, se contempla el supuesto de un notario que es condenado en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria de casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de noviembre.

El supuesto que analiza esa sentencia del TEDH tiene una especial relevancia, desde dos perspectivas. En primer lugar, porque en la resolución de la causa intervinieron dos tribunales ordinarios españoles —Audiencia Nacional y Tribunal Supremo— y también el Tribunal Constitucional, debiendo subrayarse que no se está ante el caso habitual de la doble instancia mediante un recurso de apelación, sino ante un caso en el que la segunda instancia se instrumenta a través de un recurso «extraordinario» de casación. Y en segundo lugar, también resulta relevante que el núcleo de la cuestión jurídica se ubicara en determinar si el notario imputado intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta de obligaciones hipotecarias al portador con conocimiento de que se trataba de ventas fraudulentas por no estar constituidas las correspondientes hipotecas y ni siquiera hallarse inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes sobre los que recaía el gravamen hipotecario. Y es que el hecho de que el centro del debate recayera sobre la verificación probatoria del elemento subjetivo del tipo penal imputado (estafa) presenta unas connotaciones especiales en casación por las cuestiones que suscita la doctrina jurisprudencial de los «juicios de valor».

Según el Tribunal de instancia (la Audiencia Nacional), el notario imputado no podía ser declarado partícipe en el delito de estafa cometido

por los administradores de la sociedad que emitió las obligaciones, al no haberse probado que, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de los administradores encausados. Por el contrario, esta Sala del Tribunal Supremo consideró que, al no acreditarse ante el notario la inscripción registral de las fincas sobre las que se otorgaba escritura de hipoteca como garantía de la emisión de las obligaciones, tuvo que representarse el acusado la contribución con su intervención a un engaño generalizado, del que se deduce el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, conclusión que resultó reforzada por los datos relativos a las infracciones de la normativa notarial y por la sobrevaloración en las escrituras de las fincas hipotecadas. Se entendió, además, que se estaba ante un «juicio de valor» revisable por la vía del art. 849.1.º de la LECr. y subsumible en la fundamentación jurídica de la sentencia y no en la premisa fáctica.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 348/2006, avaló el criterio de esta Sala argumentando que la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que «se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente —el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas—, que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Se trata, afirmó, de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de casación y que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la intermediación.

El TEDH discrepó, en cambio, de los criterios probatorios seguidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional y estimó la demanda de la parte recurrente. Argumentó al respecto que «el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo even-

tual) en relación con las personas afectadas». Ahora bien, sigue diciendo, «el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos».

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2011 que «el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado». Y matiza a continuación que «cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan».

Y aunque reseña que «el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)», objeta que «para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta».

A continuación hace el TEDH una consideración muy relevante: «las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos (ver Botten c. Noruega, 19 de febrero de 1996, § 52, Repertorio 1996.I; Ekbatani c. Suecia precitada y los asuntos españoles arriba mencionados en el § 36)». Y se estima relevante porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. Con lo cual, deja entrever que no solo se trata de una manifestación del acusado a efecto de alegaciones defensivas, sino de auténticas pruebas

en las que introduce también la manifestación de los testigos.

Por último, acaba estimando la demanda porque, en definitiva, «el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad».

Entre los puntos a destacar de esta resolución del TEDH, que han de tener su influencia en la decisión de los hechos que ahora se juzgan, sobresalen el que el Tribunal considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es un tema de naturaleza sustancialmente factual, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis que eran sostenidas por la sentencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al art. 6 del CEDH.

Y como segundo extremo destacable hemos de referirnos al ya advertido de la necesaria audiencia del acusado y también a la posible práctica de prueba testifical en la vista oral de la segunda instancia, exigencia que se contradice con la esencia y la naturaleza impugnativa del recurso de casación, que, tal como recuerda el propio TEDH en su sentencia, carece de un trámite para tales fines en nuestro ordenamiento jurídico.

A tal afirmación debe hacerse una apostilla. Y es la de que no solo no existe ese trámite en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LE-Crim. (no modificada con motivo de la reforma de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de

apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

Esta Sala ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), ajustándose así a lo preceptuado en la LECr. (art. 795.3 antiguo y 790.3.º actual).

Además, de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos «de facto» el modelo de apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas. Mucho más razonable resulta, por tanto, mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los relevantes y significativos datos que proporcionan las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación, tal como autoriza la última reforma del art. 791.2 de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Posibilidades que, por cierto, han sido minusvaloradas por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 120/2009, 184/2009, 142/2011, 153/2011 y 154/2011).

El TEDH ha dictado una última sentencia en la misma línea que las dos que se acaban de citar y desarrollar de los casos Almenara Álvarez y Lacadena Calero contra España. Se trata de la sentencia de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España, en la que se enjuició un supuesto de dos delitos contra la Hacienda Pública, resultando absuelto el acusado por el Juzgado de lo Penal, por no haberse constatado su voluntad defraudatoria, convicción probatoria que fue revocada des-

pués por la Audiencia Provincial, que sí estimó probada mediante fundamentalmente prueba documental y pericial el dolo defraudatorio del acusado.

En este caso el TEDH estima también la demanda al estimar vulnerado el art. 6.1 del CEDH y vuelve a insistir en su tesis de que la verificación de la existencia de una voluntad defraudatoria es una cuestión esencialmente de hecho. Y recoge como argumento capital que la modificación de los hechos por la Sala de apelación, al estimar que sí concurre la voluntad defraudatoria, se produjo teniendo únicamente como base las pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral, en el curso de la cual «las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas».

4. La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de 15 de noviembre, y 1223/2011, de 18 de noviembre, en las que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

5. Al descender al caso concreto que se enjuicia, se observa que en él se dan unas circunstancias específicas que impiden modificar el resultado probatorio obtenido en la sentencia absolutoria que ahora se cuestiona.

En efecto, los hechos en que se centra la imputación en este segundo motivo del recurso contra los dos acusados consistieron en la constitución en enero de 2004 de una nueva socie-

dad denominada «Electrificaciones, bobinados y estudios J. M. Corral, S.L.», de la que eran socios ambos acusados, sociedad que adquirió por subrogación hipotecaria las naves industriales antes mencionadas. La parte recurrente tilda esta conducta de defraudatoria ya que con ella se pretendía trasvasar a la nueva sociedad los bienes pertenecientes a las dos entidades de la querellante, intención que la parte colige de los instrumentos personales y materiales con que operó la nueva sociedad.

La Audiencia estimó, en contra de lo argumentado por la acusación particular, que no concurría una conducta defraudatoria, a tenor de las relaciones precedentes entre la querellante y su exesposo y de la aportación y del uso del patrimonio que ambos hicieron en el curso de los años anteriores a la separación matrimonial, que se formalizó en el 2004.

Pues bien, la Sala de instancia obtuvo su convicción no sólo de la prueba documental sino también de las manifestaciones prestadas en el curso del proceso por la querellante y su exmarido, por la pericia realizada sobre la firma de aquella y por la prueba testifical practicada en el plenario, especialmente de algún testigo que intervino como empleado de banco en alguna de las operaciones realizadas por los excónyuges.

Por lo tanto, si una parte importante de las pruebas practicadas eran personales y se utilizaron para fundamentar la convicción del Tribunal para dictar un fallo absolutorio, y si además los acusados tampoco han sido oídos en esta segunda instancia por no contar el recurso de casación dentro de su marco legal con un trámite específico que habilite la práctica de prueba, es claro que, a tenor de la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional, no resulta viable modificar el relato fáctico de la sentencia recurrida ni la convicción absolutoria de la Audiencia Provincial.

A este respecto, ha de tenerse en consideración que en la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2011, de 26 de septiembre, cuyo contenido sustancial se ha reseñado en el fundamento anterior, la cuestión nuclear que se dilucidaba para establecer la responsabilidad penal de los acusados era si concurría o no en su conducta

el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados. Y según afirmó el Tribunal Constitucional, era imprescindible para poder resolver ese interrogante fáctico-jurídico que fueran oídos los acusados en la segunda instancia para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

Y otro tanto ha de decirse con respecto a las sentencias del TEDH de 25 de octubre de 2011 (caso Almenara Alvarez contra España), de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España) y de 13 de diciembre de 2011 (caso Valbuena Redondo contra España), dado que en ellas se suscitaba como cuestión principal, tal como se expuso en su momento, si concurría en la conducta de los distintos acusados el elemento subjetivo del dolo defraudatorio propio de los delitos de alzamiento de bienes, estafa y contra la Hacienda Pública.

En el caso que ahora enjuiciamos también se halla en cuestión si el acusado actuó con dolo defraudatorio en perjuicio de la querellante, es decir, si concurrió el elemento subjetivo propio del delito societario del art. 295 que se les atribuye a los dos acusados. Por lo tanto, además del escollo que supone no haber percibido directamente las pruebas personales que determinaron la absolución por la Audiencia, tampoco está previsto que en el recurso de casación sean escuchados los acusados ni que se practiquen otras pruebas, impedimentos que obstaculizan

la tutela del derecho de defensa en los términos que exigen el TEDH y el Tribunal Constitucional para dictar una condena en vía de casación.

Por consiguiente, además de no constar en el último párrafo de la resultancia fáctica de la sentencia datos objetivos idóneos para fundamentar la inferencia del ánimo defraudatorio que postula la parte recurrente, tales datos, tal como ya se anticipó, no cabe introducirlos por la vía del art. 849.2.º de la LECr. Y tampoco es factible acudir para su constatación al cauce del art. 849.1.º mediante los denominados «juicios de valor», habida cuenta que esta concepción jurisprudencial ha quedado sustancialmente cercenada como medio idóneo para verificar *ex novo* en casación los elementos subjetivos de los tipos penales, debido a la jurisprudencia ya citada del TEDH en la que se expone de forma reiterada que la verificación de los elementos subjetivos de los tipos penales tiene un importante componente factual. Especialmente a tenor de lo argumentado en la sentencia de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España) por referirse de forma específica a un supuesto examinado y decidido por esta Sala en el que se condenó *ex novo* al acusado acudiendo a la doctrina de los «juicios de valor» sin que se hubiera practicado prueba alguna en esta instancia y sin que hubiera sido oído tampoco al acusado, omisiones que, según se ha explicado, concurren también en el presente caso.

Así las cosas, no puede acogerse el motivo segundo del recurso.

Sentencia 20/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de enero

Ponente: **Don Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Homicidio**

Procedimiento Abreviado: **n.º 10761/2011**

Artículos: **22, 138 y 139 Código Penal**

Homicidio. Frente a la calificación de asesinato, por concurrencia de «alevosía sorpresiva», la Sala entiende que existe sólo delito de homicidio con la circunstancia agravante de abuso de superioridad. Un voto particular discrepante entiende que debió mantenerse la calificación de asesinato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Alega la parte recurrente que, contra lo que sostiene la sentencia, no estamos ante una agresión ejecutada con alevosía sorpresiva, estando la ofendida completamente desprevenida ante el ataque del sujeto activo y que, por consiguiente, no puede calificarse el hecho como asesinato intentado, sino como intento de homicidio.

En cualquiera de las modalidades en que se presente, proditoria, sorpresiva o por desvalimiento de la víctima, el núcleo esencial de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de las posibilidades de defensa de la víctima o de cuya situación de indefensión se aprovecha conscientemente el autor para asegurar la acción y sin riesgos para su persona.

Cuando se trata de la llamada alevosía sorpresiva, el elemento básico que la configura es el ataque repentino, fulgurante, súbito e imprevisto por la víctima que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera ni sospecha un ataque, difícilmente puede prepararse contra el mismo en la medida de lo posible. De manera que «no cabe apreciar la alevosía cuando la víctima no esté totalmente desprevenida» (STS de 1 de febrero de 1995 y las que en ella se citan).

Esta absoluta desprevisión de la víctima puede ser efecto de una situación o estado anímico de confianza en el sujeto activo, del que en ningún caso se espera la agresión. Así lo consideró, entre otras, la STS de 9 de julio de 1999, «... en cuanto el acusado recurrente ejecutó la agresión de modo súbito e inesperado, lo que supone aprovecharse de que su víctima se prestó confiada a los juegos a los que le venía sometiendo el acusado, situación que impedía todo tipo de reacción o defensa...».

También puede provenir esa situación de indefensión cuando por cualesquiera otras circunstancias, el sujeto pasivo no alberga sospecha alguna de la agresión de que puede ser víctima, por lo que, por ello, el ataque contra su persona deviene completamente imprevisible y sin posibilidad de defenderse o eludirlo de algún modo.

En el caso presente, el relato histórico de la sentencia constata una fuerte discusión entre acusado y víctima en el domicilio familiar; que la víctima, «alarmada por el cariz que había tomado la discusión y con la intención a que la ayudara a salir de la casa...» telefoneó a la sobrina del procesado pidiéndole esta ayuda.

Es más, es la propia sentencia la que afirma que «denota una agresividad del procesado que no era la habitual, [y que] la víctima se asusta mucho ante la actitud que muestra Bernabé cuando discuten, hasta el punto que llama a una hermana del procesado para que la vaya a buscar, si bien con quien contacta es con la sobrina...» que acudió de inmediato, y apenas llegó, el acusado disparó sobre la mujer.

Esa discusión previa —sin duda grave por los efectos que causó en la víctima, que se encontró muy asustada ante el cariz que tomaba la disputa—, ha sido también objeto de análisis por la jurisprudencia de esta Sala, *ad exemplum* en la STS de 8 de marzo de 1997, en la que se exponía un caso de acuchillamiento a la esposa del acusado, partiendo de una discusión entre ambos que fue haciéndose más violenta conforme avanzaban y, en un momento dado, el acusado extrajo un cuchillo que portaba y asestó cuatro puñaladas a su mujer. La sentencia mencionada establece que «No podemos olvidar que, con anterioridad al ataque, existió una situación de riña que tuvo un carácter permanente y progresivo, según avanzaban en su camino. Esta referencia a la preexistencia de una situación de riña, elimina, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala, el factor sorpresa ya que la víctima se pudo alertar de la inminencia de un ataque a su integridad corporal, que de alguna manera, anunciaba o hacía temer la violenta discusión que habían entablado».

Como reitera la STS de 12 de mayo de 2008 en esa modalidad de alevosía la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino, la que se produce por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento del agresor y en estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que elimina la posibilidad de defensa. Tratándose de la alevosía

sía sorpresiva —que es la que postula el recurso— es precisamente la sorpresa la que constituye el elemento clave, de suerte que la agresión tiene lugar cuando la víctima está plenamente confiada porque no existe motivo ni razón para que pudiera pensar en ser objeto del acometimiento.

En el supuesto de hecho actual, resulta palmario que la víctima no se encontraba completa y absolutamente desprevenida ante la ulterior agresión de que fue objeto; ni tampoco cabe sostener que la reacción del acusado fuera totalmente insospechada e imprevisible, por lo que la víctima pudo tener la oportunidad de eludir el violento desenlace ausentándose de la vivienda y refugiarse en casa de los vecinos, como hizo la sobrina al presenciar cómo el acusado disparaba sobre su compañera. No es desdeñable señalar que según la declaración de la propia víctima, ésta abandonó la habitación donde se desarrollaba la discusión y desde el despacho, realizó la llamada telefónica, a solas, por lo que no puede descartarse que hubiera podido salir de la vivienda.

En este punto, es importante subrayar que siendo la alevosía una circunstancia cualificativa del asesinato, la extraordinaria exacerbación penológica que ello supone (el homicidio se sanciona con prisión de diez a quince años y el asesinato con prisión de quince a veinte años) impone un criterio sumamente riguroso y restrictivo a la hora de admitir la concurrencia de la citada agravante cualificativa.

Así las cosas, debemos declarar que no concurre en el supuesto enjuiciado la alevosía apreciada por el Tribunal a quo. No obstante lo cual, es incuestionable que la acción ejecutada por el acusado al disparar sobre su mujer, cumple todas las exigencias de la llamada «alevosía menor» que integra la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2.º CP considerada doctrinal y jurisprudencialmente como una alevosía de menor grado, caracterizada por un debilitamiento de la defensa de la víctima, como consecuencia de la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, buscada o simplemente aprovechada por el agresor, que en el caso presente resulta indubitada del propio juicio histórico de la sentencia.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO DE ESTA SALA EXCMO. SR. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR A LA SENTENCIA N.º 20/2012

Con el máximo respeto para la decisión de la mayoría, discrepo de la estimación del recurso en lo tocante exclusivamente con la revocación de la existencia y concurrencia de la agravante de alevosía, que es sustituida en sede casacional por el simple abuso de superioridad, caracterizado por un debilitamiento de la defensa de la víctima, como consecuencia de la superioridad personal, instrumental o medial del agresor.

Y para ello, debemos partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, los cuales no se modifican en esta instancia casacional, que narran un trágico suceso de violencia de género, en donde el acusado, tras mantener una discusión en el domicilio familiar, que compartía con su compañera sentimental, cogió una escopeta que guardaba en su dormitorio, y tras cargarla con varios cartuchos, se dirigió «hacia el salón donde había quedado Hortensia [que en ese momento se encontraba con una sobrina del procesado que acababa de llegar] y tras decirles que de allí no salía nadie, sacó la escopeta que tenía oculta tras un mueble y sin previo aviso, realizó un disparo contra el vientre de Hortensia, a consecuencia del cual...».

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus ope-*

randi, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

En el caso enjuiciado, nos parece que la solución ofrecida por la Sala sentenciadora de instancia considerando tal actuar como alevoso, lo que hace desde el plano de la sorpresa del ataque, es inobjetable, y debió ser mantenida. En tal relato de hechos, se describe, que con un arma de fuego —que se ha escondido previamente detrás de un mueble—, y sin previo aviso, es decir, repentina y súbitamente, el procesado disparó al vientre de su compañera sentimental, la cual, como es lógico, no podía esperar tal proceder y ataque. Por si fuera poco, la agresión se realiza no con cualquier instrumento a su mano, sino con un arma de fuego, de una enorme potencialidad letal, de la que no sabemos qué defensa puede concedérsele a la víctima (que está iner-

me), salvo el salir huyendo, como así se apunta en la resolución judicial de la mayoría, y que no creemos pueda neutralizar el comportamiento alevoso del agresor, el cual, por cierto: «dejó tirada en el suelo a Hortensia desangrándose y la volvió a apuntar con la escopeta».

De tal manera que ante la actuación del agresor que esconde el arma tras un mueble, avisa a los presentes a continuación que «de allí no salía nadie», y saca «la escopeta que tenía oculta... y sin previo aviso», realiza un disparo contra el vientre de Hortensia, entendemos —sin mayores argumentaciones— que concurrir una alevosía sorpresiva, y que por tanto, la sentencia recurrida no debió modificarse en este extremo.

En el caso enjuiciado, como ya dijo la STS 558/2010, de 2 de junio, «es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente ejecutó la agresión de modo súbito e inesperado, lo que eliminaba todo riesgo que pudiera proceder de una posible reacción defensiva que pudiera hacer el ofendido, como razonadamente se explica por el Tribunal de instancia». O bien en palabras de la STS 1383/2009, de 23 de diciembre, que «la lógica conclusión del ataque sorpresivo, teniendo además en cuenta las circunstancias que rodean el encuentro entre víctima y agresor en el domicilio de éste, y es precisamente la confianza del primero lo que entraña en este caso el núcleo del ataque alevoso del segundo».

Sentencia 64/2012, Sala Segunda del TS, de 27 de enero

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Homicidio. Comisión por omisión**

Recurso de Casación: **n.º 598/2011**

Artículos: **12, 23, 138 y 142 Código Penal**

Homicidio en comisión por omisión. Se recuerda la doctrina jurisprudencial relativa a la imputación en comisión por omisión al cónyuge o conviviente de las lesiones o muerte producidas por la acción de su pareja. No cabe, sin embargo, en tal caso, apreciar la circunstancia agravante de parentesco.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Respecto a la comisión por omisión tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 28 de enero de 1994, que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida.

En la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes:

a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.

b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.

c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.

d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.

e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Y en un supuesto parecido al que examinamos en el presente recurso, la Sentencia 358/2010, de 4 de marzo, expresa que la posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionalidad de la relación y del art. 154 del Código civil. En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores...

En el segundo motivo del recurso, se invoca infracción por aplicación de la agravante de parentesco. Se expresa la disconformidad con la agravante de parentesco alegándose que no era padre de la niña fallecida.

La posición de garante, como se ha dejado mencionado al examinar el anterior motivo, surge de la relación sentimental que mantenía con la madre y del cuidado diario de la menor que había asumido junto a su pareja sentimental.

Tiene declarado esta Sala, como es expone la Sentencia 20/2001, de 22 de enero, que se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la «posición de garante» respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal, lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una

circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio *non bis in idem*.

En el presente caso, la agravante de parentesco se ha apreciado para este acusado por ser conviviente de la madre de la menor, y en ello y en los deberes que asumió, por esa relación afectiva, se ha sustentado, asimismo, su posición de garante, por lo que acorde con la jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado mencionada, esa doble valoración de una misma situación no puede ser admitida, por lo que procede absorber la agravante de parentesco ya que la condena por el delito de homicidio ya integra el presupuesto de la agravación.

Ello puede igualmente afirmarse en relación a la madre de la menor, lo que determina que proceda dejar sin efecto la agravante de parentesco en relación a ambos acusados. El motivo debe ser estimado.

Sentencia 72/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de febrero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Objeto del veredicto e instrucciones a los Jurados**

Recurso de Casación: **n.º 1021/2011**

Artículos: **24 CE, 52 y 54 LOTJ**

Tribunal por jurado. Se analiza el sentido y los límites de las instrucciones del Magistrado-Presidente al Jurado así como la posibilidad de incorporar en el objeto del veredicto calificaciones alternativas, concluyendo en ambos casos que no implicaron en modo alguno pérdida de imparcialidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

b) Bajo el mismo epígrafe que rotula el motivo, el recurrente se ocupa de la supuesta parcialidad de la Magistrada-Presidenta a la hora de instruir a los miembros del jurado sobre el alcance de una de las proposiciones incluidas en el objeto del veredicto. Esta alegación, en la medida en que es objeto de desarrollo en

el cuarto de los motivos formalizados, va a ser objeto de análisis a continuación, anticipando desde ahora que procede su desestimación.

5. Como ya se ha indicado, el submotivo hecho valer en el epígrafe anterior es objeto de argumentación detenida en el cuarto de los motivos. En ambos casos se aduce por la defensa la pérdida de la imparcialidad de la Magistrada-Presidenta, en la medida en que introdujo una proposición en el objeto del veredicto llamada a

servir de vía intermedia frente a lo alegado por el Fiscal y las partes. Así, mientras que la acusación pública ofrecía a los miembros del Jurado la posibilidad de una atenuante relacionada con la toxicomanía y la alteración psicológica del imputado, la defensa postulaba la completa exención, siendo la Magistrada-Presidenta la que, por propia iniciativa, incorporó la exención incompleta, explicando a los jurados que había sido ella la que suscribía esa alternativa. Esta afirmación —razona el recurrente— habría predisposto al colegio decisorio a acoger la tesis de la Magistrada, que nunca debió explicar que era ella la que se identificaba con esa posibilidad.

El motivo no puede prosperar.

El art. 52.1.g) de la LOTJ autoriza al Magistrado-Presidente a «... añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión». El carácter favorable de la proposición —que frente a la atenuante esgrimida por el Fiscal sugería la apreciación de una eximente incompleta—, la no alteración del hecho justiciable y, por tanto, la ausencia de indefensión, son notas perfectamente predicables de la proposición quinta introducida por la Magistrada-Presidenta.

