

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 35

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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

ARBITRIO Y REVISIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Manuel Gallego Díaz 9

LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (Presupuestos constitucionales a la protección penal del Patrimonio Histórico)

Pilar Otero González y Francisco Javier Álvarez García 35

EL CONCEPTO DE «ERROR PENITENCIARIO» EN LA EJECUCIÓN PENAL. SU ENCAJE JURÍDICO EN EL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Javier Nistal Burón 67

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 89

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97

Sentencia 173/2011, de 7 de noviembre: Distribución de pornografía infantil. Derecho a la intimidad 97

Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre: Abusos sexuales sobre víctima menor de trece años. Imposibilidad de interrogatorio contradictorio 104

Sentencia 177/2011, de 8 de noviembre: Acceso a la justicia. Jurisdicción militar ... 108

Sentencia 179/2011, de 21 de noviembre: Prevaricación y cohecho. Detención judicial 110

Sentencia 180/2011, de 21 de noviembre: Detención judicial. Cómputo del plazo 113

Sentencia 181/2011, de 21 de diciembre: Euroorden. Ampliación de euroorden y trámite de audiencia 116

TRIBUNAL SUPREMO 119

Sentencia 199/2011, de 30 de marzo: Entrada y registro 119

Sentencia 273/2011, de 8 de abril: Entrega vigilada 122

Sentencia 386/2011, de 18 de abril: Entrada y registro 123

	Página
Sentencia 304/2011, de 19 de abril: Conspiración para delinquir	125
Sentencia 444/2011, de 4 de mayo: Presunción de inocencia y valoración de la prueba en juicio con Jurado	126
Sentencia 434/2011, de 17 de mayo: Apropiación indebida. Prueba de descargo	128
Sentencia 450/2011, de 18 de mayo: Condena en apelación. Asesinato y robo	129
Sentencia 448/2011, de 19 de mayo: Tráfico de drogas. Escasa entidad	131
Sentencia 543/2011, de 15 de junio: Intervenciones telefónicas. Prueba ilícita	133
Sentencia 608/2011, de 15 de junio: Prueba pericial anticipada. Delitos contra la salud pública	135
Sentencia 903/2011, de 15 de junio: Sobreseimiento libre. Doctrina y requisitos	135
Sentencia 750/2011, de 11 de julio: Organización criminal. Reincidencia	137
Sentencia 809/2011, de 18 de julio: Asesinato. Tentativa desistida	141
Sentencia 800/2011, de 19 de julio: Falsificación de moneda. Supuestos	145
Sentencia 776/2011, de 20 de julio: Tráfico de drogas. Cadena de custodia y apertura de paquete postal	149
Sentencia 865/2011, de 20 de julio: Desórdenes públicos y daños terroristas	151
Sentencia 971/2011, de 21 de septiembre: Uso de tarjetas de crédito falsas	154
Sentencia 942/2011, de 21 de septiembre: Competencia. Delitos conexos	157
Sentencia 964/2011, de 27 de septiembre: Estafa y falsedad documental. Cuestión de competencia. <i>Perpetuatio iurisdictionis</i>	159
Sentencia 983/2011, de 30 de septiembre: Tráfico de drogas. Revisión de condena .	161
Sentencia 988/2011, de 30 de septiembre: Falsificación de moneda. Dilaciones indebidas	168
Sentencia 1016/2011, de 30 de noviembre: Integración en banda armada. Valoración de la prueba	170
Sentencia 1019/2011, de 4 de octubre: Motivación probatoria. Detención ilegal	171
Sentencia 994/2011, de 4 de octubre: Violación. Unidad y pluralidad de delitos	174
Sentencia 1023/2011, de 5 de octubre: Testigos protegidos. Delitos contra los derechos de los trabajadores	177
Sentencia 1046/2011, de 6 de octubre: Amenazas. Miedo insuperable. Circunstancia agravante de parentesco	179
Sentencia 1022/2011, de 10 de octubre: Tráfico de drogas. Establecimiento abierto al público	182
Sentencia 1014/2011, de 10 de octubre: Lesiones. Dolo eventual	186
Sentencia 1077/2011, de 10 de octubre: Estafa, apropiación indebida, insolvencia punible y falsedad. Conformidad	187