No existe un deber legal de secreto o reserva —como parece insinuar la defensa— impuesto al Magistrado-Presidente a la hora de explicar, las claves de la reordenación del objeto del veredicto.

El contenido de esas instrucciones no se concibe en el art. 54 de la LOTJ como un catálogo cerrado y excluyente de otras sugerencias que el desarrollo del proceso pueda llegar a aconsejar. Las advertencias que el Magistrado-Presidente ha de hacer llegar a los jurados tienen distinto significado. Algunas de ellas no son sino recomendaciones funcionales («... contenido de la función que tienen conferida, reglas que rigen su deliberación y votación»); otras son de naturaleza formal («... forma en que deben reflejar su veredicto») o presentan un marcado carácter didáctico («... les expondrá, en forma que pueden entender, la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado a los acusados y las que se

refieran a supuestos de exención o modificación de la responsabilidad»); no faltan las instrucciones llamadas a sanear el esfuerzo valorativo a realizar por el Jurado («... sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él») o a recordar la irrenunciable presencia en la jurisdicción penal del *in dubio pro reo* («... asimismo informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado»).

No es, desde luego, tarea fácil la elaboración de unas instrucciones que cumplan la finalidad que el legislador ha querido asociar a ese acto procesal. Su existencia misma no es ajena a cierta controversia histórica, derivada fundamentalmente del mal uso que del viejo resumen presidencial venían haciendo los Presidentes de la Sección de Derecho bajo la vigencia del art. 66 de la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888. De hecho, la reforma operada en la institución en el año 1931 suprimió su existencia. El vigente art. 54 pretende ser una fórmula jurídica superadora de los inconvenientes históricos, ampliamente analizados por la doctrina más tradicional. De su recto entendimiento por el Magistrado-Presidente depende que esas instrucciones no pierdan la funcionalidad que les es propia. Se trata de introducir un epílogo conclusivo que sólo busca sistematizar, ordenar, eslabonar la toma de contacto del Jurado con lo que constituye el hecho justiciable. Para la historia han de quedar rancias concepciones que vieron en el resumen presidencial un arma puesta al servicio de la verdad, de la verdad, claro es, abrazada unilateralmente por el Magistrado-Presidente y que, desde su infabilidad, habría de indicar a los Jueces legos de dónde procedía el resplandor de la certeza (cfr. STS 615/2010, 17 de junio).

Y no cabe duda de que la explicación de las tres alternativas ofrecidas a los miembros del Jurado acerca de la alteración de la imputabilidad que padecía Nicolás, seguida de la indicación del origen de cada una de ellas no desborda, en modo alguno, los límites de la imparcialidad exigida por el art. 54 de la LOTJ al Magistrado-Presidente.

Sentencia 80/2012, Sala Segunda del TS, de 10 de febrero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Testimonio de menor en fase sumarial**

Procedimiento Abreviado: **n.º 11504/2011**

Artículos: **24 CE, 448, 707 y 731 LECrim.**

Presunción de inocencia: Suficiencia del testimonio de menor de edad víctima de abusos sexuales prestado en fase sumarial con intervención de las partes, corroborada además por otros medios de prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Sólo un entendimiento preciso del concepto y de la significación funcional del recurso de casación, puede explicar las limitaciones de esta Sala a la hora de valorar una impugnación basada en el quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Estas limitaciones se hacen mucho más visibles en supuestos como el sometido a nuestra consideración. Se trata de una agresión sexual en la que agresor y víctima discrepan abiertamente sobre lo que realmente aconteció y en la que ambas partes ofrecen a la Sala elementos de prueba abiertamente contradictorios. Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, en fin, a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los

argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre). Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa. Y éste no es otro que el definido por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala en numerosos pronunciamientos. Sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia —recuerda la STC 9//2011, 28 de febrero— cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

La defensa de Fernando ofrece una valoración alternativa a los medios de prueba ponderados por la Audiencia Provincial. Considera que el testimonio de la menor fue insuficiente, al no haber sido contrastado con declaraciones precedentes en la fase de instrucción. Sin embargo, Frida declaró en la fase sumarial, conforme refleja el folio 109 de la causa. Esa exploración —que fue objeto de grabación— se realizó en

presencia del Ministerio Fiscal, del Letrado del imputado y de los dos psicólogos integrantes del equipo psicosocial adscrito al Juzgado. En el acto del juicio oral —según refleja el acta al que la Sala ha accedido en aplicación del art. 899 de la LECrim— se observa la práctica de un amplio y exhaustivo interrogatorio, filtrado por los principios de inmediación, contradicción, igualdad y defensa, que ofreció a quien hoy cuestiona la suficiencia de la prueba la posibilidad de extender el examen de la menor a todos los puntos que eran de interés para el esclarecimiento del hecho.

El ejercicio del principio de contradicción se ajustó de forma escrupulosa a las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional, de esta Sala y del TEDH en los casos de menores de edad que han sido objeto de ataque sexual. En efecto, la reciente STC 174/2011, 7 de noviembre, precisa que atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTE-

DH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, en la que señala «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

Conviene también traer a colación la reciente STC 9/2011, 28 de febrero, en la que se recuerda que el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5)» (STC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 4).

La Audiencia Provincial, en el ejercicio de la valoración probatoria que le incumbe, con arreglo a un modelo racional de apreciación, expresa en el FJ 1.º que «... el relato vertido por Frida ante el Tribunal, a juicio de éste, es un relato sólido y veraz, expresado de una forma parca pero esencial en lo nuclear, con el lenguaje propio de una menor de casi diez años».

(....)

También destacan los Jueces de instancia la existencia de elementos de corroboración, derivados del testimonio de la madre de la menor,

que fue la primera en percibir datos sospechosos que le llevaron a pedir explicaciones a su hija y que precipitaron la denuncia.

(...)

Del mismo modo, los peritos que informaron en el plenario —Octavio y José Daniel— fueron contundentes en sus explicaciones al Tribunal. Consideraron que la información ofrecida por Frida, pese a ser calificada como «pobre», fue siempre «coherente y sin contradicciones». Destacaron «... la carga emocional que presentaba la niña (...) compatible con la situación vivida, así

como los indicadores de ansiedad». Tampoco detectaron factores indicativos de que la niña pudiera estar siendo presionada para denunciar en falso o manipulación alguna que afectara a la veracidad del relato.

(...)

En palabras del Ministerio Fiscal, las objeciones del recurrente no pueden prosperar. La prueba fue consistente, se practicó con todas las garantías y fue sometida a la necesaria contradicción. De ahí que proceda la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Sentencia 91/2012, Sala Segunda del TS, de 13 de febrero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Conducción sin permiso**

Recurso de Revisión: **n.º 20768/2010**

Artículos: **384 Código Penal**

Conducción sin permiso. No concurre la conducta típica de conducir sin haber tenido nunca permiso, cuando se posee un permiso extranjero o el permiso ha caducado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

b) Aunque no se oculta que subsisten aisladas opiniones divergentes, es tesis ampliamente compartida y asumida por la Fiscalía Especial de seguridad vial que en el delito del último inciso del art. 384 (conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia), la expresión legal exige que pueda afirmarse con taxatividad que el autor jamás ha obtenido el permiso de conducir. Por eso ha de excluirse del radio de acción del nuevo tipo penal a quien posee permiso extranjero y también a aquellas personas cuyo permiso ha caducado. Tanto aquellos correspondientes a otros países de la UE pero que no alcanzan validez en España por falta de reconocimientos médicos o finalización del período de vigencia de conformidad con el art. 24 del Reglamento General de Conductores, como permisos de países no comunitarios del art. 30 del citado Reglamento. El fundamento

exegético para la exclusión es que el art. 384 del Código Penal habla de la obtención, no de la validez en nuestro derecho del permiso con el que se conduce. No se distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La taxativa expresión «nunca» y el examen de la tramitación parlamentaria refuerzan esta interpretación. La redacción final del nuevo tipo penal tiene su origen en la enmienda número 16 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) en la que expresamente se aludía a no «haber obtenido nunca un permiso o licencia de conducción, expedido por autoridad pública de cualquier país». Si bien en el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre la Proposición de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Seguridad Vial se contempló en la redacción del precepto el requisito de que el permiso o licencia fuera «vigente y válido para conducir en España», tal exigencia fue

rechazada, quedando finalmente redactado el nuevo artículo en los términos expuestos. En estos supuestos es precisa la constancia de la autenticidad y validez del permiso o licencia extranjeros conforme a la legislación del país emisor (art. 30.4 p 2 RGCo) que debe haberse cumplido rigurosamente. Nada invita a pensar que en caso ahora examinado puedan cuestionarse tales presupuestos. La ausencia de homologación supondría una infracción meramente administrativa y no el delito por el que fue condenado la ahora solicitante de revisión. Una interpretación teleológica abunda en esa exégesis. El nuevo tipo responde a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, de todos aquellos que se aventuran a conducir un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones para conducir, como

el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien pilota el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad. Que haya quedado habilitado en otro país cuando tal habilitación es susceptible de ser reconocida por el Estado Español excluye esa presunción legal de peligro.

c) En definitiva, pues, conducir un vehículo a motor con una licencia de conducción no homologada en España o caducada constituye una infracción administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del art. 384.2 del Código Penal. Por tanto la presentación de documentación que no se conoció en el juicio y que acredita la previa obtención de una licencia para conducir vehículos de motor en un país extranjero, supone la aportación de datos nuevos que podrían acreditar la inocencia de la solicitante y permiten abrir el cauce del art. 954.4 de la LECrim (vid. sentencias 977/2010, de 8 de noviembre o 982/2010, de 5 de noviembre).

Sentencia 127/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de marzo

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Asistencia letrada**

Recurso de Casación: **n.º 1334/2011**

Artículos: **24 CE, 11 LOPJ, 745 y 746 LECrim.**

Se declara la vulneración del derecho de defensa que determina la nulidad del juicio al no haberse acordado en el de instancia la suspensión del juicio oral ante la renuncia del letrado de la defensa para su consiguiente sustitución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. Los instrumentos internacionales suscritos por España obligan a garantizar el derecho de defensa de la persona sometida a juicio. Así lo recordaba ya nuestra Sentencia n.º 1840/2001 en la que decíamos que en el artículo 6.3.c) del Convenio de Roma, se establece que «todo acusado tiene como mínimo, derecho a defenderse por sí mismo, o solicitar la asisten-

cia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerarlo poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan».

Y por otro lado en el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 diciembre de 1966, se preceptúa que toda persona acusada de un delito tendrá derecho «a defenderse personalmente o ser asistido

por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo».

El expresado derecho ha sido calificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso «Artico», de 13 de febrero de 1980, como «derecho a la defensa adecuada» y consagra sin duda la preferencia de otorgar la defensa técnica al letrado de libre elección frente a la designación de oficio. Y en la misma sentencia se señala que el derecho se satisface, no con la mera designación, sino con la efectiva asistencia, pudiendo ser comprobada la ineficacia del Letrado por el Tribunal o denunciada por el acusado. Y en la sentencia del mismo Tribunal de 19 Dic. 1989, en el caso Kamasinski se establece que le incumbe al Tribunal, una vez descubra por sí o porque se lo pone de manifiesto el acusado, la ineffectividad de una defensa, o sustituir al Letrado omitente, o bien obligarle a cumplir su tarea.

2. Nuestro Tribunal Constitucional ha recogido esa doctrina, entre otras en la Sentencia Tribunal Constitucional n.º 162/1999 afirmando que del invocado derecho deriva la garantía de tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita, sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STC 37/1988, fundamento jurídico 6.º).

Ciertamente tal reconocimiento no está exento de la previsión de cautelas, como la de recordar que la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite a éste disponer a su antojo el desarrollo del proceso ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se retira o se mantiene la misma.

La razón de esa prevención deriva de la necesidad de un juicio de ponderación de intereses eventualmente en conflicto. Así el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en oca-

siones en tensión o conflicto con los intereses protegidos por el derecho fundamental que el artículo 24.2 C.E. reconoce en relación con el proceso sin dilaciones indebidas. De esta forma, es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho (SSTC 11/1981, 37/1987 y 196/1987).

3. Y, como no podía ser de otra forma, también este Tribunal Supremo ha perfilado las consecuencias que derivan de la recepción en nuestro sistema de esa garantía.

(...)

En la Sentencia TS n.º 1394/2009 de 25 enero, reiterando la doctrina de la STS 816/2008 de 2 de diciembre, recordábamos que el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo. Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995, entre otras).

Como consecuencia de la estimación de la pretensión de cambio de Letrado que defienda al acusado hemos establecido (STS 327/2005 de 14 de marzo, rec. 299/2004), atendiendo a lo dispuesto en los artículos 745 y 746 LECrim que constituye uno de los supuestos en que el Tribunal puede suspender el juicio oral, ya que, aunque entre aquellos no se incluya la solicitud de cambio de letrado, bien al comienzo o durante las sesiones del juicio oral, una interpretación de los referidos preceptos conforme a la Constitución permite acoger dicha causa de suspensión cuando el Tribunal aprecie que, de algún modo, la denegación de la suspensión para cambiar de letrado pudiera originar indefensión o

perjudicar materialmente el derecho de defensa del acusado.

Ahora bien, en algunas resoluciones hemos advertido de la necesidad de llevar a cabo el adecuado juicio de ponderación. Por eso dijimos en esa citada sentencia que para decidir tal suspensión el Tribunal debe contar, al menos, con una mínima base razonable que explique los motivos por los cuales el acusado ha demorado su decisión para cambiar de letrado hasta el mismo comienzo de las sesiones del juicio oral, pudiendo haberlo hecho con anterioridad (con cita de las SSTS de 23-12-96, 23-03, 10-11 y 01-12-00 y 05-02-02, entre otras).

Como criterios ponderativos y de prevención para detectar ese eventual fraude, se ha llegado a imponer la exigencia de que el acusado formule tempestivamente bien la renuncia al abogado designado de oficio, bien la queja por la indefensión material que le origina su actuación profesional (STS n.º 253/94 de 14-2). Así en algún caso, como en el de la Sentencia TS n.º 123/2006 de 9 de febrero, se convalida la decisión de la Sala de instancia que rechazó la pretensión suspensiva de la parte porque se solicitó antes de la vista oral y en el propio acto de la misma, siendo la pretensión de aplazamiento de la vista oral era inatendible dada la fecha de los hechos y la situación de prisión provisional del acusado.

Aquel juicio ponderativo ha de seguir a la adecuada exploración de las circunstancias relativas a la ruptura de la relación de confianza entre Letrado y defendido y debe reflejarse en la motivación de la decisión jurisdiccional que recaiga al respecto.

(...)

Tercero.—1. En el caso que ahora juzgamos son de subrayar las siguientes circunstancias:

a) La iniciativa en ocasionar el déficit en la defensa Letrada del acusado no partió de éste sino de las Letradas que venían dispensándola hasta entonces que comparecieron ante el Tribunal y dieron cuenta de la diferencia irreconciliable con su defendido respecto a la estrategia de defensa.

b) Las peticiones de suspensión precedentes por parte del acusado —que el Tribunal valoró para desestimar la renuncia de las Letradas— no se muestran injustificadas. En efecto, no fue la voluntad del acusado la que determinó que su convocatoria como perito, alegada para pedir la primera suspensión, fuera para día coincidente con el señalado para el inicio de las sesiones de juicio oral. Y los padecimientos sufridos por enfermedad, alegados para posteriores peticiones de suspensión, no carecen de constatación.

c) Los perjuicios ocasionados por la renuncia de las Letradas de la defensa no son objeto de exposición por el Tribunal que rechazó la toma en consideración de la renuncia. Ni parece que fueran más allá de las molestias inherentes a la realización de un nuevo señalamiento. No había nadie privado de libertad. Las dilaciones no habrían de ser mayores que las ocasionadas por atender la petición del actor civil.

d) El procedimiento de denegación se limitó a una decisión de plano por la Presidencia del Tribunal que ni siquiera parece consultada al resto del Tribunal y que, desde luego, no se hizo preceder de ninguna exploración sobre las razones de la disidencia entre Letrada de la defensa y acusado. Y la decisión oral, no seguida luego de ningún reflejo en la sentencia, ni en resolución alguna escrita, se justificó oralmente en el acto por el juicio de sospecha, expresado in voce por la Ilma. Presidenta, que vinculaba la renuncia al intento fraudulento de suspensión de la vista del juicio oral, sin que ni siquiera conste cual sería el reprochable beneficio que de ello pudiera derivar para el acusado.

2. Conviene comenzar advirtiendo que la profesión de Abogado viene regulada por su Estatuto, aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, cuyo artículo 26 proclama que: Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente.

De ahí que, como recordaba la STS antes citada 1989/2000, de 3 de mayo, las eventuales consecuencias de una actuación, que se valore como incorrecta, no deban en principio ir más

allá de la imposición de la correspondiente sanción.

Al respecto la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé, en su artículo 553, que los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales: ... Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.

No consta que la Audiencia Provincial de Barcelona incoara ningún procedimiento sancionador a consecuencia de la renuncia que ahora se alega. Lo que significa que por el Tribunal no se encontró tal renuncia como injustificada.

3. Así pues no constando que existan motivos razonables para tildar de abuso de derecho la renuncia de la defensa Letrada del acusado, es claro que la existencia de diferencias entre

ella y el defendido respecto a la estrategia de defensa, y consiguiente ausencia de confianza en la relación entre aquéllos, determina que la decisión del Tribunal de instancia, no solamente conculca el libre ejercicio de la función de la Abogacía, sino que supone una clara lesión en el derecho de asistencia Letrada en su manifestación de derecho a libre designación de Abogado, infracción del art. 24.2 de la Constitución Española que no exige, por otra parte, que se produzca indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Consitución Española.

Tal vulneración, que supone lesión de derechos fundamentales, implica la nulidad del juicio llevado a cabo y que culminó en la sentencia recurrida ante nosotros.

Por ello estimamos el motivo alegado ordenando que sea celebrado nuevo juicio ante Tribunal con diversa composición personal.

Sentencia 136/2012, Sala Segunda del TS, de 6 de marzo

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Circunstancia agravante de parentesco**

Recurso de Casación: **n.º 11799/2011**

Artículos: **23 y 138 Código Penal**

Homicidio. Circunstancia agravante de parentesco. Aunque en los casos de parejas homosexuales masculinas no pueda hablarse de «violencia de género» sí cabe apreciar, como hace la sentencia, la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Recurso del Ministerio Fiscal.

Su recurso está formalizado por un único motivo que encauzado por la vía del *error iuris* denuncia como indebida la eliminación que llevó a cabo la sentencia de apelación de la aplicación de la agravante de parentesco.

La sentencia de instancia estimó que entre víctima y recurrente, existió una relación sentimental y por ello aplicó la circunstancia mixta de parentesco como agravante del art. 23 Código Penal.

El Tribunal de apelación estimó que no procedía tal aplicación porque, según se razona en el FJ Tercero:

«(...)

El art. 23 configura como una de esas circunstancias a la que concede eficacia atenuante o agravatoria, según la distinta naturaleza del delito, hallarse ligado de forma estable con el agraviado por análoga relación de afectividad que el cónyuge. El concepto es mucho más restrictivo y exigente que la simple relación amorosa, y que implica una exclusividad, una convivencia continuada y con proyección de futuro y

una intención firme de continuidad de vida que en absoluto esta última comporta siempre.

En el presente supuesto, el relato fáctico de la sentencia se limita a afirmar que los Sres Felix y Cecilio mantenían una relación sentimental. Tan escueto aserto no permite agravar la pena por razón de parentesco, por cuanto nada dice acerca de la duración de esa relación afectiva, ni de si la misma perseguía propósito de permanencia, ni, en general, de sus condiciones intrínsecas. Esta inexpresividad jamás puede volverse en contra del acusado...».

Ya anunciamos nuestra discrepancia con este razonamiento y, en consecuencia, la admisión del recurso del Ministerio Fiscal.

El art. 23 Código Penal, en su redacción actual, se refiere a «... ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad...».

La redacción actual tiene su origen en la LO 11/2003 que sustituyó la referencia a la «forma permanente» por «forma estable» en relación a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que por relación de afectividad, debe estimarse:

a) Existencia de una relación asimilada a la matrimonial ya sea la pareja heterosexual o como —es el caso de autos— pareja homosexual, aquí de dos varones, Félix el recurrente, y Cecilio la víctima, y

b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas —STS 216/2007—, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

Esta circunstancia de parentesco, tiene su proyección más típica en los arts. 153, 171.4.º y 173 Código Penal en relación a la violencia de género. En concreto, en el art. 173.2.º, se recoge la expresión «... el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...».

Volviendo a la atenuante del art. 23 es cierto que se exige una relación estable, nota que debe ser analizada caso a caso y en atención a las circunstancias concretas.

En este sentido, la sentencia de apelación excluye la agravante porque la referencia en el *factum* de la sentencia es muy escueta, sin que aparezca la nota de la perdurabilidad, el compromiso y el proyecto de vida en común.

Sin perjuicio de reconocer que en el *factum* solo se contiene esa referencia a la relación afectiva, es lo cierto que también contó en el mismo relato de manera implícita pero clara, que ambos —agresor y víctima— compartían el mismo domicilio, pues la discusión previa tiene lugar en el domicilio de ambos, y el ataque del recurrente se produce en las escaleras del inmueble, pero hay más datos que colorean y dan consistencia a esa relación de afectividad existente entre ambos.

En efecto, en la pág. 8 de la sentencia del Jurado —FJ preliminar— se nos dice expresamente:

«... Por último, el jurado consideró probada la existencia de una relación sentimental entre el Sr. Félix y el Sr. Cecilio, basando su conclusión en la documental existente en las fotos de explícito contenido sexual, la convivencia en el momento de los hechos, incluso compartiendo cama, y la dependencia económica del acusado respecto de la víctima, dado que el primero no tenía trabajo en la isla...».

Es evidente que a la luz de estos datos no puede dudarse de que se está ante una relación sentimental dotada del carácter estable al que se refiere el art. 23 Código Penal en la ley.

Hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala en relación a los artículos más arriba citados de la violencia contra la mujer, 153, 171.4.º y 173.2, estima que la eliminación de la nota de convivencia, ha dado entrada dentro de la violencia contra la mujer, no solo las relaciones de estricto noviazgo, sino aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual como se recoge en la STS 1376/2011 de 23 de diciembre, aunque no falten otras que exigen un mínimo de consistencia y de vocación de futuro —STS 1348/2011 de 14 de diciembre—.

Estas reflexiones no deben hacernos perder de vista que la norma cuestionada aquí es la circunstancia de parentesco y que por tratarse de una pareja homosexual —dos hombres—, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese «género» es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre.

Pues bien, resituado el debate en la circunstancia de parentesco, estimamos la relación que mantenían agresor y víctima responde a la nota de estabilidad: a) al compartir domicilio, b) llevar una vida en común, aunque no se precisa desde cuándo ni los proyectos de futuro que tuvieron, siendo también dato relevante —también incluido en la sentencia de primera instancia, aunque deslizado indebidamente en la fundamentación—, c) el de la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor.

Por lo demás, está fuera de toda duda que la relación estable a que se refiere el art. 23 Código

Penal incluye tanto la pareja heterosexual como la homosexual, y ello en virtud de la Ley 13/2005 de 1 de Julio de reforma del Ccivl que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en clave de absoluta igualdad que el matrimonio heterosexual.

Hay que recordar la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres, no entre homosexuales y heterosexuales, por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual.

Como consecuencia de todo lo razonado, debemos estimar el recurso del Ministerio Fiscal y con revocación parcial de la sentencia de apelación, aplicar la circunstancia del parentesco como agravante en el delito de homicidio del que es autor Félix, lo que se acordará en la segunda sentencia.

Sentencia 145/2012, Sala Segunda del TS, de 6 de marzo

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

Resumen: **Concurso real de delitos**

Recurso de Casación: **n.º 11827/2011**

Artículos: **58 y 76 Código Penal y 988 LECrim.**

Acumulación de penas. A los efectos de fijar el límite máximo de cumplimiento de penas, de acuerdo con el art. 76 Código Penal, la «pena en abstracto» tiene en cuenta el grado de ejecución (tentativa frente a consumación). Por otra parte, se recuerda la reciente doctrina jurisprudencial que combina la tesis del TC sobre el abono de prisión provisional con la denominada «doctrina Parot».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Pues bien, como el delito de homicidio contra agentes de la Autoridad tiene previsto en abstracto (art. 572.1.1. y 2) una pena de 20 años a 30 años de prisión, ello determina la aplicación del apartado b) del art. 76.1 y la fijación como límite máximo el de 30 años.

Considera el motivo que no puede prescindirse de las circunstancias concurrentes en el

caso y en particular, el grado de desarrollo de los hechos o el nivel de participación del reo, y siendo así, conforme al art. 70 Código Penal, el límite máximo de la pena inferior en grado de la pena en abstracto por el delito de asesinato con fines terroristas en grado de tentativa (art. 572.1 y 2 y 16 Código Penal), sería 19 años y 364 días, nunca 20 años, por lo que el límite máximo de 30 años del art. 76.1.b) no sería de aplicación y sí, por el contrario el del art. 76.1.a) —el delito

de estragos, arts. 346 y 571 tiene prevista pena de 15 a 20 años de prisión—.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto el art. 76.1 en sus apartados a y b) previene que el límite máximo de cumplimiento sería de 25 a 30 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos está castigado por ley con pena de prisión de hasta o superior a 20 años.

El concepto de pena en abstracto debe relacionarse necesariamente con el grado de ejecución que se dé en el supuesto enjuiciado y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título de autor y en delito consumado. ello supone que sí el delito está en grado de frustración. El concepto de pena en abstracto —o pena prevista por ley— debe enmarcarse en esas concretas coordenadas porque existe una delimitación ex lege que no puede ser obviada.

Por ello, la pena que ha de tenerse en cuenta para la fijación de los límites es la pena imponible al hecho en abstracto, esto es la pena por el delito efectivamente cometido. En los casos objeto del sumario 15/03, Rollo 9/03; y del sumario 19/02, Rollo 23/02, delitos de estragos terroristas (art. 571 y 346 Código Penal) con penalidad de 15 a 20 años de prisión, y del Sumario 16/2002, Rollo 21/2002, delitos intentados homicidios a agentes de la Autoridad, con pena inferior en uno o dos grados a la de prisión de 20 a 30 años, esto es pena que sería desde los 5 años a 20 años menos y 1 día de prisión.

Por tanto, como hemos dicho en STS 302/2004 de 11-3 y 823/2011 de 19-7 «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 5 hasta 20 años, pero nunca puede llegarse a una pena superior a los 20 años.

El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos.

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.

(...)

En síntesis debe tratarse que no es conforme a una lectura constitucional del art. 58.1 Código Penal la decisión de no abonar en su totalidad al penado el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa, porque ello supone un alargamiento ilegítimo de una situación de privación de libertad, lesivo por lo tanto del art. 17.1 CE. Por otra parte, el TC cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del art. 58.1 Código Penal, cuando dice en el fundamento jurídico 6.º que «si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 Código Penal y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo».

Por tanto, el penado que a su vez es preventivo es de peor condición desde el punto de vista penitenciario que quien se encuentra exclusivamente cumpliendo condena. «El cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional». Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva o, en otros términos, solo padece «una privación de libertad meramente formal» (STC 19/99 de 22-1).

Ahora bien cuestión distinta —dice la STS 695/2011 de 18-5— es la coincidencia en el tiempo de dos o más prisiones provisionales acordadas en causas distintas. En primer lugar, este caso no ha sido contemplado ni resuelto en la STC 57/2008, que analiza la finalidad primordial y distinta funcionalidad que tienen la

medida cautelar y el cumplimiento de la pena. El propio TC (SS 41/82 y 47/2000) ha considerado que la medida cautelar de prisión provisional tiene carácter excepcional, subsidiario, necesario y proporcionado a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Los fines de la medida cautelar consisten en evitar la fuga del reo durante el proceso y tras el dictado de una sentencia no firme, asegurar la instrucción de los hechos y evitar la ocultación de pruebas, impedir la reiteración delictiva por parte del sujeto considerado peligroso o satisfacer la demanda social de seguridad; frente a la pena de prisión, que obedece a otras finalidades, conforme a lo dispuesto con carácter general en el art. 25.2 CE. Por lo tanto, el fundamento de la prisión provisional nada tiene que ver con el de las condenas que pueden estar cumpliéndose, porque los fines que se persiguen son distintos. Por ello, puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente sólo conllevan una privación de libertad única y la pluralidad de las normas no deja de ser a estos efectos meramente formal o incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado, y no por otro u otros. En consecuencia, no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó... de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 58 Código Penal, redacción LO 15/2003. En efecto lo que no dice la sentencia del TC —precisa la STS 74/2011 de 28.1— es que el tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir una y otra vez el mismo tiempo de medida cautelar en todas las penas que inclusivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que derivara en una de las casas la prisión provisional.

Por último, doctrina reiterada de esta Sala —ver reciente STS 1060/2011 de 21-10— establece que la aplicación del tiempo sufrido en diferentes prisiones preventivas se hará en cada una de las penas impuestas en sus respectivos

procedimiento y no sobre el total del máximo de cumplimiento (por aplicación de la regla que se disciplina en los arts. 75 y ss. Código Penal).

En efecto en lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de «acumulación de condenas» (arts. 75 y ss. del C. penal), como así se afirma en nuestra reciente Sentencia núm. 207/2011, una refundición de condenas no origina sino una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo que resulta de realizar una operación jurídica, por lo que las diferentes penas se van cumpliendo, cada una de ellas según sus circunstancias, aplicando los beneficios y redenciones que procedan, iniciándose el cumplimiento de una en una, hasta que quede extinguida la anterior y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones que establece el art. 76 del C. penal. Por tanto, el computo de los periodos que ha estado en prisión preventiva el recurrente se ha de llevar a cabo independientemente del límite máximo del cumplimiento efectivo de la pena, previsto en el art. 76 del C. penal, la reducción del tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre el máximo de cumplimiento, sino para cada una de las penas, y se ha de efectuar según lo previsto en los arts. 75 y 76 del C. penal.

Con la nueva regulación del art. 58.1 del C. penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, lo que se quiere dejar claro es que en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad puede ser computado en más de una causa, zanjando definitivamente la polémica del abono de la prisión preventiva en los casos de refundición de condenas (arts. 75 y ss. del C. penal), como es el presente; evidentemente, la situación varía si una vez recaída condena en la causa por la que se está privado de libertad preventivamente se refunde ésta condena con otras anteriores y el abono de la prisión preventiva se realiza sobre el total de la condena surgida tras esa refundición. Sin embargo, atendiendo al principio de irretroactividad de la Ley penal, esta previsión introducida por ese nuevo precepto no afecta a los supuestos de condenas múltiples impuestas con anterioridad a su entrada en vigor; por tanto, la modificación operada en el art. 58 del C. penal realizada

por la LO 5/10, de 22 de junio, no es de aplicación al presente caso, el cual ha de resolverse de acuerdo con la redacción del [...]

(Se observa omisión de parte de la sentencia en el original facilitado por el CENDOJ).

Siendo así en STS 208/2011 de 28-3 se declaró «... también 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 realidad, de lo que dejamos destacado del texto de la STS 197/2006, es decir, que se han de aplicar los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, ya se atisba la solución a este problema, pues tal abono de la prisión preventiva, que indudablemente tiene naturaleza de beneficio, se ha de descontar de la pena que se esté cumpliendo, no de la fecha del licenciamiento definitivo por aplicación del máximo de cumplimiento, esto es, en cada una de las penas de cumplimiento sucesivo hasta alcanzar tal límite.

La STS de 3 de mayo de 2011 reitera esta misma posición jurisprudencial, recordando que

desde la STS 197/2006, «se ha aclarado que el límite máximo de cumplimiento no constituye una nueva pena distinta a las impuestas en la sentencia por cada uno de los delitos por los que ha recaído condena, por lo que los beneficios penitenciarios deben aplicarse sobre cada una de las que se vayan cumpliendo hasta alcanzar el señalado límite máximo».

Efectivamente —continúa esta resolución judicial— «es posible según el caso que, dadas las penas impuestas al penado, los beneficios penitenciarios previstos en el Código penal derogado no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo. Pero ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir».

Y en STS 329/2011 de 5-5 se recuerda que la llamada «refundición de condenas» no es la reducción a una (otra distintas) de las diversas penas que pudieran pesar sobre un condenado, sino solo el establecimiento de un límite máximo de cumplimiento final de penas que, pro lo demás, cada una en la propia causa, mantienen su autonomía y régimen legal de cómputo. Por eso, la reducción derivada del tiempo de prisión preventiva que pudiera afectarla, habrá de operar, no sobre aquel máximo de cumplimiento, sino, en un momento anterior y concretamente, sobre la pena que corresponda, que luego se tomará en consideración con todas las demás para la realización del cálculo que prescribe el art. 76.1 Código Penal.

Sentencia 124/2012, Sala Segunda del TS, de 6 de marzo

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Medidas de seguridad**

Recurso de Casación: **n.º 1511/2011**

Artículos: **6, 20, 21, 95, 101 y 104 Código Penal**

Imputabilidad disminuida. A propósito de un delito de lesiones, llevado a cabo con imputabilidad disminuida, se analiza el sentido del modelo «dualista» de respuesta al delito y el alcance, criterios de aplicación y límites temporales de las medidas de seguridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Como hemos declarado últimamente (STS 1019/2010, de 2 de noviembre y STS 65/2011, de 2 de febrero), la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. El legislador penal parte de esta idea: las medidas de seguridad «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código penal).

Desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, el art. 1.º 2 del Código penal dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley». Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino sólo las que se encuentran en los casos previstos en los arts. 101 a 104 del Código penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad. Desde otro punto de vista, los presupuestos son también dos, uno, la comisión de un hecho delictivo por una persona; dos, la peligrosidad demostrada por la misma, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el futuro.

Esa prognosis se fundamenta: a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere po-

tencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.ª del Código penal cuando condiciona al Tribunal para aplicar una medida de seguridad, a «... que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». b) Necesidad en el caso enjuiciado para la imposición de tales medidas: el juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (art. 95, Código Penal) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, «si fuere necesario».

Todo ello se declara en la STS 603/2009, de 11 de junio, en tanto que son requisitos ineludibles para la imposición de una medida de seguridad: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 párr. 1.º Código Penal), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además, el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

Y como dice la STS 890/2010, de 8 de octubre, a la hora de concretar la duración de la medida, debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Y, de otra parte, tal como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art.

95.1.1.º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2.º del C. Penal.

En cuanto a los fines y función de la medida a adoptar, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de la rehabilitación del sujeto que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Se protege, en consecuencia, con la medida a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos en el futuro.

(...)

En consecuencia, al no existir informe médico que haya diagnosticado una anulación completa de sus facultades mentales, no podemos corregir el juicio de la Sala sentenciadora de instancia, que se fundamenta en el examen directo del procesado, y en la audiencia, también personal, de los peritos, y que les llevó a la conclusión de que «el procesado, en el momento de los hechos, a consecuencia de la paranoia delirante que padece, tenía mermadas intensamente sus facultades intelectivas y volitivas». Y habiendo declarado esta Sala Casacional con reiteración que los trastornos mentales no soportan un juicio de inimputabilidad total y absoluto, sino una

sensible disminución de los resortes mentales de quien los padece, es por lo que hemos de mantener aquel juicio.

De cualquier forma, nosotros consideramos que estos datos permiten inferir un peligro social que ha de ser combatido mediante la medida de seguridad que ha decidido la Sala sentenciadora de instancia. Ello no quiere decir, naturalmente, que no puedan activarse en el futuro las previsiones del art. 97 del Código penal, conforme al cual durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate, con la advertencia de que en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida; o, finalmente, d) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso.

Señalemos para finalizar que la duración ha sido fijada en función de las posibilidades interpretativas que resultan de nuestro Acuerdo Plenario de fecha 31 de marzo de 2009: «La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate».

Sentencia 186/2012, Sala Segunda del TS, de 14 de marzo

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

Resumen: **Cohecho**

Recurso de Casación: **n.º 1087/2011**

Artículos: **419 Código Penal**

Cohecho. Se ofrece amplia información de la doctrina jurisprudencial en torno al delito de cohecho, centrándose en el concepto penal de funcionario público, el de función pública y el momento consumativo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

a) El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS 27-10-2006). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay, que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho afirma la STS 31-7-2006 es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función. Así, en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

El cohecho pasivo es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta la dádiva, presente ofrecimiento o promesa. Cuestionándose en el caso presente la cualidad de funcionario, la jurisprudencia, STS 1030/2007, de 4-12 y 1125/2011 de 2-11, ha señalado, que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual «se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas», es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio

que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS n.º 1292/2000, de 10 de julio; STS n.º 68/2003, de 27 de enero; STS n.º 333/2003, de 28 de febrero y STS n.º 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública, y aquella participación en las funciones públicas puede serlo —como expresa la STS 22-4-2003— tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autonómicas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que «cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública».

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad (STS 4-12-2001).

Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 «el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que «... por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas...», art. 24.2.º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de «carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante

es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, (SSTS 1292/2000, de 10-7; 4-12-2002, 1344/2004, de 23-12).

Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 22-1-2003 y 19-12-2000) de un concepto «nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a la funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo». Así se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son las acciones de los particulares los que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos.

b) En cuanto STS 2-11-2011 al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Así, en la STS n.º 1292/2000, se dice que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su

actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública».

En la STS n.º 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública». También en este sentido la STS n.º 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS n.º 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo «verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos».

En la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que «la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación

entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas».

c) En relación al ejercicio del cargo, no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho antes petición pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de ese acto en el ejercicio de su cargo. (S. 504/2003, de 2-4).

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado.

d) Por último en cuanto a la consumación, con carácter general esta Sala en SS. 2-4-2009, 6-6-2008, 8-6-2006, 2-6-2002 y 7-11-2001 ha señalado que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados

casos, un delito unilateral que se consuma por la merca «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva «sin que sea necesario para la sanción la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho (STS 776/2001, de 8-5).

En efecto, como se ha dicho en STS 1096/2006, de 16-11, referida a un caso de cohecho pasivo propio, el tipo delictivo se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicita la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa.

La dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud, en el abono de la dádiva, en la realización del acto delictivo o injusto ofrecido o solicitado como contraprestación (STS 776/2001 de 8-5; 1114/2000 de 12-6).

En definitiva, no es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva, no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto delictivo o injusto.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 3/2012, AP Madrid, de 13 de enero

Ponente: **Don Francisco David Cubero Flores**

Resumen: **Delito contra el medio ambiente y los recursos naturales. Prueba pericial. Absolución**

Procedimiento Abreviado: **n.º 52/2011**

Artículos: **74, 325 y 338 Código Penal**

Delito contra el medio ambiente y los recursos naturales. Delito continuado. Labores de extracción de tierras y áridos en zona de especial protección para aves. Ausencia de Declaración de Impacto Ambiental. Afectación de las extracciones al nivel freático. Pruebas periciales. Imposibilidad de apreciación judicial del riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales. No existe prueba pericial clara, indubitada e inequívoca. Absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Una cuestión debatida y que, por el contrario, no aparece suficientemente acreditada, es si las extracciones en una y otra zona de explotación, afectaron al nivel freático. Por lo actuado en el juicio oral, no siempre es fácil determinar si se ha afectado al nivel freático, pues la comprobación de ello es a menudo visual y la aparición de una lámina de agua, prueba fehaciente de afectación en el nivel freático, puede deberse a dicha sobreexplotación o a la existencia de un cúmulo de agua puntual debido a lluvias recientes y abundantes.

En relación al hecho primero el testigo-perito Don. Pedro indicó que comprobó *in situ* y visualmente que se había afectado al nivel freático y que los agentes forestales lo habían comprobado con GPS. Sin embargo los agentes forestales Don Eugenio y Íñigo indicaron que no vieron afectación del nivel freático en la zona del hecho primero, pero sí en la zona del hecho

segundo. En relación al hecho segundo el perito Don Pedro no comprobó dicha afectación al nivel freático y sólo lo comprobaron los citados agentes forestales. Ahora bien compareció al acto del juicio oral el agente ambiental, también funcionario dependiente de la Comunidad Autónoma, si bien encargado de la vigilancia de las explotaciones mineras y no tanto del medio ambiente, Sr. Juan Luis, quien señaló que comprobó con GPS que no había afectación del nivel freático en la zona del hecho primero y comprobó, no dijo esta vez con GPS, que tampoco vio afectación de nivel freático en la zona del hecho segundo. Añadió dicho testigo que sí vio otro tipo de infracciones ambientales administrativas en la explotación, tal como la inclinación de los taludes, tras la restauración, que no era la correcta en algunos casos. En consecuencia tenemos alguna duda sobre dicha afectación en el nivel freático en ambas zonas objeto del presente procedimiento, dudas que parten, como vemos, de las propias declaraciones de testigos o peritos que no son de la defensa, sino funcionarios de la

Comunidad Autónoma y por tanto imparciales, veraces y objetivos y de ahí que no pueda acreditarse dicha afectación al nivel freático.

Tercero.—Zanjada la cuestión de la existencia de una infracción de norma extrapenal o administrativa, resta determinar si dicha infracción ha generado un riesgo concreto y grave para el equilibrio de los sistemas naturales.

Debe señalarse que dicho riesgo concreto, que no daño, para el equilibrio de los sistemas naturales y grave, no puede apreciarlo este Tribunal por los meros hechos probados, realizando una simple conjetura o suposición, más o menos razonable, sino que las características de la jurisdicción penal, como no puede ser de otro modo, exigen una acreditación pericial, clara, indubitada e inequívoca.

Se echa en falta dicha prueba pericial. En efecto declaró en el acto del juicio oral el testigo-perito Don Pedro, a quien ya hemos hecho referencia anteriormente. Se trata de un técnico cualificado, Ingeniero Técnico Forestal, funcionario de la Comunidad Autónoma, que en la fecha de los hechos ejercía sus funciones en el Parque. A preguntas expresas del Ministerio Fiscal y como puede comprobarse en la grabación del juicio, en relación a dicho riesgo concreto de grave impacto en el equilibrio natural, señaló que «no sabía si [los hechos que nos ocupan] produjeron grave impacto en el ecosistema». Añadió que ello es relativo «pues habría que hacer estudios mucho más técnicos». Siguió diciendo que hizo una «valoración económica de los daños, si bien no puede decir si el riesgo era grave, bajo o leve, pues carece de estudios y técnicas para ello». También dijo que «no toda afectación al nivel freático implica grave riesgo para el ecosistema», si bien lo dijo no en relación a los hechos que nos ocupan, sino en general. Es destacable y volvemos a insistir en ello, la honestidad, credibilidad y objetividad con la que prestó declaración el testigo-perito cuyas aportaciones al acto del juicio oral analizamos.

(...).

Hemos de distinguir un hecho de otro. En cuanto al hecho primero ha de establecerse que la explotación de áridos en zona B, necesariamente ha de producir un impacto ambiental

superior a si la explotación de áridos se hace en zona D (segundo hecho). En la zona B está impedida dicha extracción por la necesidad de preservar dicho ecosistema del impacto de la minería. Ahora bien cuando se valoró el daño que pudiera haberse producido (véase folio 120, informe del perito Don Pedro), el mismo se fijó en 829.460 €. Ahora bien de dicha cifra, la mayoría, 827.080 €, se calcularon sobre la base del valor de los áridos extraídos y los 2.380 € restantes eran el importe de reposición del tarayal afectado. Entiende este Tribunal que los daños ocasionados deben calcularse sobre la base del importe que se precisa para la restauración de la zona, no sobre el importe de los áridos extraídos, pues dicho importe puede imputarse a la responsabilidad civil, pero no al daño en sí ocasionado, como es lógico. Por tanto el daño tasado podría cifrarse en 2.380 € en la zona del hecho primero, que es una cantidad relevante pero que en sí no implica riesgo grave para el medio ambiente.

En cuanto al hecho segundo se trata de una zona en la que está permitida la extracción de áridos, luego por esencia, aún cuando se efectúe explotación sin declaración de impacto ambiental, el perjuicio en el ecosistema debe ser inferior al de la zona del hecho primero. Igualmente existe aquí una tasación de los daños efectuado por el mismo perito (folio 406) y que también se ratificó en el acto del juicio oral. La cifra resultante también se calculó sobre la base del valor de los áridos extraídos, remitiéndonos a lo dicho anteriormente.

Con lo dicho este Tribunal no quiere minimizar el impacto ambiental que este tipo de hechos puede producir, ni restar importancia a lo acontecido, siendo sensible esta Sala a la indispensable protección del medio ambiente y a la impagable tarea que en tal sentido desarrolla la Fiscalía de Madrid, a través de su sección de Medio Ambiente, si bien la ausencia de una prueba pericial o de otro tipo, clara, convincente e indubitada, de la existencia de un grave riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales, nos impide dictar sentencia condenatoria, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en la que haya podido incurrir la empresa explotadora.

Sentencia 65/2012, AP Madrid, de 13 de enero

Ponente: **Doña Carmen Lamela Díaz**

Resumen: **Quebrantamiento de condena. Atenuante analógica. Consentimiento**

Recurso de Apelación: **n.º 323/2011**

Artículos: **21 y 468 Código Penal y 741 LECrim**

Quebrantamiento de condena. Incumplimiento de la prohibición de alejamiento derivada de la condena por delito de malos tratos en el ámbito familiar. Elementos del tipo: Relevancia del consentimiento de la víctima. No excluye la punibilidad: El legislador ha decidido mantener esta pena a pesar de la problemática en su aplicación en algunos casos. Valoración de la prueba: Contradicción entre las distintas circunstancias declaradas por el condenado. Circunstancia atenuante analógica muy cualificada: Provocación o consentimiento del incumplimiento del alejamiento. Estimación parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Estimándose que los hechos relatados en el apartado de hechos probados de la sentencia que es objeto del recurso de apelación que ahora se ventila aparecen debidamente acreditados por los elementos probatorios obtenidos en el acto del juicio oral, sin que se aprecie motivo alguno para declarar que ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de dichas pruebas, procede rechazar el recurso interpuesto. Efectivamente, en contra de los razonamientos expuestos por el recurrente, cabe poner de manifiesto, que el Juez de instancia, a quien corresponde establecer a efectos decisorios la resultancia fáctica materialmente relevante en uso de las atribuciones que le confiere la Ley (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tras apreciar, en conciencia, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, llegó a la conclusión de que el acusado había contravenido voluntariamente el día 01-09-09 la prohibición de aproximarse y comunicarse con D.^a Tomasa, no desprendiéndose de lo actuado que en tal apreciación incurra en error o haya omitido algún extremo esencial en la valoración que efectúa, habiendo razonado qué pruebas y datos en concreto le llevan a establecer la conclusión plasmada en la sentencia impugnada, y tales valoraciones no son arbitrarias ni irracionales, sino, por contra, absolutamente acordes con las reglas de la lógica.

Señala el recurrente que había rehecho su relación sentimental con D.^a Tomasa, realizando por ello la vida normal de cualquier pareja como el residir en el mismo domicilio. Entiende que la sentencia impugnada supone una injerencia en determinados preceptos constitucionales de los que el acusado es titular, debiendo quedar al margen del Derecho Penal en virtud del derecho de mínima intervención. Considera que tampoco ha sido atacado el bien jurídico protegido por el delito por el que ha sido condenado por realizar una actividad normalizada como es convivir con su pareja sentimental en el domicilio común de ambos. Subsidiariamente alega que ha existido un error de prohibición.

Pues bien, examinando las actuaciones a la vista de tales alegaciones, es un hecho cierto y reconocido por el acusado, que el mismo había sido condenado en sentencia de 16-03-06 dictada por el Juzgado de lo penal n.º 15 de Madrid por delito de malos tratos, y que, entre otros pronunciamientos, la citada sentencia acordaba frente al acusado la prohibición de acercarse a menos de quinientos metros a su pareja sentimental durante un año, siete meses y dieciséis días. Señaló, sin embargo el acusado que no recordaba si le había sido notificada la liquidación efectuada por el juzgado de ejecuciones n.º 2 de Madrid. No obstante, obra en autos la liquidación de la prohibición efectuada por el juzgado n.º 2 de ejecuciones y su notificación al acusado

el día 15-07-09, habiendo señalado el acusado en el juzgado de instrucción, tal y como le recordó el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, que recordaba haber firmado un papel en el juzgado de ejecuciones n.º 2 pero no recordaba si le había dado una copia de la resolución del citado juzgado que se le mostró en dicho acto.

(...)

En este punto debe recordarse que, aun cuando han existido distintas líneas jurisprudenciales en torno a la relevancia del consentimiento en el caso de quebrantamiento de pena o medida cautelar de aproximación a la víctima, la cuestión ha ya quedado finalmente clarificada mediante el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008 según el cual, incluso en los casos en que se quebrante no ya una pena, sino una medida cautelar de alejamiento, el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código penal. Dicho acuerdo responde al estricto respeto al principio de legalidad, siendo evidente que el legislador ha querido mantener la pena de prohibición de aproximación para determinados delitos, aun cuando se han evidenciado los problemas prácticos que conllevan en muchos casos. Por ello los órganos judiciales han de acatarlo, siendo la única vía legalmente prevista para corregir los supuestos concretos en que la rigurosa aplicación de la ley conduzca a condenas inadecuadas, la vía del indulto.

(...)

No obstante lo hasta aquí expuesto, entendemos que no podemos juzgar la conducta del acusado olvidando el consentimiento de la perjudicada para seguir relacionándose, viéndose y conviviendo con el acusado cuando lo considere conveniente. Ello desde luego sí puede ser tenido en cuenta en aras a determinar la respuesta punitiva que ha de darse a la conducta merecedora de sanción penal.

Así, tal y como ha venido señalando esta Sección en diversas sentencias (14-01-08, 05-11-08 en las que fue Ponente D.ª Manuela Carmena Castrillo, o la Sentencia 20-09-10 en la que fue ponente D.ª Rosa Brobia Varona), no existe actualmente en el Código Penal ninguna atenuante aplicable en atención a la provocación o consentimiento de la persona protegida. Pero, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, como el consentimiento de la víctima, la retirada de las denuncias formuladas contra el acusado, la reanudación de la relación sentimental de la pareja y la lejanía existente entre los hechos que motivaron su condena por delito de maltrato familiar por el que le fue impuesta la prohibición quebrantada (junio de dos mil cinco) y la fecha del quebrantamiento por el que ha sido enjuiciado en la presente causa (01-09-09), estimamos que el acusado no merece la pena señalada al quebrantamiento de condena prevista en el art. 468.2 del Código Penal, debiendo ser apreciada una atenuante analógica muy cualificada, conforme a lo dispuesto en el art. 21.7.ª del Código Penal en relación con aquellas otras atenuantes recogidas en el mismo art. 21 que contemplan hechos o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad. En este sentido vinculamos esta atenuante analógica de provocación o consentimiento del incumplimiento del alejamiento y la comunicación por parte de la víctima a aquellas que contempla el n.º 1.º del art. 21 del Código Penal que pudieran tener una génesis similar (hechos exteriores e influyentes en la conducta del agente) a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad.

En consecuencia, al apreciar la atenuante comentada como muy cualificada, en aplicación del art. 66.2 del Código Penal, procede reducir la pena en un grado, imponiendo al acusado la pena de cuatro meses de prisión.

Sentencia 1/2012, AP Las Palmas, de 16 de enero

Ponente: **Doña Yolanda Alcázar Montero**

Resumen: **Lesiones. Deformidad causada por quemaduras tras ser prendido fuego por el agresor**

Recurso de Apelación: **n.º 3/2011**

Artículos: **23, 66, 147 y 149 Código Penal**

Lesiones: Agresión en la que el sujeto activo prende fuego a la víctima. Circunstancias agravantes: Parentesco. Carácter testifical de la declaración de la víctima en el juicio oral: Corroboración en el plenario de lo declarado inicialmente en sede policial. Válida prueba de cargo. Deformidad: Toda irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista. «Pliegues» y distinta tonalidad en el rostro. Agravante: Imposición de la pena en su mitad superior. Concepto de reparación del delito. Intención de provocar la lesión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En la ejecución del delito concurrir como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal la agravante de parentesco del art. 23 Código Penal.

Concorre dicha agravante puesto que se da el elemento objetivo de la relación matrimonial o asimilada, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar en el marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida. Se desconocen los motivos concretos que llevaron al acusado a cometer el delito, ya que no es posible indagar en su fuero interno. Pero lo cierto es que la agresión tiene lugar, precisamente, porque D.^a Pilar decide marcharse del domicilio ante los celos del mismo y su agresividad.

Después de la redacción dada al artículo 23 CP por la LO 11/03, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, ha señalado la Jurisprudencia (SSTS 749/2010, de 23 de junio, 33/2010 y las recogidas en la misma, o 2/08 y 1284/09) que tras dicha modificación legislativa se objetiva la aplicación de la agravante, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios, en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga efectividad, por expresa de-

terminación del legislador, siempre que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente.

El Ministerio Fiscal consideró que en la actuación de Javier concurría la atenuante de reparación del daño del art. 21.5.^a Código Penal, mientras que la acusación particular estimó que no era aplicable.

(...)

Quinto.—(...).

En el presente caso, el acusado no auxilió en ningún momento a D.^a Pilar, ni procedió a disminuir los efectos de su acción. Como consta en los hechos probados, y narró la perjudicada en el acto del juicio oral, el acusado no la auxilió, como ella había declarado inicialmente. Ya hemos expuesto el sentido que hay que otorgarle a la evolución en las declaraciones de D.^a Pilar. Por lo que, si bien es cierto que en su declaración de fecha 10 de febrero de 2010 (folios 184 y ss.), la denunciante manifestó que, una vez el acusado le prendió fuego, la arrojó con su cuerpo y la llevó al baño, posteriormente, en su declaración de fecha 10 de marzo de 2011 (folios 361 y ss.) narra de nuevo los hechos, con más coherencia y de forma coincidente con lo manifestado en el juicio oral. En este acto, a preguntas expresas del Ministerio Público, D.^a Pilar

respondió de forma contundente que Javier no la auxilió en ningún momento. Relató que ella salió corriendo al baño para echarse agua fría y apagarse el fuego («me frotaba los ojos, no veía, me topé con una pared») y que fue allí donde acudió el acusado para requerirle que no dijera la verdad, insistiéndole Pilar que llamara a la ambulancia, accediendo finalmente el acusado tras la promesa de que ella no diría la verdad.

El relato de D.^a Pilar coincide con lo manifestado por Don. Imanol en el acto del juicio oral. Efectivamente, señaló el perito que por la profundidad de las quemaduras de D.^a Pilar tuvo que existir un contacto prolongado con la fuente térmica, aclarando que el fuego del cuerpo de Pilar no se apagó de forma inmediata. Es decir, el acusado no arrojó inmediatamente a Pilar para apagarle el fuego, como ella misma señaló inicialmente. Ni siquiera el acusado admitió este hecho, pues en el juicio narró que lo intentó pero que la perjudicada fue corriendo al salón dónde le apagó el fuego, echándole una manta encima, lo que negó D.^a Pilar.

Y, desde luego, el hecho de que Javier avisara a los vecinos, para que llamaran al 112, no integra la referida atenuante, pues al margen de que lo hace una vez ha coaccionado a Pilar, el propio acusado se encontraba lesionado y no tenía otra opción que acudir al hospital.

Por lo expuesto, el Tribunal no considera que concurra la atenuante del art. 21.5.^a Código Penal.

Sexto.—La pena tipo prevista en el art. 149.1 del Código Penal es de seis a doce años de prisión. Al concurrir una agravante (la de parentesco del art. 23 Código Penal), de conformidad con el art. 66.3.^o Código Penal, la imposición de la pena ha de hacerse en su mitad superior. Y dentro de la misma, valorando que el acusado actuó de forma sorpresiva e inesperada para

D.^a Pilar y en la intimidad del domicilio de la pareja, ha de imponerse la pena de diez años de prisión, con la accesoria (art. 55 Código Penal) de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, de conformidad con lo señalado en el art. 57 Código Penal en relación con el art. 48 Código Penal, procede imponer al acusado la prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de D.^a Pilar, de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier lugar donde ésta se encuentre, así como de comunicar con ella por cualquier medio durante un período de quince años.

Séptimo.—En cuanto a la responsabilidad civil, de conformidad con lo establecido en los arts 109 y siguientes del Código Penal, el acusado deberá indemnizar a D.^a Pilar por las lesiones causadas y por las secuelas, reflejadas ambas en los informes forenses referidos con anterioridad.

Así, utilizando a título indicativo el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, si bien incrementando las indemnizaciones básicas previstas (aunque con el límite de la cantidad solicitada por la acusación), para compensar la mayor incidencia que en el aspecto moral produce unas lesiones y secuelas derivadas de una acción dolosa, frente a una culposa o de la responsabilidad cuasi-objetiva proveniente de un riesgo socialmente asumido, como el que deriva de la circulación de vehículos a motor, se fija dicha suma en 24.700 euros por los días improductivos, 2.340 euros por los días de hospitalización y 110.000 euros por las secuelas.

No se ha solicitado por las acusaciones cantidad alguna en concepto de daños morales, por lo que el Tribunal no puede proceder a su indemnización.

Sentencia 47/2012, AP Madrid, de 30 de enero

Ponente: **Don Francisco Buenaventura Ferrer Pujol**

Resumen: **Lesiones imprudentes. Diagnóstico equivocado. Enfermedad inexistente e intervención innecesaria**

Recurso de Apelación: n.º 275/2010

Artículos: 147, 150 y 152 Código Penal

Lesiones. Delito de lesiones imprudentes. Imprudencia grave profesional. Odontólogo. Intervención médica: Error de diagnóstico y falta de técnica mínima para la intervención. Endodoncias innecesarias y contraindicadas: Intervención que genera la pérdida de tres piezas dentales. Desestimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Tres son las vulneraciones alegadas: 1. imposibilidad de realizar interrogatorio a los testigos propuestas en el escrito de defensa, Dras. Camino y Fidela; 2. imposibilidad de exhibición de placas radiográficas al médico forense en el acto del juicio oral; y 3. haberse situado al recurrente en situación de *probatio diabolica*, quebrantadora de la presunción de inocencia, al declararse probado la inexistencia o insuficiencia de radiografía periapicales durante la realización de las endodoncias, y haber sido las mismas entregadas a la querellante, quien niega su existencia.

Ninguno de estos motivos ha de prosperar, el primero, por cuanto como ya sentamos en la resolución denegatoria de la práctica de prueba en la alzada, no ha cumplido la parte recurrente las exigencias jurisprudenciales para su reiteración y por cuanto yerra al plantear la cuestión señalando que se le ha impedido interrogar a los testigos que propuso, siendo que las citadas testigos fueron propuestas por la acusación, no por la defensa, y ésta no las designó expresamente en sus conclusiones, limitadas a hacer propia formulariamente la prueba de las demás partes, siendo precisamente por esta falta de proposición formal que la juez *a quo* rechazó su práctica al ser renunciada la prueba por su dueña en juicio, es decir, la parte que la propuso; argumentación que en sus razonamientos no menciona ni combate el recurso y que esta Sala estima ajustada a derecho y procede a confirmar.

(...)

Segundo.—(...)

En el caso de autos, ha razonado la juez *a quo* la existencia de un diagnóstico equivocado, tanto respecto a la enfermedad periodontal, inexistente o meramente incipiente, como respecto de las cinco endodoncias realizadas en una sola sesión y tras una operación de injerto de hueso en colgajo. Las contundentes periciales y testimonios médicos, tanto de los forenses como de los doctores Imanol y Mauricio, han conducido a la juez de la instancia, en particular ya confirmado en los párrafos precedentes, a declarar probada la innecesariedad de la cirugía periodontal y de las endodoncias realizadas, así como su incorrecta y deficiente realización. Afirman expresamente los forenses autores del informe obrante en autos y ratificado en juicio que ambas intervenciones llevadas a cabo por el acusado se hicieron «con una evidente y clara falta de indicación y necesidad»; que la cirugía a colgajo con injerto óseo «no solo ha sido insuficiente y pésimamente ejecutada» sino que además, «puede afirmarse que dicho injerto no se produjo, lo que hace abundar más en la innecesariedad de la intervención, que solo tuvo lugar por motivos ajenos a la verdadera práctica médica».

Respecto a las cinco endodoncias realizadas, se expresan en semejantes términos, reputándolas innecesarias y contraindicadas al estado de salud dental de la paciente, mal realizadas, y generadoras directas de la pérdida de tres piezas dentales, de necesidad de reendodonciar

otras tres piezas, que puede incluso perder la paciente.

Se concluye que el acusado, en su obrar enjuiciado, «ha conculcado reglas elementales que deben presidir la actuación médica» y que como consecuencia de esa actuación la querellante ha precisado tratamiento médico odontológico y psicoterápico, con secuela de pérdida de tres piezas dentarias.

En consecuencia, vistas estas conclusiones técnicas acreditadas en juicio, dada la actuación médica desarrollada (no indicada, mal realizada) y las consecuencias que la misma ha tenido para la querellante, consideramos la calificación de la misma como constitutiva de imprudencia grave profesional como perfectamente ajustada a derecho, lo que ha de determinar la íntegra desestimación del recurso del condenado.

Sentencia 1/2012, AP Guadalajara, de 2 de febrero

Ponente: **Doña Isabel Serrano Frías**

Resumen: **Detención ilegal y lesiones. Declaración testifical de coimputado**

Procedimiento Abreviado: **n.º 15/2011**

Artículos: **147, 163 y 165 Código Penal**

Detención ilegal y lesiones. Secuestro de una menor. Elementos típicos de la detención ilegal: Infracción instantánea. Privación al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y dolo penal. Prueba de cargo: Declaración de coimputado necesitada de otras pruebas. Credibilidad de una prueba testifical de cargo: Notas sobre doctrina jurisprudencial. Delito de lesiones: Tratamiento médico. Cabestrillo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—(...)

En el supuesto de autos las declaraciones del propio acusado son las únicas insistentes que apuntan a ese estado de intoxicación etílica pues ni los policías que llevaron a cabo su detención apreciaron nada al respecto siendo expresamente preguntados sobre el tema ni el médico forense que examinó al acusado Rosendo aprecia patología alguna relativa a la adicción que mantiene este que padece declarando el perito en el Juicio Oral que «no tiene acreditada influencia en la conducta ni diagnóstico de afectación psiquiátrica ni de patología mayor».

Cuarto.—En lo que se refiere a la pena a imponer hay que mantener en primer lugar que nos encontramos ante un concurso real. Plantea este tema la STS, Sala Segunda, de lo Penal, S. de 10 Feb. 2009 cuando se refiere a la dificultad en general «para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particular-

mente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad» (art. 8.3.1 Código Penal). En estos casos, hemos dicho y repetido en esta Sala (SSTS 875/2004 de 19-6, 1706/2002 de 9-10), de acuerdo con la doctrina, solo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.

(...)

En el supuesto de autos nos encontramos ante infracciones jurídicamente independientes aunque entre ellas existen algunos elementos comunes al haber coincidido las lesiones en el tiempo con la detención ilegal, pues durante el desarrollo de ésta se produjeron aquellas. Prin-

cialmente se han suscitado más dudas y dado lugar a apreciación de situaciones de concurso medial en relación detención ilegal y robo mas no en el supuesto de lesiones. Solo en el caso de lesiones psíquicas, causadas a la víctima de la detención ilegal se plantea la posibilidad de absorción en este delito y así en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir «normales», precisa la STS 629/2008 de 10-10, correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión, declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de detención lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal o real según los casos, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto, subsumibles en el hecho delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente a este delito. Será necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de la

agresión o si, por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto, subsumible en el delito de detención ilegal lesiones.

Sentado lo que antecede y teniendo en cuenta las penas previstas en los artículos 163.1, prisión de cuatro a seis años, la previsión agravatoria del artículo 165 también del Código Penal por la minoría de edad de la víctima que exige se imponga la pena en su mitad superior, procede la imposición de cinco años y un día de prisión por este delito que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (arts. 56 y 79 CP).

En cuanto a las lesiones teniendo en consideración el alcance de las mismas y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal el artículo 66.6 del Código Penal permite imponerla en toda su extensión, entendiendo esta Sala acorde y proporcional al delito de lesiones alcance de las mismas y su tiempo de curación la pena de un año de prisión.

Sentencia 15/2012, AP Madrid, de 3 de febrero

Ponente: **Doña Olatz Aizpurua Biurrarena**

Resumen: **Tráfico de drogas y falsedad documental. Cadena de custodia. Tentativa**

Procedimiento: **n.º 113/2011**

Artículos: **16, 74, 368, 369, 390 y 392 Código Penal y 579 LECrim**

Tráfico de drogas y falsedad documental. Irregularidades en la cadena de custodia. Es necesario garantizar que se aportan al juicio los mismos vestigios relacionados con el delito. Apertura de correspondencia. Tentativa. Concepto: El plan del autor, y los medios utilizados «objetivamente» considerados son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Tentativa inidónea: Inidoneidad absoluta por inexistencia absoluta de objeto (droga). Delito imposible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

En relación a la cadena de custodia el problema que plantea, dice la STS 1190/2009 es

garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes

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

En este punto, hemos de afirmar que sí disponemos de elementos probatorios suficientes para tener por acreditadas la realidad de la droga ocupada, su peso y naturaleza. Y así, se ha acreditado que los paquetes fueron abiertos en el Juzgado a presencia judicial, con la fe pública de la secretaria judicial, la sustancia hallada en los mismos se introdujo en unas bolsas que fueron precintadas allí mismo y custodiadas por la guardia civil en la caja fuerte de sus dependencias, hasta que fueron trasladadas al laboratorio oficial. Según consta en el folio 372 de las actuaciones, la sustancia analizada es la misma que la incautada: en la muestra que el laboratorio analiza como número 1 se encuentran las tres bolsas (...), (...), y (...), la diferencia en cuanto al peso, responde evidentemente a que en el Juzgado se señaló el peso bruto y en el laboratorio el peso neto. Las dos bolsas restantes (...), y (...), se analizaron conjuntamente como muestras 2 y 3. Coincide el número que llevaban las bolsas y el contenido de las mismas, es cierto que en el laboratorio el peso es ligeramente inferior, pero se debe a que se consigna el peso neto; hay una diferencia en cuanto al número de paquetes que contenían estas dos bolsas, que en el Juzgado se contabilizaron 91 y en el laboratorio 90, pero teniendo en cuenta la coincidencia en todos los demás aspectos relevantes, entendemos que se trata de un error en el cálculo, que no tiene trascendencia.

(...)

Tercero.—(...)

El art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión

«objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva. 1.º) 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); 2.º) 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 puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3.º) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. Esta inidoneidad absoluta es la que apreciamos respecto a la acusada Natividad, por inexistencia absoluta de objeto, es un delito imposible, porque no hay objeto, no hay droga, los agentes se habían llevado el paquete y cuando ella acudió a las dependencias de Transfer Latina, allí ya no estaba el paquete.

(...)

En el presente caso, el acusado Feliciano era el destinatario de la droga, para ello se identificó con la carta de identidad de la República Italiana en la que figura su fotografía y a nombre del destinatario del paquete.

En relación al delito continuado de falsedad documental ha quedado acreditado que el acusado Feliciano tenía en su poder y presentó los documentos descritos en el relato fáctico, para recoger la droga. Las cartas de identidad de la República Italiana en los que figura su fotografía y que están a nombre de los destinatarios de los paquetes, son totalmente falsas, según los informes periciales. Él ha manifestado que

las fotografías no las puso él sino otra persona; este argumento resulta intrascendente a estos

efectos penales de lo previsto en el art. 392 del Código Penal.

Sentencia 2/2012, AP Cuenca, de 6 de febrero

Ponente: **Don Ernesto Casado Delgado**

Resumen: **Apropiación indebida. Delito continuado. Apropiación de dinero entregado para compraventa de viviendas**

Procedimiento Abreviado: **n.º 3/2010**

Artículos: **74, 249, 250 y 253 Código Penal**

Apropiación indebida. Delito continuado. Estafa inmobiliaria: El acusado percibió cantidades a cuenta por los compradores de las futuras viviendas no terminadas sobre suelo sobre el que resultó imposible ejecutar la construcción. Doctrina jurisprudencial sobre el dinero entregado para compraventa de vivienda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

A la luz de los hechos declarados probados, y en aplicación de la doctrina expuesta, la inordinación de la conducta del acusado el delito de apropiación indebida se revela inobjetable y ello en tanto el acusado percibió las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las futuras viviendas, no terminó la construcción de las viviendas sin haber devuelto las cantidades percibidas a cuenta de los compradores a pesar de haber sido requerido para ello, o concertó contrato de seguro para la construcción de las viviendas ni entregó aval alguno a los compradores en los términos exigidos por la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (Disposición Adicional Primera) y, lo que es fundamental, desvió una parte significativa de las cantidades percibidas a cuenta a finalidades distintas de aquéllas a las que, conforme a Ley, estaba obligado, sin haberlas depositado en una cuenta especial para garantizar su devolución en caso de que por las

circunstancias que fuere la construcción no llegare a buen fin, como finalmente aconteció en el presente caso.

Procede aplicar la modalidad agravada del *n.º 1 del art. 250*, esto es, por recaer sobre vivienda, pues todos los adquirentes manifestaron en el acto del juicio que la vivienda iba a ser destinada al domicilio habitual, eso es, no se trataba de segundas viviendas o de aquéllas otras adquisiciones concebidas como inversión (STTS 57/2005, de 26 de enero, 62/2004, de 21 de enero, 997/2007, de 21 de noviembre).

Finalmente, tampoco alberga esta Sala duda alguna respecto a que el delito de apropiación indebida señalado debe ser tomado en consideración como delito continuado, al amparo de lo establecido en el artículo 74 del Código Penal, ya que la actuación del acusado se prolongó en el tiempo, todas cuantas acciones, individualmente consideradas, se integran, sin embargo, en una ideación o proyecto global del cual cada uno de los diferentes comportamientos no son más que meras aplicaciones concretas, bajo un dolo unitario o diseño único mediante el cual lo plútime se unifica en una sola infracción.

Sentencia 5/2012, AP La Coruña, de 6 de febrero

Ponente: **Don Salvador Pedro Sanz Crego**

Resumen: **Determinación coactiva a la prostitución**

Procedimiento Abreviado: **n.º 21/2008**

Artículos: **188, 312 y 318 Código Penal**

Determinación violenta a la prostitución. Circunstancias típicas. Promoción de la inmigración ilegal. Delito continuado. Ejercicio de la prostitución. Incomparecencia de testigos protegidos en el acto del juicio oral. Lectura de declaraciones sumariales: Doctrina constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Sin embargo, en el caso que aquí nos ocupa, de la prueba de cargo practicada, constituida por las declaraciones prestadas por las testigos protegidas (...), (...), (...), (...) y número (...) o «Chato» no puede estimarse como acreditado que ninguno de los acusados hubiera contactado con las testigos en sus respectivos países de origen para gestionar su llegada al territorio nacional ni tampoco que se hubieran encargado de financiar, aportando el dinero necesario tanto para la adquisición de los billetes de avión como para cumplir con los requisitos de ingreso en territorio español, el viaje de las testigos hasta España, y, lo que es más relevante, tampoco consta acreditado que la intención de los procesados, o de las propias testigos, fuera la de prolongar la estancia de estas últimas en territorio nacional mas allá del período de tres meses fijado como fecha de regreso en su respectivos billetes de avión y que constituye, según la legislación de extranjería, el límite de permanencia como «turista» en España, por lo que no concurre el requisito de la *«finalidad de permanecer de forma ilegal en España»* necesario para la comisión del referido delito.

(...)

Por último, y en cuanto a la posible comisión del subtipo agravado del artículo 318 bis 2 del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha de comisión de los hechos, debe ser recha-

zada, por cuanto el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 27/06/2011, y tras señalar que «como consecuencia de la reforma introducida por la LO 5/2010, que ha modificado el artículo 318 bis, suprimiendo el subtipo de su apartado 2, que desde la reforma de la LO 11/2003 agravaba la pena cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas. Previsión legal que ha sido trasladada al delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis donde el fin de explotación sexual se integra, no como subtipo agravado respecto de otro básico, sino como elemento de éste junto con otras exigencias típica que no son del caso examinar por ser ese delito ajeno al objeto de este proceso», estableció de manera expresa que *«La eliminación del referido subtipo agravado del artículo 318 bis deja como único apreciable el básico de su apartado 1»*.

(...)

Tercero.—De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Concurre en el presente caso la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, con el carácter de muy cualificada. Como ha establecido el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuel-

to, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama.

En el caso aquí enjuiciado, y la vista de las paralizaciones sufridas en la tramitación de la causa que aparecen descritas en el relato de hechos probados, la atenuante de dilaciones indebidas debe ser apreciada como muy cualificada, pues concurre, como exige el Tribunal Supremo en jurisprudencia ya consolidada, «un plus en la excesiva duración del proceso o en la existencia de demoras injustificadas».

Sentencia 8/2012, AP Pontevedra, de 6 de febrero

Ponente: **Don José Carlos Montero Gamarra**

Resumen: **Homicidio. Tentativa. Incorporación a la causa de declaración de testigo fallecido**

Procedimiento Abreviado: **n.º 4/2011**

Artículos: **66, 70 y 138 Código Penal**

Homicidio. Tentativa acabada. Declaración de testigo previa al juicio oral al que no pudo comparecer por fallecimiento: Válida excepción al principio de contradicción. Aplicación de la pena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de Homicidio en grado de tentativa del art. 138 y 16 del Código Penal (en la persona de Erasmo), del que resulta responsable en concepto de autor (sin apreciar concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal), José Miguel.

(...)

Afirmar la voluntad del acusado a partir de la actividad probatoria desplegada es, en realidad, un juicio formulado con arreglo a la conciencia empírica, no la conciencia normativa a la que pertenecen los valores. Cuando el órgano decisorio de instancia, después de valorar los elementos objetivos, atribuye al acusado una determinada voluntad, no está formulando un juicio de valor, sino una inferencia. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el *animus* del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que afirmar un hecho (STS 943/2009, de 29-9).

Este elemento anímico que caracteriza el tipo penal no es exclusivamente el dolo específico de matar o *animus necandi*, sino el dolo homicida, el cual tiene dos modalidades: el dolo, directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad de dar muerte, y el dolo eventual.... (STS 943/2009, de 25-3 y 210/2007, de 15-3).

Se han establecido como signos externos de la voluntad de matar, entre otros y como más significativos: la clase de arma utilizada (es decir, con otras palabras la clase, dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar (SSTS 12-2-1993, 23-3-1993, 16-9-1993, 20-9-1994, 20-1-1995, 28-3-1995, 26-6-1995 y 14-1-1998); la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión (esto es, con otras palabras, lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital); el número de golpes inferidos (con otras palabras, la insistencia y reiteración de los atacantes, STS 14-1-1998, o lo que es igual, la insistencia o reiteración de los

actos agresivos); y la entidad y gravedad de las heridas causadas.

(...)

En nuestro caso, no hay duda que debe estimarse acreditada la existencia del ánimo homicida en el acusado José Miguel. Ello resulta acorde con las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

El arma empleada, un cuchillo de cocina, con hoja de sierra y mango, arma blanca cortopunzante, no podemos desconocer que se trata de un arma idónea para matar; conocimiento de la capacidad lesiva y letal del arma, que por su obvia, necesariamente tenía que poseer José Miguel.

Tampoco podemos ignorar la zona anatómica atacada, región abdominal, con causación inmediata de «herida incisa transversa a nivel supraumbilical de 5 cm con salida de colon transverso cubierto con apiplón» (folio 97).

Es más, la vulnerabilidad y su carácter vital, de la zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, ha sido puesta de manifiesto por Angelina, médico forense; así dicho facultativo puso de manifiesto a la defensa como la lesión producida en el abdomen no requería de una especial fuerza, pues lo más resistente era la piel y que luego todo era blando, penetrando el cuchillo fácilmente. Y su gravedad o letalidad potencial, también quedó suficientemente expresada por el facultativo en cuestión, al decir «Si el cuchillo se hubiera desviado un poco se podría haber seccionado un asa intestinal». Pero además dejó constancia en el Informe Médico-Forense, en la conclusión médico legal 7.^a, como «Atendiendo a la descripción de las lesiones realizada durante el procedimiento quirúrgico se puede presumir que, de no haber recibido asistencia médica, el sangrado activo de las arteriolas musculares de los rectos anteriores del abdomen habría derivado en una situación de shock hipovolémico que habría comprometido la vida del informado» (folio 98). Piénsese que la presencia de sangre extravasada en la cavidad peritoneal (hemo-peritoneo), que fue preciso evacuar (folios 23 y 97), con ocasión de la intervención quirúrgica, fue de unos 1.000 cc, esto es un litro, es decir, un volumen de sangre importante (una persona adulta tiene alrededor de 4-5 litros de sangre, dependiendo del peso corporal).

Todo ello nos da idea del riesgo vital, por riesgo de shock hipovolémico, a que estuvo sometido Erasmo; y consiguientemente riesgo de fatal desenlace, de no haber sido ingresado e intervenido quirúrgicamente al poco de haber acaecido los hechos.

(...)

Decimotercero.—(...)

La distinción entre la tentativa y el delito consumado sigue gravitando en torno a la idea de resultado, que no ha de entenderse desde luego en términos naturalísticos. De modo que entre delito consumado y tentativa, se levanta una diferencia sustancial que justifica la diferente penalidad. Y esta radica en la idea de desvalor de resultado. Desde una perspectiva formal, el delito consumado requiere la realización de la totalidad de los elementos del tipo correspondiente. En unos casos el tipo solo exige realizar una actividad, pero en la mayoría, además de practicar la actividad descrita por el tipo se exigirá la producción del resultado típico.

En definitiva, la diferente penalidad se fundamenta en un principio objetivo: la realización completa del tipo, que a su vez descansa en una concepción basada en la existencia o no de lesión del bien jurídico, y en la mayor o menor cercanía del peligro para el bien jurídico.

Estas ideas quedan igualmente reflejadas en los criterios que el artículo 62 recoge con el fin de guiar la reducción de la pena en uno o dos grados. Es decir, que el intérprete rebajará la pena atendiendo exclusivamente al «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado». Con otras palabras hay una remisión a criterios nacidos del principio de ofensividad (contenido del injusto) y del principio de ejecución del delito.

En consecuencia, la rebaja en uno o dos grados dependerá de la mayor o menor gravedad objetiva del intento, la cual debe medirse con dos parámetros: peligro y grado de ejecución.

En el primer caso fundamentalmente se atenderá a la tradicional diferenciación entre creación de un peligro potencial (abstracto), y por tanto más alejado de la consumación; y de otra a la producción de un peligro concreto, mucho más cercano a la consumación del delito.

Se trata pues de una evaluación estrictamente objetiva del grado (idoneidad) del riesgo y de su cercanía mayor o menor a la consumación (producción del resultado lesivo). Habrá de evaluarse la probabilidad de que el comportamiento realizado hubiese producido la consumación del delito. Este juicio de probabilidad se desarrollará con parámetros fundamentalmente normativos, o sea, de conformidad con las exigencias del tipo correspondiente.

Tipo correspondiente que en nuestro caso es de los denominados de resultado, esto es, un

delito de lesión (y no de peligro; por lo que no viene ahora al caso el planteamiento de la cuestión de si es posible la tentativa en los últimos delitos).

Es evidente que los delitos que para su consumación exigen la lesión del bien jurídico protegido, pueda apreciarse la tentativa cuando solo ha existido un peligro para el bien tutelado. Y este a su vez puede graduarse en función de la potencialidad lesiva de la conducta, en su carácter abstracto o concreto, en la idoneidad del comportamiento para alcanzar la lesión.

Sentencia 10/2012, AP Zamora, de 6 de febrero

Ponente: **Doña María Esther González González**

Resumen: **Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruido emitido por un establecimiento hostelero**

Procedimiento Abreviado: **n.º 74/2011**

Artículo: **325 Código Penal**

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Emisión de ruido por establecimiento hostelero: Distinción entre el ilícito administrativo y el penal. Valoración de la prueba: Principio de inmediación. Intervención mínima y subsidiariedad del Derecho Penal. Los recurrentes se vieron afectados, en cuanto a su salud, por los efectos continuados de los ruidos provenientes del local. Desestimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—En cuanto a la infracción de ley en relación a las exigencias del tipo penal y la diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal y los principios de subsidiariedad e intervención mínima que rigen nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, debemos poner de manifiesto que la Jurisprudencia, recogida en Sentencias como la de STS 24-2-2003 que hace una análisis exhaustivo de esta figura delictiva, viene estableciendo que respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de esa misma Sala 96/2002, de 30 de enero de 2002 en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce

o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero).

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del Código Penal —y antes el 347 bis— habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves con-

secuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

Dicha Sentencia hacía una aplicación al caso concreto, exponiendo que los vecinos del edificio afectado por el ruido de la sala de fiestas ubicada en él habían padecido de forma reiterada «no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como responsable de la Sala de Fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores

de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnios y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos». Por todo ello concluía que el recurrente había creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la Sala de Fiesta de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.

En este caso, está probado que los recurrentes se vieron afectados en cuanto a su salud, por los efectos continuados de los ruidos provenientes del local regido por el recurrente (las pruebas consistentes en los certificados médicos y el informe del Médico Forense así lo ponen de manifiesto) y nos hallamos ante resultados de mediciones no sólo similares a las del supuesto tratado por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada, sino superiores, por lo que el motivo debe ser rechazado.

Sentencia 29/2012, Las Palmas, de 9 de febrero

Ponente: **Doña María del Pilar Verastegui Hernández**

Resumen: **Tráfico de drogas. Reincidencia. Intervenciones telefónicas**

Recurso de Apelación: **n.º 189/2011**

Artículos: **18 CE, 368, 369 y 369 bis Código Penal y 579 LECrim**

Delitos contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia. Intervención de drogas durante su desembarco: Delito consumado. Circunstancias agravantes: Reincidencia. Intervención de las telecomunicaciones: Motivación de la resolución acordatoria de la medida. Desestimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...).

En primer lugar, en relación con el motivo invocado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 señalaba que «... cuando se

invoca la vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones es preciso recordar que no se debe confundir los motivos de nulidad con otras cuestiones relativas a la forma en que esas conversaciones hayan podido incorporarse al acervo probatorio ya que es cierto, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, en Sentencia 126/2000, de 16 de mayo, que la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como sucede cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ. 1 y 2, y 171/1999, de 27 de septiembre FJ 5, y las que en ellas se citan). Pero no es menos cierto que se hace preciso partir de una distinción entre aquellas alegaciones que afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de aquellas otras que enlazan con el derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías. Las primeras son vicios ocasionados durante la ejecución de la injerencia en ese derecho fundamental que pueden determinar su nulidad; y otra diferente es que una vez cesado la intromisión en el secreto de las comunicaciones puedan detectarse vicios o irregularidades, como sería una aportación procesalmente incorrecta de los resultados de las intervenciones, que eliminan la eficacia probatoria de las escuchas y sus grabaciones, pero que no afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18 de la Constitución. Así se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional de la que se ha hecho antes mención, 126/2000 de 16 de mayo, en la que se declara que hemos dicho últimamente (SSTC 121/1998, de 15 de junio, 166/1999, de 27 de septiembre y 236/1999, de 20 de diciembre) que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen

lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada, no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (en el mismo sentido, SSTC 121/1998, FJ 5; 151/1998, FJ 4, y 49/1999, FFJJ 12 y 13).

(...)

Cuarto.—(...)

En la STS 1276/2009, de 21 de diciembre, se afirma que «respecto de la complicidad en sentido estricto, esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de “favorecimiento del favorecedor”, viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, la aplicación del art. 29 con la consiguiente rebaja de la pena en un grado prevista en el art. 63. Tal ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar».

(...)

Pues bien, en el presente caso, no puede considerarse a los recurrentes como meros cómplices, cuando lo cierto es que, como se desprende de las conversaciones telefónicas intervenidas y la declaración del coacusado Alfonso, en relación, en este caso, a Cipriano y Juan Antonio, conocían las circunstancias del desembarco, y se interesan, a lo largo de la noche, por el desarrollo de la operación, conductas éstas favorecedoras y de cierta entidad, del tráfico ilícito subsumible en la autoría por cuanto la división del trabajo no requiere la realización personal

y material de todas las partes del hecho delictivo, dentro de esa planificada ejecución conjunta (STS 30-11-2001, 6-3-98) que no puede ser calificada como simple complicidad.

(...)

No se produce, en el presente caso, la indefensión que reclama el recurrente. Por el contrario, si bien el escrito de acusación del Ministerio Fiscal describe la venta final de la droga a los consumidores como uno de los cometidos que había de asumir el acusado Miguel, no era éste el único, al desprenderse del escrito que tanto la actuación de éste, como la del resto de acusados, culminó el día 7 de noviembre de 2008, con la llegada a la Playa de Punta Prieta de una embarcación tipo zodiac, cargada con 12 fardos

de una sustancia que resultó ser hachís, con lo que en todo momento la acusación ha vinculado al acusado Miguel con la entrada de la droga en Lanzarote, limitándose la sentencia impugnada a concretar y delimitar las funciones que esa noche desarrollaron cada uno de ellos, con arreglo a las conversaciones telefónicas y el resto de material probatorio obrante en autos. Expresando la jurisprudencia ya expuesta en el sentido de que el Tribunal «... puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido», con lo que ninguna indefensión se ha causado al recurrente y el motivo debe ser también desestimado.

Sentencia 113/2012, AP Madrid, de 9 de febrero

Ponente: Don José de la Mata Amaya

Resumen: **Violencia de género. Amenazas y vejaciones injustas. Quebrantamiento de condena**

Recurso de Apelación: n.º 687/2011

Artículos: 21, 171 y 173 Código Penal

Violencia de género habitual. Amenazas y vejaciones injustas. Quebrantamiento de condena. Presunción de inocencia: Pruebas que desvirtúan la presunción de inocencia. Las que se practiquen con observancia estricta de las garantías procesales. Solemnidades del juicio oral y principios de oralidad, publicidad, contradicción, igualdad y dualidad de partes, intermediación y aportación de pruebas. Narración de hechos del delito acompañada de detalles periféricos. Apreciación por la Sala de un delito de violencia de género pero no del otro del que fue condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Hechos constitutivos del primer delito de violencia de género.

La conclusión es la misma en relación con el primero de los delitos de maltrato del art. 153.1 Código Penal.

En este caso, como en el anterior, la Juez *a quo* toma en consideración la declaración de la víctima como testimonio válidamente inculpatario. Y cuenta con un poderoso elemento ob-

jetivo de corroboración: el informe médico (y luego el informe forense que evalúa el anterior), que pone de manifiesto que efectivamente la víctima fue atendida el día de hechos de ciertas lesiones compatibles exactamente con el relato de hechos que facilitó desde el primer momento y en el que persistentemente se ha venido ratificando desde entonces.

Hechos constitutivos del segundo delito de violencia de género.

La situación es distinta en este caso. La Juez *a quo* también se sustenta en la declaración de

la víctima para reputar probados los hechos que tuvieron lugar en septiembre de 2005 (arrojar a un recién nacido en la cama, empotrar a la víctima contra un armario, cogerla del cuello y darle un bofetón). Pero en este caso no existe el más mínimo indicio complementario. De hecho, el FJ 2 de la Sentencia recurrida se centra en el delito de maltrato anteriormente analizado (hechos que tuvieron lugar el 13 de mayo de 2005), y en absoluto se refiere de modo específico al segundo episodio. Se soslaya cualquier análisis particular o valoración del testimonio de la víctima en relación con estos hechos, se omite cualquier referencia a la existencia de posibles elementos de corroboración de su versión, y no se contrasta con la versión facilitada de contrario para valorar la calidad de los datos.

En este caso, por tanto, el fallo condenatorio presenta un déficit tanto de expresión de su fundamento como de racionalidad, al no haber sido valorados expresamente los elementos de corroboración de la declaración de la víctima ni haber sido considerada expresamente la prueba de descargo. Procede pues, en este caso, estimar el motivo de apelación y revocar la Sentencia apelada en este punto, absolviendo al apelante del delito de violencia de género del art. 153.1 Código Penal correspondiente a los hechos que tuvieron lugar en septiembre de 2005.

A los efectos que ahora interesan, por último, carece de relevancia la alegación de indefensión planteada por el apelante por razón de la concreción de los escritos de acusación por utilizar expresiones tales como «en hora indeterminada» o «en fecha indeterminada pero en invierno de 2005». No hay tal. Cada uno de los episodios objeto de acusación está perfectamente caracterizado y es conocido perfectamente por el apelante, habiendo tenido la ocasión de declarar, de pronunciarse y de defenderse en relación con cada uno de ellos.

Una última cuestión plantea el recurrente en este motivo del recurso. Se queja de que la Sentencia de instancia no ha llevado a cabo una valoración del conjunto de la prueba practicada, en cuanto no ha realizado referencia ni realizado valoración alguna del testimonio de uno de los testigos de la defensa, el sacerdote presidente

de una ONG que ha estado prestando asistencia social en el poblado donde la pareja residía y que les conocía a ambos hasta el punto de haber estado presente en el parto de su hijo. Ello es cierto. Sin embargo, el visionado del vídeo del juicio permite comprobar que el testigo afirmó reiteradamente que en ningún momento tuvo el más mínimo conocimiento de la existencia de un cuadro de malos tratos, ni por percepción propia ni por referencia de la víctima o de algún otro de los familiares de cualquiera de los miembros de la pareja. Es claro, pues, que nada pudo aportar al esclarecimiento de los hechos ni el contraste con su testimonio permitía validar ni refutar la calidad de los datos suministrados a través de los restantes medios de prueba.

(...)

Quinto.—(...)

Por su parte, en relación con el supuesto delito de quebrantamiento de medida cautelar, la apelante realiza un serie de suposiciones en función de determinadas actuaciones que el condenado habría realizado el mismo día en que la medida de alejamiento fue adoptada. El condenado habría dejado unos mensajes de voz sobre la recogida del menor que concuerdan con lo acordado como medida de carácter civil en el Auto estableciendo la orden de protección. Este comportamiento permite suponer, según la apelante, que el condenado conocía tal medida y, por tanto, que sí le fue notificada la medida de alejamiento solicitada.

Es posible. Pero también lo es que no fuera así. Y el hecho objetivo es que el Auto le fue notificado, como indica la Sentencia apelada, el día 10 de julio de 2008. Existen pues, indicios contradictorios. Y, al valorarlos se introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos y de la existencia de elementos psicológicos. En tal situación, resulta también de indudable aplicación el principio *in dubio pro reo*, condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso, y procede absolver. Este submotivo del recurso, pues, también debe ser rechazado.

Sentencia 49/2012, AP Valladolid, de 13 de febrero

Ponente: **Don Miguel Ángel de la Torre Aparicio**

Resumen: **Estafa continuada. Delito continuado**

Procedimiento Abreviado: **n.º 24/2011**

Artículos: **74, 248, 250 y 251 Código Penal**

Estafa continuada. Compraventa de local comercial. Requisitos del delito de estafa: engaño precedente o concurrente; engaño bastante y de entidad para la consecución de los fines propuestos; producción de un error esencial en el sujeto pasivo; acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio; nexo causal y ánimo de lucro. Delito continuado: Pluralidad de acciones; plan preconcebido y afectación a un mismo tipo penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de estafa previsto en el artículo 248 y 250-6 del Código Penal en su redacción al momento de los hechos (actual art. 250-5 del C. Penal), en relación con el artículo 74 del mismo texto legal.

1. El delito de estafa, según la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º) Un engaño precedente o concurrente. 2.º) Que dicho engaño sea bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial. 3.º) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real. 4.º) Un acto de disposición patrimonial por parte de este con el consiguiente perjuicio. 5.º) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima. 6.º) Ánimo de lucro.

(...)

Quinto.—También se le acusa de un delito de apropiación indebida, tipificado en el artículo 252 del Código Penal, articulándose tanto de forma subsidiaria o alternativa respecto de la estafa como de forma principal o conjunta con el mismo.

Respecto de JAMM Valladolid, el acusado Lucio concertó un contrato de ejecución de obra, por lo que éste último no recibió dinero u otro bien mueble con la obligación de devolverlo o reintegrarlo a JAMM, sino que se obligó a

pagar un precio por la realización de las obras. No observamos por ello que, en cuanto a este negocio jurídico, se dé el presupuesto básico del delito de apropiación indebida, cual es la situación inicial en la que el sujeto activo recibe en calidad de depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Por lo demás, téngase en cuenta que la acusación particular JAMM únicamente está legitimada para formular acciones y pedimentos en lo que a él se refiere y no en relación a otras personas.

Con relación a los compradores de los trasteros, tampoco advertimos la existencia del delito de apropiación indebida, subsumible en el art. 252 del Código Penal, porque estamos ante una simple compraventa de trasteros (que no construcción de viviendas) y las cantidades se entregan como precio o a cuenta del pago del precio de los trastero; de forma que no concurre, a nuestro juicio, el título comisivo característico de la apropiación indebida. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido especificando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito —aparte de los tres que recoge el art. 252— mencionando: el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de domicilio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo o atípico que no encajan en ningun-

na categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver; lo cual no existe en los casos de compraventa, préstamo, mutuo, permuta o donación (STS de 11-12-2001, 8-3-2002, 4-6-2002, 15-7-2002).

Aquí la cuestión es que el Sr. Lucio actuó con engaño frente a estos compradores ocultan-

do la falta de pago de ese local donde se construyeron los trasteros y la operatividad de la condición resolutoria con que se concertó dicha compra inicial por el acusado, de forma que revirtió la propiedad de la superficie y de lo construido al Sr. Octavio frustrando los derechos de los adquirentes de los trasteros. Esta conducta integra una estafa como hemos dicho, no una apropiación indebida.

Sentencia 141/2012, AP Barcelona, de 14 de febrero

Ponente: **Don José María Assalit Vives**

Resumen: **Tráfico de drogas. Sustancias que causan grave daño a la salud. Secreto de las comunicaciones**

Procedimiento Abreviado: **n.º 65/2011**

Artículos: **18 CE, 368 y 369 Código Penal**

Tráfico de drogas. Sustancias que causan grave daño a la salud. Derecho al secreto de las comunicaciones: Manipulación de teléfono móvil del condenado durante la detención y observación de sms almacenados en éste. Vulneración del derecho: No se puede acceder al registro de llamadas o mensajes sin autorización judicial o consentimiento. No se valora como prueba de cargo el contenido de los sms del teléfono móvil del acusado. Atenuantes: Adicción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado contra la salud pública, referido a sustancias que causan grave a la salud, y que no causa grave daño, del artículo 369, párrafos primero y segundo, del Código Penal.

Se han considerado probados los hechos en méritos de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio con todas las garantías y en concreto por las declaraciones de sendos miembros de los Mossos d'Esquadra que presenciaron los hechos y que ocuparon al acusado en su poder las sustancias consignadas en los hechos declarados probados, y por la prueba pericial documentada obrante a los folios 43 a 47 de las actuaciones —que no ha sido impugnada por la defensa del acusado—, que prueba la naturaleza de las sustancias ocupadas, peso y riqueza, lo que ha logrado conformar la convicción de este Tribunal

y es estimado suficiente para considerar enervado el principio de presunción de inocencia.

En efecto, la declaración de los agentes fue clara, convincente para este Tribunal, y coincidente en lo esencial, relatando los hechos que observaron directamente y que se reflejan en los hechos declarados probados, sin que exista motivo alguno para sospechar que tuvieran intención de faltar a la verdad.

Aunque es cierto que no consta lo que fue objeto de transacción entre el acusado y el ocupante del vehículo, sin que por otra parte se afirme como hecho objeto de acusación que fuera sustancia estupefaciente, sí en cambio que efectivamente hubo un intercambio de algo que se hallaba en un paquete de tabaco que portaba el acusado, y ello a cambio de dos billetes, también lo es que en el mismo paquete de donde el acusado extrajo lo vendido, se encontraron dos papelines de cocaína.

Lo anterior junto al hecho de que el acusado portara en su poder más drogas y una balanza de precisión, a juicio de este Tribunal conforman prueba indiciaria suficiente para considerar probado que todas las expresadas sustancias se hallaban preordenadas por el acusado a su tráfico ilícito.

También es cierto que se podría alegar que la totalidad, o parte de ellas, podría hallarse destinadas al propio consumo del acusado teniendo en consideración que es un politoxicómano —como se considera probado a partir del informe pericial practicado en el acto del juicio oral—, no obstante debe valorarse la cantidad dineraria que tenía en su poder el acusado cuando fue detenido, y sin bien no consideramos probado que la misma proviniera del tráfico ilícito, sí lo consideramos determinante para concluir que el acusado, contando con la disponibilidad dineraria que poseía y las sustancias que tenía en su poder, lo propio era consumirlas, o a adquirir más, y no a venderlas como había ocurrido con la transacción observada por los agentes.

A juicio de este Tribunal los hechos declarados probados deben incardinados en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal en atención a la escasa entidad del hecho: la total cocaína que portaba el acusado para destinarla al tráfico se halla próxima a la dosis mínima

psicoactiva, y la cantidad de hachís es de poca entidad también; y además no existe motivo alguno para considerar que el acusado no sea el último eslabón de la cadena del tráfico ilícito, sin que la acusación pública haya probado que existan circunstancias personales en el acusado que desaconsejen la aplicación del expresado párrafo.

Cuarto.—(...)

Se aprecia en el acusado la atenuante del artículo 21.2.^a del Código Penal por cuanto en el momento de cometer los hechos tenía sus facultades limitadas por su politoxicomanía grave en aquellos actos dirigidos a obtener recursos económicos para adquirir las sustancias a las que era adicto.

Ello se encuentra probado por las declaraciones del acusado y fundamentalmente por el informe pericial practicado en el acto del juicio oral, contando el perito para apoyar su conclusión en la observación de afectación en el tabique nasal del acusado y el hallazgo de las sustancias en el vello púbico según resulta del informe toxicológico obrante a los folios 74 y 75 de la causa.

No se considera como eximente incompleta ya que no existen méritos para considerar probado que la limitación de la capacidad volitiva fuera de la entidad requerida para ello.

Sentencia 58/2012, AP Cáceres, de 16 de febrero

Ponente: **Don Valentín Pérez Aparicio**

Resumen: **Violencia de género. Amenazas y vejaciones injustas. Parentesco**

Procedimiento Abreviado: **n.º 16/2011**

Artículos: **23, 27, 28, 74, 171, 173, 178 y 179 Código Penal**

Violencia de género. Amenazas y vejaciones injustas. Agresión sexual. Circunstancia agravante: Parentesco. Prueba de cargo: Declaración de la víctima como única prueba enervadora de la presunción de inocencia. Credibilidad de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Los hechos que esta sentencia declara probados son constitutivos de los siguientes delitos:

A) Un delito continuado de violación del artículo 179 en relación con los artículos 178 y 74 del Código Penal, que se concreta en los sucesivos accesos carnales que, por vía bucal, vaginal y anal, el procesado tuvo con Miriam

entre la tarde del día 2 de enero de 2011 y la mañana del día siguiente empleando para vencer la oposición de la víctima a tales actos los medios que quedan descritos en el relato de hechos probados.

(...)

Aun cuando no se ha alegado por la defensa, resulta evidente que no puede apreciarse una unidad natural de acción entre los tres episodios que descartara la aplicación del artículo 74 del Código Penal a favor de la comisión de un solo delito, que se da en el caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, 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, pues entonces no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad material de acción, y no cabe hablar 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 (STS. 19-6- 99) (...).

B) Un delito continuado de amenazas leves de género del artículo 171.4 del Código Penal en relación con su artículo 74, en el que se integran las múltiples expresiones de esa naturaleza que a lo largo de su relación el acusado profirió contra Miriam; (...).

C) Una falta continuada de vejaciones injustas de carácter leve del artículo 620.2 del Código penal en las que se integran las expresiones claramente despectivas que el procesado profirió contra su pareja a lo largo de su relación; (...).

D) Por último, de un delito de violencia física y psíquica habitual del artículo 173.2 del Código Penal. Para apreciar su comisión basta con la constatación de los delitos a que se refieren los tres apartados anteriores, en los que se observa esa violencia tanto física como psíquica que, habitualmente, a partir del momento en que Miriam accedió a mantener por primera vez relaciones sexuales, ejercía sobre ella el procesado, infracciones que en tanto que protegen bienes jurídicos diferentes al que ampara el artículo 173.2, son punibles por ambas

vías («sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica» dice el precepto que nos ocupa). En todo caso no son solamente esas acciones individualmente consideradas como delictivas las que en el presente caso se integran en el delito, sino todas aquellas que conformaron un comportamiento del procesado dirigido a la anulación y sometimiento de su pareja a sus deseos, objetivo que consiguió. Nos encontramos, en este sentido, con sus acciones para mantener alejada a Miriam de su entorno familiar (podemos recordar en este sentido cómo le arrebató el teléfono en el que recibía mensajes de su familia pidiéndola que se pusiera en contacto con ellos, o cómo le insinuaba que si volvía a casa con su familia no la ayudarían y no la dejarían salir de casa, o la amenazaba con decirles que ella no era virgen, con el importante significado que eso tendría en las sólidas convicciones musulmanas de su padre) y que realmente consiguieron aislar a la joven de ese posible amparo familiar, que no recuperó hasta las Navidades de 2010, recuperación que posibilitó que Miriam decidiera dejarle el 3 de enero diciéndole, precisamente, que no aguantaba más la situación y que se volvía a Badajoz con su familia; su persuasión, que en ocasiones Miriam calificó de violenta, para formarla en la realización de actos sexuales que a él le gustaban pero a ella le desagradaban; sus abusos en materia económica, en especial la apropiación del coche de Miriam con absoluto desprecio a la posibilidad de que su dueña pudiera utilizarlo para sus propios fines; su control sobre las llamadas telefónicas que realizaba o recibía, o sobre su agenda de contactos; o las exigencias (de vez en cuando acompañadas de bofetadas que le propinaba) para educarla en lo que él consideraba que debía ser el comportamiento adecuado de la joven; y todo ello haciéndola sentirse a ella culpable o responsable de tales incidentes, a los que sucedían, como ocurre en tantas ocasiones en los supuestos de violencia de género, actitudes de arrepentimiento que conmovían por su aparente sinceridad a la joven, manteniéndola en esa situación de dependencia afectiva de la que se aprovechaba el procesado para satisfacer sus deseos de todo tipo (sexuales, afectivos,

económicos, personales, ...) sin importarle las consecuencias que su conducta provocaba en Miriam, consecuencias que fueron descritas por la psicóloga en su informe y ampliadas en el juicio, generando un importante trastorno ansioso depresivo, un sentimiento de culpa, como decimos, común en las víctimas de violencia de género, abusando de la especial vulnerabilidad

de la joven, tanto por su corta edad (no había cumplido 19 años al iniciar su relación) en relación con el procesado (tenía ya cumplidos los treinta años) como por su inexperiencia vital anterior unida a lo profundo de sus convicciones religiosas de las que, además, se servía el procesado para dañarla («¿Cómo haces esas cosas siendo musulmana?»).

Sentencia 16/2012, AP Madrid, de 16 de febrero

Ponente: **Don Francisco David Cubero Flores**

Resumen: **Tráfico de drogas. Transporte y distribución de cocaína en cantidad de notoria importancia**

Procedimiento Abreviado: n.º 46/2010

Artículos: 24 CE, 21, 368, 369, 369 bis y 370 Código Penal

Tráfico de drogas. Transporte y distribución de cocaína. Cantidad de notoria importancia. Atenuante: Drogadicción. Intervención de las comunicaciones: Sistema «SITEL». Criterios y requisitos. Supuestos de nulidad constitucional de la intervención telefónica. Aplicación de la pena a los autores: Se encuentran en un segundo o tercer nivel en la distribución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública de sustancia gravemente perjudicial para la salud previsto y penado en el art. 368 y 369.1.5.º del Código Penal, en su redacción vigente a partir de la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, siendo más favorable al reo la actual redacción y por ende procedente su aplicación de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.2 del C. Penal.

(...)

Los acusados, conforme a los hechos declarados probados, participaban de forma activa y conjunta en el transporte, posesión, venta, compra y distribución de cocaína. En relación al acusado Juan Manuel y por lo ampliamente expuesto, su conducta inequívocamente constitutiva del tipo penal que nos ocupa, se centra en la venta de cocaína, a gran escala, a terceras personas que a su vez, por las cantidades intervenidas, se la revenden a otras. Es decir no esta-

mos hablando de un «camello» (permítasenos la expresión), que distribuye la droga entre consumidores directos de la misma, sino que lo hace a terceras personas que, a su vez, la distribuyen a otros. El resto de los acusados, conforme los hechos probados, también participan activamente del mismo negocio y además se les ocupa a cada uno en su poder y bajo su esfera de dominio, importantes cantidades de droga, en un total que casi alcanza los 14 kilos. Se constata, por tanto, ese primer elemento objetivo del delito que nos ocupa: la posesión o tenencia, y por ende, preordenada al tráfico, debiéndose entender como tal los actos de venta, negocio, ganancia, provecho, donación, invitación, o cualquier otro que suponga promover, facilitar o difundir el consumo de estos tóxicos, tipo delictivo que se integra por la realización ilegítima de actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o por cualesquiera otros actos en virtud de los cuales se promueva, favorezca o facilite su consumo ilegal, o por su posesión para tales fines.

Es evidente que tales cantidades de drogas, ingentes no sólo en su conjunto total, insistimos casi 14 kilos, sino en cada caso aisladamente consideradas, pues la porción más pequeña aprehendida suma el kilo de cocaína, implican, necesariamente, que dicha sustancia va encaminada a su distribución a terceros. No se ha acreditado, como luego expondremos más detalladamente, que los acusados fueran consumidores de droga, pero es que, aún cuando lo fueran, las cantidades aprehendidas a cada uno, no sólo el total, superan con creces lo que es normal en un consumidor incluso abusivo, de cocaína.

(...)

La cantidad de sustancia aprehendida configura la notoria importancia que como subtipo agravado prevé el art. 369.1 n.º 5 del Código Penal, en su redacción operada a partir de la reforma instaurada por la Ley Orgánica 5/2010. La importancia cuántica de la sustancia viene determinada no solo por su peso neto, sino por la riqueza en sus principios activos que tiene su reflejo, de un lado en el mayor beneficio que ello reporta. La obtención de la cantidad exacta de droga poseída se alcanza rebajando de su peso el porcentaje correspondiente a su pureza, y en el presente caso, la cuantía poseída excede

del límite fronterizo que el Tribunal Supremo ha venido estableciendo para la apreciación de este subtipo agravado, incluso del último Acuerdo del Pleno de fecha 19 de octubre de 2001 que determina a partir de quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, y que equivale a 750 g para la cocaína. En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 19-11-01; de 12-5-06; de 21-6-06, ...).

La pena básica prevista para el delito consumado, teniendo en cuenta que estamos ante una sustancia que causa grave daño a la salud y que es una cantidad de notoria importancia es la de prisión de seis años y un día a nueve años de prisión y multa del tanto al cuádruplo del valor de la sustancia aprehendida. Todo ello por exigir el legislador la imposición de la pena superior en grado (artículo 70.1.1.ª del C. Penal), si se trata de cantidades de notoria importancia (artículo 369.1 del C. Penal), si el delito se comete respecto a sustancias que causan grave daño a la salud, como es el caso de la cocaína (artículo 368 del mismo texto legal). Sobre dicha pena básica operarán las circunstancias modificativas si las hubiera.

Sentencia 58/2012, AP Valladolid, de 21 de febrero

Ponente: **Don Miguel Ángel de la Torre Aparicio**

Resumen: **Robo con fuerza en las cosas. Menor de edad**

Procedimiento: **n.º 32/2012**

Artículos: **237 y 238 Código Penal**

Robo con fuerza en las cosas. Delito cometido por menor de edad. Recurso fundado en la cuantía de la responsabilidad civil. Indemnización: Valoración de dinero en metálico y joyas sustraídas y no devueltas. Responsabilidad solidaria. Estimación parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Por lo que se refiere a la indemnización concedida, se distinguen dos conceptos: El dinero en metálico y la valoración de las joyas sustraídas y no devueltas.

En cuanto al dinero en metálico, ciertamente nos encontramos: por un lado, con la declaración del menor y la de su compañero mayor de edad Justino —que depuso como testigo en este procedimiento—, reconociendo que en metálico se llevaron la cantidad de 350 euros; y por otro,

la manifestación de doña Asunción (hija de la propietaria) la cual indica que mantenían en la casa un metálico que fue sustraído y calcula en unos 500 euros. Como quiera que esta última cuantía no se afirma con seguridad o exactitud sino que es aproximada, hemos de quedarnos con la cifra reconocida por los autores de 350 euros, dado que coinciden en ello, que este dato ofrece más certeza y que la divergencia con lo expresado por la denunciante no es muy relevante. Estimamos poco conveniente la opción del Juez adoptando una postura intermedia, pues no logra obtener adecuada justificación con un sustento probatorio sólido situándose en un terreno impreciso que debe evitarse. En este sentido, se acoge el recurso.

Respecto a las joyas, la individualización de las mismas resulta acreditada mediante el testimonio de la Sra. Asunción al que el Juzgador ha ofrecido credibilidad, criterio que hemos de respetar no solo porque se aprovechó de los efectos de la percepción directa de dicha prueba en condiciones de inmediación y contradicción, sino también toda vez que tal apreciación resulta lógica y razonable, teniendo en cuenta lo siguiente: A) Que ofrece una relación de las joyas sustraídas suficientemente detallada en cuanto a su número y datos identificadores. Y mantiene con persistencia esa relación a lo largo del proceso. B) Dicha testigo no presenta ninguna causa de incredibilidad subjetiva respecto del menor encausado, al que no conocía. C) Y la verosimilitud de dicha declaración sobre las joyas viene corroborada por otros hechos constatados, como es la coincidencia de las joyas recuperadas con

parte de las que aquella describió, y de las declaraciones del menor y de Justino se desprende que hubo más efectos sustraídos que no fueron recuperados.

Por otro lado, el valor de estas joyas está probado mediante la tasación pericial efectuada en el proceso, obrante al folio 172 de las actuaciones y a la que se concede fuerza de convicción, sin que encontremos motivos en esta alza da que desvirtúen tal medio de prueba.

Tercero.—Otro de los motivos de recurso alude a la disconformidad con la atribución del 100% de la responsabilidad civil al menor Ramón, cuando en el robo participó también, junto con él, Justino con lo que debería responder por la mitad del valor que se dé a la indemnización.

En este marco jurídico, el menor aquí declarado como autor del delito de robo con fuerza deberá responder de todos los daños y perjuicios causados, aunque en esos hechos hubiere intervenido otro u otros coautores; por cuanto entre todos ellos, en atención a la previsión del art. 116 y concordantes del Código Penal, se establece un régimen de solidaridad en cuanto a la responsabilidad civil respecto del perjudicado, con lo cual es obvio que la resolución de instancia es correcta y ajustada a derecho.

Y ello se declara sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda tener dicho menor con relación al otro causante, sobre los daños y perjuicios que efectivamente abone y exceda de lo que se considere su cuota en el ámbito interno entre ambos, pero ello no corresponde a este proceso penal de menores.

Auto AP Valladolid de 24 de febrero de 2012

Resumen: **Liquidación de condena. Aplicación de la «Doctrina Parot»**

Procedimiento: **n.º 72/1992**

Artículos: **70, 71, 75 y 76 Código Penal**

Ejecución de penas. Liquidación de condena. Aplicación de la denominada «Doctrina Parot». Aplicación del Código Penal de 1973: Cumplimiento sucesivo de las penas cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente. Gravedad de las penas impuestas. Aplicación de los beneficios procedentes y el tiempo de prisión preventiva comenzando por la pena de mayor gravedad. Desestimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El artículo 70 del Código Penal de 1973, que es aquí el aplicable en cuanto estaba en vigor al tiempo de la comisión de los hechos, contiene la regla de cumplimiento sucesivo de las penas cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente, supuesto este último que es el que se da en el caso que nos ocupa. Por ello, la ejecución de la pena seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado, de manera que, acabada de extinguir una pena debe seguirse con el cumplimiento de la siguiente teniendo en cuenta el ya indicado orden de gravedad.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, para el cumplimiento de las diversas penas impuestas a un mismo penado, el legislador diseñó un sistema de limitaciones temporales para aquellos supuestos en los que dichas penas no pueden ser cumplidas simultáneamente.

Una de dichas limitaciones es la que establece el tope de cumplimiento total de la condena en el triplo del tiempo por el que se impusiera la más grave de las penas impuestas, supuesto que no es de aplicación al caso de autos a la vista de las penas a que fue condenado Faustino en los procedimientos citados en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución.

Otra limitación es la que previene una duración máxima de cumplimiento de treinta años de prisión, limitación para cuya aplicación se ha de operar con un criterio de conexidad y con otro de carácter cronológico.

Establece el artículo 70 del Código Penal de 1973 que esta limitación de treinta años se aplicará aunque las penas se hubiesen impuesto en distintos procesos si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo. Este último inciso implica, por imperio del principio cronológico, firme y rigurosamente exigido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria, no pueden ser objeto de acumulación a otros ya enjuiciados.

Toda la doctrina y normativa legal que acabamos de exponer es de plena aplicación a la

ejecución de los procedimientos que ahora nos ocupan y que hemos reseñado en el Antecedente de Hecho de la presente resolución.

Debemos partir, pues, del cumplimiento sucesivo de las penas de los cinco procedimientos que nos ocupan, por orden de su respectiva gravedad, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal de 1973.

La pena de mayor gravedad es la de treinta años impuesta a Faustino por asesinato en el sumario ordinario 2/92 del Juzgado de Instrucción número dos de Valladolid (Ejecutoria 557/93). A ella, conforme la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 197/2006), le serán abonables los beneficios de redención que fueran procedentes y el tiempo de prisión preventiva.

Pasamos, a continuación, en el cumplimiento sucesivo de las penas, a la siguiente en orden de gravedad, cual es la de veinte años de prisión por violación y rapto, impuesta en ese mismo procedimiento y ejecutoria, pena a la que, en este trámite de ejecución, le será computada la redención y la preventiva que le pueda ser abonable.

Respecto a este procedimiento que estamos citando (2/92), en ningún caso el cumplimiento de la condena podrá ser superior al límite de treinta años, tal y como estableció la sentencia firme que se dictó al respecto, por aplicación del artículo 70 del Código Penal de 1973. Ahora bien, debemos destacar que, según la doctrina jurisprudencial citada, el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las dos penas de treinta y veinte años impuestas en sentencia firme por asesinato y violación y rapto, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento efectivo del penado en un Centro Penitenciario, lo que es de importancia en orden a la fijación de la fecha de Licenciamiento Definitivo de Faustino.

Seguidamente, y dentro de ese orden de cumplimiento sucesivo de las penas por su gravedad, es necesario acudir a la ejecución de las otras penas fijadas en los restantes cuatro procedimientos que hemos establecido en el antecedente de hecho de esta resolución. A estas penas y procedimientos no les será de aplicación el

límite de los treinta años pues, por el principio cronológico, son hechos enjuiciados y con sentencias condenatorias firmes anteriores a los hechos que dieron lugar al procedimiento ordinario 2/92 del Juzgado de Instrucción número dos de Valladolid. Es más, cometió los hechos objeto de este último procedimiento cuando cumplía condena por los hechos anteriores. En este sentido se pronunció esta Sala en auto de 27 de septiembre de 2004 indicando que, al tiempo de cometerse los hechos de la causa 2/92, ya había recaído sentencia en los otros cuatro procedimientos.

El límite penológico de los treinta años es tan sólo aplicable a las penas impuestas en la causa 2/92, pero no en los sumarios 149/86, 2/87, 3/87 y 11/87, procedimientos éstos que no cumplen el requisito cronológico para la limitación establecida en el artículo 70 del Código Penal de 1973, ni pueden ser objeto de acumulación jurídica.

Siguiendo, pues, el orden de gravedad, después de las penas del Sumario 2/92 pasará a cumplir la pena de prisión de siete años y cinco meses impuesta en el Sumario 149/86 del Juz-

gado de Instrucción n.º 3 de Valladolid, pena a la que igualmente le podrá ser de aplicación la preventiva y redención que procedan.

Seguidamente cumplirá la pena de seis años y cuatro meses de prisión del Sumario 3/87 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Valladolid, con igual aplicación de los beneficios citados.

Y, finalmente, cumplirá las penas de cuatro meses de prisión impuestas, respectivamente, en los Sumarios 11/87 y 2/87 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Valladolid, con igual abono, de proceder, del tiempo de prisión preventiva y redención correspondiente.

Con arreglo, pues, a todo lo expuesto, y teniendo en cuenta la normativa legal y el espíritu que preside la sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo y los más recientes autos de 22 de enero de 2010 y 343/2011, este Tribunal fija la fecha de Licenciamiento Definitivo de los procedimientos expuestos en el Antecedente de Hecho de la presente resolución el día 11 de julio de 2025, y ello sin perjuicio de posibles cambios de circunstancias que se pudiesen producir y que, en su caso, modificasen dicha fecha.

Sentencia 317/2012, AP Madrid, de 27 de febrero

Ponente: **Doña María Jesús Coronado Buitrago**

Resumen: **Lesiones. Modalidades agravadas por el resultado lesivo y por las circunstancias. Deformidad. Reincidencia y legítima defensa**

Procedimiento Abreviado: **n.º 71/2011**

Artículos: **150 y 158 Código Penal**

Lesiones. Modalidades agravadas por el resultado lesivo y por las circunstancias. Elementos típicos: Elementos subjetivo (dolo de lesionar) y objetivo (acción lesiva, resultado y causalidad). Alcance del resultado. Deformidad: Jurisprudencia. Irregularidad física, ostensible y permanente. Acuerdo de Sala de lo Penal del TS de 19 de abril de 2002. Cicatrices: Deformidad. Circunstancias modificativas de la responsabilidad: Legítima defensa. Requisitos para su apreciación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones del ar-

tículo 150 del Código Penal en lo que se refiere a la conducta de Rodrigo y del artículo 158.1 del Código Penal en lo que se refiere a la conducta de Alejandro.

Tanto el artículo 150 como el artículo 148 del Código Penal son dos modalidades agravadas del delito de lesiones previsto como tipo básico en el artículo 147 del Código Penal, el primero por el resultado lesivo y el segundo cuando se dan determinadas circunstancias y entre ellas la utilización de arma o instrumento peligroso para el lesionado como sucede en el presente caso.

(...)

En cuanto a la deformidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que desde el punto de vista jurídico existe cuando la lesión presenta una irregularidad física, ostensible y permanente. En Acuerdo plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del Alto Tribunal de 19 de abril de 2002 que ha sido acogido en jurisprudencia posterior, se consideró que para declarar la deformidad había que estar a la relevancia de la afectación, las circunstancias concurrentes y la posibilidad de reparación sin tener que acudir a medios extraordinarios, y se incidía también en la importancia de analizar el caso concreto.

Sobre las cicatrices, el Tribunal Supremo viene admitiendo la deformidad aun en casos menos graves que el que se enjuicia en el presente caso y así cuando se presentan en el rostro de la víctima, considera que se trata de cicatrices visibles estimándose la deformidad del artículo 150 del Código Penal. Se pueden mencionar las siguientes sentencias, la de 19-9-1990 en caso de heridas en zonas visibles como mejilla y cuello; 1099/2003 en caso de una cicatriz de 2 cm en rostro con deformidad estética moderada; 190/2004 en un caso de cicatriz que cruza el rostro desde la barbilla al ojo; 1871/2002 que repu-

tó deformidad dos cicatrices debajo del párpado, una en la ceja y dos en el pabellón auricular que aun siendo susceptibles de reparación quirúrgica ocasionaban un daño estético en un varón.

En este caso no hay duda de que la cicatriz que presenta el perjudicado de 14 centímetros desde la zona auricular izquierda hasta la boca, de fácil visualización, perceptible incluso a una distancia como pudo observar este Tribunal en la vista oral, permite el encaje de la conducta de Rodrigo en el tipo del artículo 150 del Código Penal.

Sin embargo se entiende que el dolo de aquel que abarcaba la deformidad dada la forma en la que se produjeron los hechos de acometida inicial y directa con el cuchillo a la cara del perjudicado, no alcanzó al otro acusado Alejandro que es el cooperador por haberle pasado el cuchillo.

La misma forma de producirse los hechos, de forma rápida e imprevista que se materializó en la agresión de Rodrigo sobre Salvador, hace imposible que hubiese existido un acuerdo previo entre ambos acusados para determinar el alcance de la agresión y así el lugar en el iba a producirse la acometida y en definitiva el menoscabo para el perjudicado.

Por ello no se puede atribuir a Alejandro el dolo de lesionar causando deformidad ni siquiera a modo de dolo eventual debiendo su conducta quedar incardinada en el artículo 148.1 del Código Penal dado que era el portador del arma y quien la entregó al autor material de la lesión pero sin poder prever que se fuese a causar la deformidad que finalmente sufrió el perjudicado.

(...)

Sentencia 91/2012, AP Orense, de 27 de febrero

Ponente: **Don Manuel Cid Manzano**

Resumen: **Agresión sexual. Violencia e intimidación. Circunstancias modificativas de la responsabilidad**

Procedimiento Abreviado: **n.º 8/2010**

Artículos: **178, 179 y 180 Código Penal**

Agresión sexual. Violencia e intimidación. Elementos jurisprudenciales de la violencia: objetivo e intencional. Prueba: Testimonio de la víctima claro, reiterado, concluyente y digno

de crédito para la Sala. No concurre agravante de disfraz: Un sombrero tipo cowboy y unas gafas de sol no tienen la virtualidad de ocultar el rostro hasta el punto de impedir o dificultar de manera relevante la identificación de la persona. Daño moral: Gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—No procede aplicar la agravación prevista en el apartado 3.º del artículo 180.1 del Código Penal, consistente en que especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o situación, puesto que la avanzada edad que padece la perjudicada ya ha sido tenida en cuenta para estimar que había sido vencida su resistencia a la agresión sufrida, por lo que una nueva valoración de dicho retraso conculcaría el principio *non bis in idem*.

Ya se expuso que la edad de la víctima hizo posible que el acusado no tuviese necesidad de ejercer especial violencia física para vencer su decidida voluntad denegatoria a acceder a las exigencias de éste. La propia Médico Forense señaló en juicio que la víctima le reconoció que «se quedó paralizada» en el instante previo a ser forzada ante el temor a morir, en la creencia de que iba a ser arrojada al arroyo que discurre inmediato al lugar en que fue abordada.

Al respecto, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 203/2008, de 30 de abril, declaró lo siguiente:

«La previsión legal del núm. 3 contempla el supuesto de que “la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años”. Al no justificar ese plus de aprovechamiento, consecuencia de las acentuadas limitaciones físico-psíquicas, que ya se tuvieron en cuenta para configurar el tipo básico del art. 181 es patente que se ha tomado en consideración dos veces el mismo concepto o situación personal del agraviado: una para alumbrar la figura delictiva básica y otra para agravarla, con infracción del principio de “non bis in idem”. Esta doble consideración del mismo hecho para configurar una doble reacción penal ha sido tenida en nuestra jurisprudencia como lesión al

principio que se denuncia, por lo que el motivo ha de ser estimado (STS 26 de marzo de 2007, 28 de junio de 2006)».

Por su parte la STS Sala 2.ª de 29 diciembre 2009, dice expresamente:

«la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del “non bis in idem”».

Como añade esta misma sentencia «... mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión sexual se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa...». Tal concepto es desarrollado por la STS de 16 de febrero de 2007 que nos enseña que «El concepto de “vulnerabilidad” equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de “situación” debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad)... es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad —que debe ser superior a los 13 años—, o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la “situación”, patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definiti-

va esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. En todo caso, es preciso un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio *non bis in idem* al valorarse una misma circunstancia o *modus operandi* dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180-1-3.º».

(...)

Sexto.—(...)

En base a ello considera este Tribunal que la cantidad de 6.000 euros (solicitada por la única acusación actuante en el proceso) es adecuada y ajustada a la entidad y naturaleza de los hechos enjuiciados con el fin de reparar en la medida

de lo posible los daños morales producidos por el atentado a la libertad dispositiva de la intimidad sexual que ha supuesto para la víctima la agresión de que ha sido objeto, ponderando las singulares características de la concreta ofensa irrogada, particularizadas en la forma de desarrollo de la agresión y edad de la víctima.

La cuantía relativa al daño moral se determina en la suma expresada, teniendo en cuenta que, aunque no se hubiese aportado dictamen pericial (que sí consta evacuado, al deducirse de los informes forenses las secuelas psicológicas que residúa la víctima) que ponga de manifiesto especiales consecuencias de trastornos físicos o psíquicos derivados de la agresión, no por ello debe dejar de repararse lo que constituye el sufrimiento derivado de un ataque en un ámbito tan íntimo como es la libertad sexual, no solo durante el tiempo que esta dura, sino los recuerdos y perniciosos efectos que la misma deja, sin necesidad de ser acreditado con prueba pericial alguna, extremo que solamente es necesario en caso de especiales y más graves consecuencias.

Sentencia 16/2012, AP Soria, de 27 de febrero

Ponente: **Doña María Belén Pérez-Flecha Díaz**

Resumen: **Delito continuado de estafa. Estafa informática. Dilaciones indebidas**

Procedimiento Abreviado: **n.º 12/2012**

Artículos: **74, 248 y 249 Código Penal**

Delito continuado de estafa. Estafa informática: «Phising». Elementos típicos: Engaño bastante procedente o concurrente; producción de un error esencial en el sujeto pasivo; acto de disposición patrimonial; nexo causal y ánimo de lucro. Dolo como elemento subjetivo. Dilaciones indebidas. Estimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una persona, el acusado, quien según declara, terceros no identificados le ofrecieron trabajar a comisión, como representante para España para cierta empresa, para lo cual se le exigía abrir una cuenta a su nombre en el Banco de Santander, donde recibiría unas trans-

ferencias, y su labor consistiría en retirar los importes y descontando un 10% de comisión a su favor, y el dinero restante debía enviarlo a través de la entidad Western Union, a ciertas personas en el extranjero. La sentencia apelada considera punibles, como delito de estafa, los actos realizados por el acusado con fundamento en que concurrió el dolo específico de defraudar, como dolo eventual, ya que consideró que

D. Íñigo se situó en una ignorancia deliberada sobre la procedencia del dinero recibido, debiendo haber supuesto la ilegalidad de la actividad, por la alta comisión recibida, la forma de recibir la oferta de trabajo (por internet) y el hecho de ser extranjeros tanto la supuesta empresa como los ciudadanos que recibían el dinero.

El tipo penal de la estafa, por el que ha sido condenado el apelante, requiere el cumplimiento de varios requisitos, y según la STS de 25 marzo 2004: «2. Es doctrina reiterada de esta Sala que los elementos del delito de estafa son:

1) Un engaño precedente o concurrente, plasmado en alguno de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecuencia de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial.

3) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad.

4) Un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo.

5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el dolo subsequens, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate.

6) Ánimo de lucro, que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial».

(...)

De lo anterior concluimos que no ha podido acreditarse que el Sr. Íñigo conociera la existencia del delito previo, ni el origen ilícito del dinero recibido en su cuenta corriente, manteniendo en todas sus declaraciones el citado desconocimiento, creyendo muy al contrario, estar suscribiendo un contrato de trabajo como representante de en España de la supuesta mercantil que le

ofreció el empleo y una vez tuvo noticias de que la actividad pudiera ser delictiva procedió, sin mayor dilación, a entregar el dinero que procedía del supuesto contrato y denunciar los hechos ante la Policía. Es decir, no concurre prueba alguna que permita mantener la existencia del dolo necesario, ni siquiera como eventual, de que su participación fuera realizada de manera activa, consciente y culpable, sino que estimamos que el acusado fue un mero instrumento, una víctima de los verdaderos estafadores que le engañaron haciéndole creer que se trataba de una oferta de trabajo legal.

(...)

Tercero.—Por ello debemos concluir que la prueba practicada en el Juicio Oral, única válida a estos efectos, no es bastante para concluir que D. Íñigo era consciente de la ilegalidad de su actividad y que fuera partícipe de la sustracción ilícita del dinero, y al no alcanzarse la certeza, la plena seguridad que exige una fallo condenatorio, en la tesitura expuesta lo procedente es dictar una sentencia absolutoria, respecto de los hechos objeto de la causa, por aplicación del principio de presunción de inocencia, y del principio *in dubio pro reo*. Así lo indica la STS de 3 de octubre de 2001, cuando refiere que «es doctrina de esta Sala que el principio “pro reo” tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo». En el mismo sentido se expresa la STS de 12 de abril de 2000, al señalar que «en relación al principio “in dubio pro reo”, en varias ocasiones se ha ocupado esta Sala de delimitar su contenido y marcar las diferencias con el derecho de presunción de inocencia — SSTS 70/1998, de 26 de enero, 546/1998, de 27 de abril, 892/1998, de 26 de junio y 168/1999, de 12 de febrero—. El principio “in dubio pro reo” es una regla vertebral de valoración dirigida exclusivamente a los Jueces y Tribunales del orden penal, en virtud de la cual en aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una indestructible duda racional derivada de la valoración de las pruebas de cargo y de descargo, deben adoptar el criterio más favorable al reo».

Sentencia 56/2012, AP Murcia, de 28 de febrero

Ponente: **Don Juan del Olmo Gálvez**

Resumen: **Delitos contra la propiedad industrial. Receptación. Burdas falsificaciones de productos «de marca»**

Procedimiento Abreviado: **n.º 44/2012**

Artículos: **58 y 274 Código Penal**

Delitos contra la propiedad industrial. Receptación: Prueba indiciaria. Indocumentado sorprendido ofreciendo para su venta objetos que eran copia de los originales. Principios de tipicidad y proporcionalidad. Imitaciones de otros productos: Por las características de los objetos y de las marcas no se crea la posibilidad de error en el consumidor ante la visualización del producto falsificado ofrecido. Burdas falsificaciones. Estimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En este caso el acusado, ciudadano extranjero que utilizaba los recursos asistenciales materiales y personales de Cáritas, desarrollaba su labor, no negada por él, en un «mercadillo» situado en el conocido Jardín de San Esteban, de Murcia, lugar incluso facilitado por el Ayuntamiento en aquellas fechas para la actividad citada, con «puestos» y espacios habilitados al efecto. Por lo tanto, ejercía una labor de «distribución», «ofrecimiento» o «puesta a disposición» al público que por allí transitaba o acudía, del material que le fue intervenido, y ello a cambio de precio.

Es lo cierto que no consta que al acusado se le interviniera dinero procedente de la actividad por él desplegada, o que se le detuviera en el momento de efectuar una concreta operación de compraventa de alguno de los productos intervenidos, pero ello no excluye la tipificación penal de la conducta, vistos los extremos antedichos, aunque sí, dadas las circunstancias concretas reflejadas en el relato de Hechos Probados, y tal y como interesa el Ministerio Fiscal, degradada la inicial tipificación penal delictual a la de falta del artículo 623.5 del Código Penal.

Esa tipificación por falta ha de vincularse necesariamente a la exigencia de «*distribución al por menor*», y a las expresiones «*cuantía del*

beneficio económico» y «*cuando el beneficio no exceda de 400 euros*».

(...)

El tipo penal habla de «beneficio» no de expectativa de beneficio o beneficio por conseguir, y ese «beneficio» constituye un criterio de graduación de la infracción penal (pena susceptible de imposición) e incluso de diferenciación entre el tipo atenuado (si supera los 400 euros) y la falta (si no excediera esa cantidad).

Lo que procede recordar es que no se habla en el tipo penal del valor de los objetos producidos y tampoco de beneficio obtenido, salvo en las agravaciones previstas en el artículo 276 del Código Penal (tratándose, por tanto, de conceptos diferenciados).

En cuanto al «beneficio», ciertos autores descartan que la reforma haya erigido un nuevo elemento objetivo del tipo descrito en el artículo 274 del Código Penal, por cuanto su relevancia sólo lo sería a efectos de penalidad y no de consumación. Proponiéndose así por dichos autores la interpretación de entender consumada la infracción penal sin necesidad de acreditar la obtención de beneficio alguno. Es por ello que, descartadas las agravaciones específicas del artículo 276 del Código Penal (que sí requerirán una justificación indubitada y cierta), sería preciso probar, directa o indiciariamente, que se ha realizado alguna venta y que el beneficio ob-

tenido efectivamente excede de 400 euros para aplicar el tipo atenuado previsto en el párrafo segundo del artículo 274.2 del Código Penal, y de no acreditarse ese exceso de los 400 euros, sólo cabría la sanción por falta.

La conclusión sería alcanzar, *de facto*, lo que parece traslucirse como propósito de la reforma en esta novedosa y atenuada tipificación, la remisión a falta de conductas de venta callejera como la que ahora se enjuicia.

Por lo tanto, la referencia al beneficio no transformaría la naturaleza de un delito, que se afirmaba de tendencia o de riesgo, en delito de resultado. Y, a su vez, el beneficio a que se alude, a efectos sólo de penalidad, será el efectivamente obtenido y no el potencial, de manera que, concurriendo el resto de los requisitos, si no se acreditase beneficio efectivo alguno y que éste exceda de los 400 euros, la conducta se calificaría de simple falta.

Es por ello que el supuesto enjuiciado, en el que el acusado desarrollaba su labor al «por menor» en espacio expresamente dedicado a la venta callejera, teniendo a su disposición productos con marcas imitadas, que ofrecía a precios muy reducidos (lo que evidentemente

no podía generar error al consumidor sobre el tipo y características del producto ofertado, pero sin por ello excluir la utilización de signos distintivos de marcas conocidas que daban «prestancia» e individualizaban externamente los productos —23 gafas de sol, 8 cinturones y 4 monederos—) y en número tal que evidentemente podía él encargarse personalmente de su porte y traslado, la conducta es típica, pero en los términos que a continuación se exponen: una falta (que, por otra parte, no estaría prescrita, al haber ido conexas con un presunto delito de receptación —artículo 131.5 del Código Penal—).

Tratándose así de la falta del artículo 623.5 del Código Penal, la pena se reduce a localización permanente de 4 a 12 días o multa de uno a dos meses, que en este caso la Sala considera procedente imponer en su modalidad de multa (ante el escaso número de productos intervenidos y dado el tiempo transcurrido (más de cuatro años) y considerando las circunstancias económicas y de marginalidad del acusado (necesita la asistencia de Cáritas y su actividad no consta le reporte ingresos significativos, sino de mera subsistencia), en su extensión mínima (un mes) y cuota mínima (2 euros/día).

Sentencia 90/2012, AP Madrid, de 1 de marzo

Ponente: **Don Julián Abad Crespo**

Resumen: **Homicidio. Tentativa. Apuñalamiento**

Procedimiento Abreviado: **n.º 14/2011**

Artículos: **16 y 138 Código Penal**

Homicidio. Tentativa: Intención de matar, práctica de hechos exteriores que deberían producir directa y objetivamente el resultado mortal, pero éste no se produce por causas independientes de la voluntad del agresor. Los procesados apuñalaron conjuntamente a la víctima. Causación de lesiones que, a no ser por la asistencia médica, hubieran causado la muerte del agredido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Del delito de homicidio en grado de tentativa antes definido son coautores penal-

mente responsables los procesados Segundo y Jacinto, al ejecutar directa y voluntariamente, conjuntamente y de acuerdo, los hechos delictivos (arts. 27 y 28 del Código Penal).

Sexto.—No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En concreto, no es de apreciar la atenuante alegada por la defensa del procesado Segundo. Se pretende una especie de atenuante analógica al alegar la citada defensa, como fundamento fáctico de la atenuación, que el procesado confesó los hechos desde su primera declaración judicial. No procediendo la aplicación de la indicada atenuante porque, conforme se considera, entre otras, en las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2006, 7 de diciembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 17 de octubre de 2005 y 28 de septiembre de 2005, la atenuación por confesión del delito tiene su fundamento en el favorecimiento de la acción judicial, facilitando el descubrimiento del delito y del delincuente en aras a la realización de la justicia material, por lo que se viene a admitir como atenuante analógica la confesión que tiene lugar después de la iniciación del procedimiento judicial pero siempre que su contenido sea relevante a los efectos de la averiguación del hecho o de la identificación de los responsables del mismo, es decir, la confesión suponga una facilitación importante de la acción de la justicia y por tanto una contribución relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva. Siendo así que en el presente caso, cuando el procesado Segundo prestó su primera declaración en el Juzgado de Instrucción (folios 237 y siguientes del sumario), las averiguaciones policiales de los hechos ya habían conseguido determinar

las circunstancias esenciales de los mismos y la autoría del procesado Segundo en tales hechos, sin que dicha declaración contribuyera de modo relevante al descubrimiento de los delitos ni a la identificación de sus autores, llegando incluso el procesado a negar haber participado en la agresión que determinó el fallecimiento de Cayetano. Por lo que la citada declaración del procesado en el Juzgado de Instrucción no puede servir de fundamento para justificar la apreciación de la concurrencia de la atenuante analógica alegada por su defensa.

Séptimo.—En el art. 138 del Código Penal se castiga en abstracto el delito consumado de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años; por lo que, en definitiva, y teniéndose en cuenta las conclusiones conformes del Ministerio Fiscal y la defensa del procesado Segundo en la individualización de la pena, conclusiones que se consideran ajustadas al valorarse el reconocimiento de los hechos realizados por el procesado, lo que debe ser valorado en la individualización de la pena al suponer un cierto reconocimiento por el procesado del derecho por él infringido; debe imponerse al indicado procesado por tal delito la penalidad interesada por el Ministerio Fiscal y con la que se muestra conforme su defensa.

Por otra parte, conforme al art. 55 del Código Penal, la pena de prisión que se impone en esta sentencia, al ser su extensión igual a diez años, lleva legalmente aparejada la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Sentencia 9/2012, AP La Coruña, de 7 de marzo

Ponente: **Don José Ramón Sánchez Herrero**

Resumen: **Asesinato. Legítima defensa y miedo insuperable**

Procedimiento: **n.º 3/2011**

Artículos: **22, 138 y 139 Código Penal**

Asesinato. Muerte tras disparo en disputa por deuda derivada del tráfico de drogas. Legítima defensa y miedo insuperable. Requisitos jurisprudenciales para la aplicación de una y otra. Ánimo de matar. Los disparos fueron hechos voluntaria y conscientemente. Colaboración en la comisión del delito: Falta de prueba directa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En el presente caso ninguna situación de temor había, pues la víctima había recibido ya un balazo en la cabeza, y es posible deducir que tenía su capacidad de reacción limitada, ya que no realizó ningún ademán de defenderse o apartarse cuando Alexander le aproximó el arma, apuntó y disparó. Además, esta situación de pánico o temor no la incluyó Alexander en ninguno de sus distintos relatos, habiéndose limitado a manifestar que le había apuntado a la cabeza y le había disparado, debiendo destacarse que en su declaración en el plenario rechazó expresamente que se hubiera producido con anterioridad cualquier tipo de amenaza por parte de Pelayo —a diferencia de lo que había manifestado en su declaración judicial— que pudiera haber provocado una situación de pánico en la que se vio envuelto. Por otro lado, es evidente que en esa situación la conducta del acusado podría haber sido otra diferente, ya que le bastaba el haberse marchado, o incluso haber golpeado a Pelayo, en vez de dispararle a la cabeza otra vez. Incluso en las proposiciones de la defensa en el acto del informe oral, Alexander habría actuado «muy asustado» —escrito de defensa— o «pasmado» y «ofuscado» —informe oral—, situaciones que no son compatibles tampoco con el pavor o pánico insuperables del grado que se ha descrito.

Si se trata de la exigente incompleta de miedo insuperable, se exige (STS de 19 octubre 1999) la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (STS de 29 junio 1990). En parecidos términos se afirma (SSTS de 29 junio 1990, 29 de enero 1998 y 24 octubre 2000) que tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que

el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas. Tampoco por esta vía le fue posible al Jurado darle entrada al miedo en Alexander, dada la situación que se acaba de describir, ya que cabe negar que al disparar estuviera obnubilado u ofuscado y que hubiera disparado de forma refleja, dominado por la situación en que se encontraba. Ese disparo reflejo o instintivo resulta también contradictorio por la afirmación de Alexander de que le había apuntado a la cabeza, y por el modo y forma de producirse el disparo, en mitad de la frente y a quemarropa —o en la sien y a escasa distancia—, introduciendo la mano con la pistola dentro del coche. Por último, se hizo referencia a su actuación posterior cuando trató de buscar una coartada (se hizo unas fotografías en un fotomatón, llamó a unos amigos para tomar algo, quienes no encontraron nada extraño en su conducta), si bien el Jurado no la consideró de suficiente relevancia como para fundar en ella su decisión.

(...)

En el presente caso se conjugan elementos de los tres criterios. En cuanto a la alevosía proditoria y de la sorpresiva, lo cierto es que Alexander se aprovechó de la situación de nocturnidad y ausencia de personas, así como del pequeño tamaño de la pistola para acercarse al vehículo con ella oculta y poder disparar a Pelayo en la frente, sin que éste hubiera podido reaccionar de ninguna forma —ya se ha aludido a la ausencia de marcas demostrativas de esa eventual defensa—, al no haber podido prever su acción, lo que demostraría que la acción del agresor fue una sorpresa para su víctima. Y esta circunstancia es más evidente cuando se trata del segundo disparo, ya que la clara situación de desvalimiento del Sr. Pelayo, permitió que Alexander introdujese la pistola en el vehículo y le disparase en la sien, en esa trayectoria de abajo hacia arriba que hace concluir que tenía la cabeza ladeada hacia su derecha a causa del primer disparo, por tanto sin ninguna posibilidad de defensa.

Ello plantea la obligación de analizar en este momento la agravante propuesta por la

acusación particular del art. 22.2 Código Penal (*«aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo [...] que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente»*), pues el Jurado declaró acreditado (Apartado 2.º propuesto) que Alexander llevaba oculta la pistola a la vista de Pelayo y le disparó a bocajarro y súbitamente cuando se hallaba sentado en el automóvil, sin haberle dado ninguna posibilidad de defenderse, y también (apartado 8.º) que se aprovechó de que el lugar donde habían

concertado la cita era un lugar apartado y con escasa circulación de vehículos, y que ya había oscurecido. La formulación se hizo al Jurado en proposiciones diferentes porque se trata de una circunstancia que no había sido planteada por el Ministerio Fiscal, sino sólo por la acusación particular, de forma que en el apartado 2.º se hacía referencia al relato del primero, que por sí solo podría dar lugar a apreciar la alevosía y se introdujo el de la segunda en el 8.º, como otra posible circunstancia agravante.

Sentencia 79/2012, AP Zaragoza, de 8 de marzo

Ponente: **Don Carlos Lasala Albasini**

Resumen: **Homicidio por imprudencia. Accidente de tráfico**

Procedimiento Abreviado: **n.º 325/2011**

Artículos: **21 y 142 Código Penal**

Homicidio por imprudencia. Accidente de tráfico: Invasión del carril contrario por el conductor de un camión. Atenuantes: Reparación del daño. Para su apreciación se requiere una actuación directa y personal del culpable del delito: En este caso se trata de un cumplimiento contractual de la aseguradora. Inobservación de una señal de «STOP» por el condenado. Principios: Oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción. Desestimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Queda patente que el acusado no cumplió la señal vertical de STOP, o que la cumplió sólo parcialmente, pues la cumplió respecto de unos vehículos que circulaban por la carretera preferente, en sentido hacia Tarazona, pero no cumplió esa señal de STOP respecto del turismo Seat-Toledo, que circulaba en sentido hacia Tarazona.

Cumplir parcialmente la señal vertical de STOP es no cumplirla, pues el artículo 56 del vigente Reglamento General de la Circulación, dice en su apartado 5.º: «En las intersecciones de vías señalizadas con señal de “ceda el paso”, “detención obligatoria” o “STOP”, previstos en el artículo 151 de este Reglamento los conductores “cederán siempre el paso”, a los vehículos que transitan por la vía preferente, sea cualquiera el lado por el que se aproximen llegando a

detener por completo su marcha cuando sea preciso y, en todo caso, cuando así lo indique la señal correspondiente».

Aparece evidente que el acusado Evaristo no cedió el paso al turismo Seat-Toledo que se le aproximaba por su lado izquierdo, pues reconoce que lo vio, aunque bastante lejos, e interpretó que le daba tiempo a incorporarse a la vía preferente.

Esa decisión fue totalmente errónea, pues el concepto «bastante lejos» es un concepto subjetivo y muy personal, máxime en noche cerrada y cuando el acusado conducía un pesado camión articulado (tracto-camión), cargado de ganado porcino.

Ese tracto-camión era un vehículo de transporte muy pesado y articulado con 3 ejes el semirremolque y con 2 ejes la cabeza tractora, de maniobrabilidad complicada y nada ágil, como

para adoptar decisiones del tipo «creo que me da tiempo».

(...)

Quinto.—Respecto del 2.º motivo del Recurso de apelación, cabe decir que la señora Juez «a quo» no aplicó indebidamente el artículo 142.1.º y 2.º del Código Penal vigente, sino que «al contrario» lo aplicó correctamente y aplicó la pena correspondiente con harta medida, pues condenó al acusado solamente a la pena de 1 año de prisión, esto es, le impuso la pena en el mínimo del grado mínimo que va desde 1 año de prisión hasta 2 años y 6 meses de prisión.

No puede aceptarse la condena del acusado por una mera Falta de imprudencia leve con resultado de muerte para tercero, tipificada en el artículo 621.2.º del Código Penal vigente.

En efecto, el acusado y ahora apelante infringió una de las señales mas importantes y serias del vigente Reglamento de la Circulación cual es la señal de STOP, cuyo incumplimiento sin accidente considera infracción grave el artículo 56.6.º del citado Reglamento de la Circulación de 1992, pues supone y supuso que el acusado invadiera totalmente la calzada preferente y ello a pesar de haber visto previamente venir por su lado izquierdo al turismo cuyo paso bloqueó.

Decimos que «bloqueó» el acusado el paso al turismo Seat Toledo, porque no le dejó hueco alguno para la evasión y además siendo noche cerrada, los costados del semirremolque no llevaban luz alguna que los hiciera visibles, por lo que el joven conductor del Seat Toledo sólo pudo ver el costado izquierdo del semirremolque cuando lo tuvo prácticamente delante.

Todas estas circunstancias debió haberlas tenido en cuenta, muy en cuenta, el acusado, para no obrar con la ligereza con la que obró y no estaría ahora muerto un chico de 21 años, máxime cuando el acusado sentado en la cabina de su camión, en una altura muy superior al turismo accidentado lo pudo ver y de hecho lo vio venir por la vía preferente.

Son muchas las infracciones reglamentarias cometidas por el acusado Evaristo, como para condenarlo por la mera Falta de imprudencia con resultado de muerte tipificada en el artículo 621.2.º del Código Penal vigente.

El acusado quebrantó las más elementales normas de precaución y cuidado para cualquier conductor medianamente prudente y ello determina su culpa grave, pues su desatención en la conducción fue grosera, elemental y vulgar (Sentencia de 21-6-1983 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo).

Por tanto el 2.º motivo debe de ser también desestimado.

Sentencia 111/2012, AP Madrid, de 15 de marzo

Ponente: **Don José Manuel Fernández-Prieto González**

Resumen: **Prevaricación y malversación de caudales públicos. Falta de prueba**

Procedimiento: **n.º 94/2011**

Artículos: **404 y 432 Código Penal**

Prevaricación administrativa. Malversación de caudales públicos. Desistimiento en un proceso judicial seguido por una sanción administrativa impuesta al Jefe de la Policía local de un municipio. Escrito de desistimiento de las acciones judiciales: Ausencia de prueba de cargo que acredite que el Alcalde diera orden a los servicios jurídicos para que redactaran el documento en el que las acusaciones fundan su pretensión. Requisitos del delito de prevaricación: Sujeto activo autoridad o funcionario público; resolución administrativa no adecuada a derecho; ilicitud de la resolución que permita tacharla de «injusta o arbitraria»; resolución dictada «a sabiendas». Absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En definitiva, ni la documental aportada —en la que no aparece ninguna resolución firmada por el hoy acusado ordenando que se desistiera de la ejecución y se devolviera el aval—, ni del escrito de fecha 29 de julio de 2003 (unido al folio n.º 98 de las actuaciones) —que es firmado por Fructuoso y así se reconoce expresamente en los escritos de acusación—, ni de las declaraciones del acusado, ni de las testificales, queda probado, directa ni indirectamente que el acusado ordenara que se desistiera de la ejecución y se devolviera el aval. Frente a esa absoluta falta de prueba las acusaciones se limitan a sentar una mera presunción *contra reo*, porque era competencia exclusiva del alcalde el desistir de la ejecución y solicitar la devolución del aval. Esta mera presunción amén de ser radicalmente contraria a la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, choca frontalmente con la tozudez objetiva de los hechos, incluso reconocidos por dichas acusaciones, como es que de facto resultó suficiente un simple escrito firmado por Fructuoso, sin necesidad de ningún otro requisito, ni que el alcalde firmara nada; y con la propia declaración de Fructuoso en los términos antedichos. Como no puede obviarse que el que jurídicamente se deba de actuar de una determinada forma, no implica que de facto alguien ajeno al alcalde no pueda decidir actuar por su cuenta y riesgo sin contar con éste. No puede olvidarse que el principio de presunción de inocencia exige que la actividad probatoria de cargo que se practique en el acto del plenario, bajo los principios de inmediación y contradicción, ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no solo, de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 141/198, de 12 de noviembre; 150/1989, de 25 de septiembre; 134/1991, de 17 de junio; 76/1993, de 1 de marzo; y 303/1993, de 25 de octubre).

(...)

Finalmente queda probado que era creencia del Director del Gabinete de la Alcaldía, Fruc-

tuoso, el plazo de prescripción de las sanciones impuestas era el de 6 meses, por estar así pactado en el convenio firmado con los funcionarios de dicha entidad local. Así lo expresa de forma nítida el testigo Fructuoso que es licenciado en derecho y funcionario de carrera, y lo que es más importante así lo entiende la acusación particular, ejercida por los concejales del grupo socialista del indicado ayuntamiento, aún en el año de 2010, cuando al formular en este procedimiento su escrito de conclusiones provisionales, por medio de Letrado en ejercicio, se refiere textualmente *«Dicho importe ya no podrá ser recuperado al haber prescrito al día de la fecha la sanción de suspensión de retribuciones impuesta a D. Teodosio, una vez transcurrido el plazo de 6 meses previsto en el artículo 8.5 del Convenio de Funcionarios del Ayuntamiento de Coslada, sin que durante el mismo el acusado haya realizado actuación tendente a la ejecución de la mencionada sanción»*, si bien es cierto que en sus conclusiones definitivas retira esa aseveración. En este estado de cosas en que se interpretaba que era de aplicación ese plazo de 6 meses previsto en el artículo 8.5 del Convenio de Funcionarios, difícilmente podría apreciarse en la actuación del acusado, incluso en el supuesto hipotético que conociera la situación del expediente sancionador, que al no ordenar la ejecución de la sentencia tuviera una seguridad de la ilegalidad de la omisión. Ni que esta omisión no fuera en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables, de tal modo que de forma patente y clamorosa desbordada la legalidad con desprecio de los intereses generales. Muy al contrario en esa interpretación de expresada en la propia acusación particular, la sanción al tiempo de la toma de posesión del alcalde se encontraría prescrita al haber transcurrido ampliamente el plazo de los 6 meses desde que devino firme, al dictarse la sentencia por la Sección 6.ª del Tribunal Superior de Justicia.

En definitiva no puede apreciarse en la denunciada omisión los requisitos exigidos por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en los términos reseñados en el fundamento primero de esta resolución.

Sentencia 18/2012, AP Palma de Mallorca, de 19 de marzo

Ponente: **Doña Margarita Beltrán Mairata**

Resumen: **Malversación de caudales públicos y tráfico de influencias**

Procedimiento: **n.º 68/2011**

Artículos: **74, 390, 392, 404, 432, 434 y 436 Código Penal**

Malversación de caudales públicos. Prevaricación administrativa. Concepto y requisitos típicos. Falsedades: Facturas por contraprestación de servicios profesionales no prestados. Tráfico de influencias agravado. Subvenciones: Fraude. Presunción de inocencia: Prueba indiciaria y exigencias para su carácter de prueba de cargo suficiente. Contratos públicos «irregulares»: Elaboración de reportajes periodísticos facturados por una «elevada cuantía». El tribunal deduce que éstos no se realizaron. Testimonio de coimputado: Fiabilidad afectada por la subjetividad, la ausencia del deber jurídico de veracidad y por los intereses procesales del testigo. Necesidad de «mínima» corroboración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Decimooctavo.—Las acusaciones pública y particular, excepto en los delitos de fraude a la administración y tráfico de influencias, estiman perpetrados todos los restantes delitos en continuidad delictiva, y, por mor de lo prevenido en el art. 77 (concurso medial), han solicitado una única pena.

Primero.—Desde ese básico planteamiento, coincide la Sala en estimar el concurso real atinente al delito de tráfico de influencias; mas discrepa de tal conclusión por lo que respecta al delito de fraude a la Administración, considerando que, al ser meramente instrumental, debe ser apreciado en concurso medial con el delito de malversación.

(...)

El art. 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto legal, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva

que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión

típica entre los delitos concurrentes. Así cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

Desde la perspectiva expuesta, considera el Tribunal que, al ser un delito de simple actividad el delito de fraude a la administración,

tendencialmente dirigida cualquiera de sus modalidades típicas a «defraudar a cualquier ente público», si llega a concretarse o materializarse esa defraudación en el delito de malversación, necesariamente debe ser estimado el delito de constante referencia en concurso medial con el delito de defraudación. Es más, ninguna razón ofrecieron las acusaciones para resolver al margen del criterio establecido en la STS de 18 febrero 2003, con cita de las de 27 septiembre 2002 y 16 febrero de 1995.

Revista de

Derecho Penal

CRÓNICA LEGISLATIVA

ENERO

- Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2012 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 6 de febrero).
- Actualiza las cuantías indemnizatorias para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).
- Se revisan las cuantías de las tablas indemnizatorias referentes a:
 - Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales) (Tabla I).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte (Tabla II).
 - Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales) (Tabla III).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla IV).
 - Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones) (Tabla V).

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012.

RÍOS MARTÍN, J.C. y otros, *Las penas y su aplicación*, 5.ª ed., Colex, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, J. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, tomo III, *Derecho Penal (parte especial)*, volúmenes I y II, Iustel, Madrid, 2011, y tomo IV (*Derecho penal económico*), 2012.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G. *El problema penal*, Iustel, Madrid, 2012.

III. Monografías de parte general

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión*, Atelier, Barcelona, 2011.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada*, Madrid, 2012.

JORGE CÓRDOBA, F., *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

KUHLEN, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las normas penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PERALTA, J.M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

POSADA MAYA, R., *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012.

ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

IV. Monografías de parte especial

ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2011.

CUESTA PASTOR, P.J., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de puntos*, Dykinson, Madrid, 2012.

JAREÑO LEAL, M.A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M.T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SANZ MULAS, N., *Relevancia jurídica del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VIVES ANTÓN, T./CUERDA ARNAU, M.^a L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

V. Derecho penitenciario

NICOLÁS GUARDIOLA, J.J., *Desarrollo de la política penitenciaria europea*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

VI. Criminología

AA.VV., *Víctimas en distintos ámbitos del Derecho*, UPV, 2011.

CLIMENT DURÁN, C. y otros, *El informe criminológico forense*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.^a, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación*, Dykinson, Madrid, 2011.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2012.

MORENO CATENA, V., *Tomo III. Esquemas de Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Introducción al Derecho procesal*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2012.

II. Monografías

BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas evolución jurisprudencial y análisis crítico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

CERRADA MORENO, M., *Actos de comunicación procesal y derechos fundamentales*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

CLIMENT DURÁN, C., *El informe criminológico forense*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DOLZ LAGO, M.J. (dir.) y FIGUEROA NAVARRO, C. (coord.), *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid, 2012.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

IGLESIAS CANLE, I.C., *Comunicación y justicia en violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LANUZA TORRES, J.J. de/LILLO CAMPOS, F.J./URRA, J., *Interrogatorio. Tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2012.

LLERA GUTIÉRREZ, Á., *La asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgados visión práctica*, Ed. Ley 57, Málaga, 2012.

LORCA NAVARRETE, A.M., *El veredicto del jurado*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por delitos de violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARTÍNEZ PARDO, V., *La ejecución de las medidas en el proceso de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ORDENANA GUEZURAGA, I./ETXEBARRIA ESTANKONA, K., *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

SEGURA ORONICH, A., *El interrogatorio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012.

III. Otros

CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *La heterogeneidad doctrinal en el Tribunal Supremo*, Ed. Club Universitario, Alicante, 2012.

COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Informes 2011*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ESTALELLA DEL PINO, J., *El abogado eficaz: cómo convencer, persuadir e influir en los juicios*, Ed. La Ley Actualidad, Madrid, 2012.

FRANCIS LEFEBVRE (ed.), *Formularios prácticos proceso penal 2012*, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P., *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2012.

MENDIZÁBAL ALLENDE, R. de, *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

Recensión a la monografía: ARMENTA DEU, T.

La prueba ilícita. (Un estudio comparado)

Marcial Pons, 2011 (2.^a edición)

ELENA MARTÍNEZ

Profesora Titular. Universidad de Valencia

El trabajo que presentamos sobre la ilicitud de la prueba posee todas las características exigibles de una obra jurídica de cabecera: rigor, exhaustividad y la valentía suficientes para afrontar un tema que entronca de forma neurálgica con el correcto entendimiento de la función de los Jueces y Magistrados en el Estado Social y Democrático de Derecho, por abordar con precisión la clásica premisa —pero no por ello menos actual— sobre los propios límites y control del *controlador*, es decir, sobre el propio modelo de Juez y la legitimidad del ejercicio de su jurisdicción.

Se trata de un estudio comparativo de los modelos nacionales más significativos así como del sistema europeo *versus* el americano. La autora aborda el diseño constitucional que da base a cada modelo analizado para, a partir de esta premisa, desmenuzar su régimen de eficacia, nulidad y el tratamiento procesal exigible en cada fase procesal.

Otro valor añadido de este trabajo reside en su carácter comparado. Lo común hoy es que los ilícitos penales tengan una naturaleza transnacional. Sólo conociendo las características intrínsecas de nuestros países vecinos podremos evaluar el régimen de ejecución llevado a cabo para la obtención de pruebas, como un elemento más a observar en la valoración sobre la posible ilicitud de lo obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

Concepto y configuración de la prueba ilícita

Las bases de la prueba ilícita se mueven entre los parámetros de ponderación relativos al principio de legalidad, la búsqueda de la verdad material y el respeto por los derechos y libertades fundamentales. Junto a estos elementos, aparecen argumentos ajenos al modelo constitucional tales como el «efecto disuasorio» o las «necesidades de protección de la norma», como criterios destinados a poner la fuerza de la decisión judicial que valora o pondera los elementos en conflicto —más que en las exigencias del Estado de Derecho—, en conceptos tales como la seguridad ciudadana, la alarma social y el Derecho penal del enemigo. Algo que enlaza a menudo con sofisticadas motivaciones de las más altas autoridades judiciales, realizadas en el ejercicio del control democrático de la aplicación del ordenamiento jurídico por los Tribunales inferiores.

Para posicionar correctamente el fundamento e hilo conductor de la ilicitud probatoria, la autora recurre a los diferentes modelos normativos italiano, holandés, chileno, uruguayo, alemán, francés, argentino... y, por supuesto, el modelo español es afrontado con la claridad

que sólo un experto en la materia puede dar en un tema de enorme complejidad como es éste. En este exhaustivo trabajo de análisis jurisprudencial se desmontan, pues, numerosos tópicos repetidos hasta la saciedad en gran cantidad de sentencias nacionales y extranjeras.

Causas y clases de ilicitud probatoria

La ausencia de jurisdiccionalidad en la investigación debe conducir a incrementar la necesidad de un examen judicial previo sobre la legalidad de las fuentes de prueba obtenidas, sea a través de un juez instructor o uno de garantías. La incorporación al proceso de este acervo probatorio forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y solo la prueba obtenida con pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales puede ser apta para alzar la presunción de inocencia. La complejidad viene añadida cuando entren en conexión diversos órganos de investigación y ordenamientos jurídicos ante un elemento transfronterizo en la fase de averiguación del crimen. Este aspecto es también abordado con sumo rigor por la autora, analizando la recepción de la prueba en el extranjero y el denominado «exhorto europeo de obtención de pruebas». Todo este complejo análisis quedaría en un plano meramente dogmático si no se abordaran desde una perspectiva teórica y jurisprudencial los actos de investigación más sensibles por su elemento tecnológico. Y este flanco también lo cubre la autora.

Eficacia de la prueba ilícita

El tercer elemento de análisis es la prohibición legal y/o constitucional que cada ordenamiento comparado hace de la valoración de la prueba ilícita y la «doctrina de los frutos del árbol envenenado», poniendo sobre la mesa de debate las tendencias «atemperadoras» existentes hoy en día y tendentes a suavizar los efectos indirectos de la ilicitud probatoria, a saber, la eficacia refleja o extensiva del efecto invalidante sobre la prueba derivada de una transgresión de tal envergadura constitucional.

A partir de este punto, la autora inicia un arduo análisis del tratamiento procesal que exige el estudio de estas posibles ilicitudes en cada una de las fases del proceso penal.

Elementos para el contraste

En este último capítulo se aborda un análisis comparativo, no ya entre diferentes ordenamientos y países, sino a través de instrumentos de ámbito superior que, en definitiva, marcan las líneas interpretativas para nuestros órganos judiciales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal de los Estados Unidos de América constituyen el marco de análisis de las tendencias que poco a poco van asumiendo nuestros jueces y magistrados y nuestro legislador.

En conclusión, se trata de una obra de referencia para todo los aplicadores del Derecho en su sentido más amplio. Sólo un título tan discreto podría esconder una reflexión de tal profundidad. Tal vez un subtítulo hubiera ayudado al lector a percatarse de la magnitud del trabajo que tiene en sus manos. Me aventuro a ponérselo yo misma: *Investigación en el Estado de Derecho: Los derechos y libertades fundamentales como límite a la función jurisdiccional. (Estudio comparado)*.

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 recensiones 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.