	Página
Sentencia 1029/2011, de 13 de octubre: Determinación de la pena. Circunstancias modificativas	193
Sentencia 1070/2011, de 13 de octubre: Homicidio. Tentativa acabada e inacabada ..	194
Sentencia 1051/2011, de 14 de octubre: Incomunicación de testigos	196
Sentencia 1036/2011, de 17 de octubre: Estafa y falsedad. Tutela judicial efectiva. Adhesión casada supeditada	197
Sentencia 1055/2011, de 18 de octubre: Asesinato terrorista. Declaraciones en sede policial por detenido incomunicado	198
Sentencia 1113/2011, de 18 de octubre: Tráfico de drogas. Intervenciones telefónicas	200
Sentencia 1092/2011, de 19 de octubre: Estafa y apropiación indebida. Condena en costas	202
Sentencia 1060/2011, de 21 de octubre: Refundición de condenas. Abono de prisión provisional	204
Sentencia 1125/2011, de 2 de noviembre: Acción civil. Renuncia	207
Sentencia 1162/2011, de 8 de noviembre: Delito contra el medio ambiente. Principio acusatorio	208
AUDIENCIAS PROVINCIALES	211
Auto 105/2011, AP Huesca, de 25 de mayo: Medida cautelar de alejamiento. Abusos sexuales sobre una menor	211
Auto 73/2011, AP Segovia, de 26 de mayo: Recurso contra el auto de sobreseimiento. Indicios suficientes	211
Auto 74/2011, AP Segovia, de 26 de mayo: Suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad. Requisitos	212
Sentencia 177/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo: Valoración de la prueba de la declaración del denunciante. Falta de lesiones	213
Sentencia 178/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo: Valoración de la prueba. Impago de pensiones alimenticias	215
Auto 234/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo: Incumplimiento del régimen de visitas. Carácter subsidiario del Derecho Penal	216
Auto 253/2011, AP Zaragoza, de 30 de mayo: Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. No acudir a la notificación del beneficio	217
Sentencia 407/2011, AP Valencia, de 31 de mayo: Delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes. Inexistencia	217
Sentencia 152/2011, AP Madrid, de 2 de junio: Conducción alcohólica. Presunción de inocencia. Motivación de la pena	219
Sentencia 619/2011, AP Madrid, de 3 de junio: Tráfico de drogas. Cantidad de notoria importancia	221
Sentencia 126/2011, AP Murcia, de 17 de junio: Violencia de género. Ausencia de menosprecio a la dignidad de la mujer. Amenazas leves	222

Sentencia 530/2011, AP Bilbao, de 27 de septiembre: Delito contra la propiedad intelectual. Descarga directa gratuita. Valoración de la actividad, no del contenido. Condena 223

Sentencia 507/2011, AP Valencia, de 4 de octubre: Descubrimiento y revelación de secretos. Atenuante analógica 225

Sentencia 273/2011, AP Murcia, de 25 de octubre: Delito contra la seguridad de los trabajadores por imprudencia grave. Improcedencia. Accidente de buceo 227

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 3/2011, SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y DE PRECURSORES 231

CIRCULAR 4/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SINIESTRALIDAD LABORAL 232

CIRCULAR 5/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN 233

CIRCULAR 6/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 238

CIRCULAR 7/2011, DE 16 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO 240

CIRCULAR 9/2011, DE 16 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES 240

CIRCULAR 10/2011, DE 17 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL 242

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA 247

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL 255

DERECHO PROCESAL PENAL 257

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ARBITRIO Y REVISIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

MANUEL GALLEGO DÍAZ

*Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*

RESUMEN

Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial

Durante mucho tiempo, hasta fechas recientes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino entendiendo que la individualización de la pena correspondía al juzgador de instancia en el ejercicio del arbitrio que le concede la ley y, en consecuencia, no admitía ningún control jurisdiccional. La evolución de la misma jurisprudencia al distinguir entre una discrecionalidad máxima y otra mínima así como sobre todo la crítica de la doctrina y la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional fueron abriendo las puertas a un cambio jurisprudencial que considera que la decisión judicial en la determinación exacta de la pena constituye una discrecionalidad jurídicamente vinculada, ha de ser objeto de motivación en la sentencia y es susceptible de control jurisdiccional siempre que no se haya razonado en la sentencia, se hayan tenido en cuenta criterios distintos de los establecidos en la ley, la valoración del juzgador resulte incoherente o la fijación de la pena sea manifiestamente desproporcionada.

Palabras clave: Individualización judicial de la pena. Discrecionalidad jurídicamente vinculada. Motivación de la decisión judicial. Control jurisdiccional de la individualización de la pena. Artículos 120.3 Constitución Española y 66 y 72 Código Penal.

ABSTRACT

Discretion and revision of the judicial individualization of the sentence: case law evolution

For a long time, up to recent dates, the case law of the High Court understood that the individualization of the sentence concerned to the court of instance in the exercise of the discretion granted by law and, in consequence, it did not admit any jurisdictional control. The evolution of the jurisprudence itself when distinguishing between a maximum and a minimum discretion as well as mainly the critic of the doctrine and the case law issued by the Constitutional Court opened the doors to a jurisprudential change that considers that the judicial decision in the exact determination of the sentence constitutes a discretion legally connected, it must be object of motivation in the judgement and it is susceptible of jurisdictional control whenever it has not been reasoned in the judgement, it has taken into account different criteria than those established by law, the evaluation of the court turns out to be incoherent or the fixation of the sentence to be professedly disproportioned.

Key Words: Judicial individualization of the sentence. Discretion legally connected. Motivation of the judicial decision. Jurisdictional control of the individualization of the sentence. Articles 120.3 Spanish Constitution and 66 and 72 Criminal Code.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA NO ADMITE CONTROL JURISDICCIONAL.

- III. LA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DISCRECIONALIDAD MÁXIMA O DE PRIMER GRADO Y DISCRECIONALIDAD MÍNIMA O DE SEGUNDO GRADO.
 - IV. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS LEGALES. EL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA.
 - V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL NUEVO CÓDIGO PENAL (REFORMAS DE 2003).
 - VI. SUPUESTOS DE REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.
 - VII. LA REVISIÓN DE LA EXTENSIÓN CONCRETA DE LA PENA: LA REGLA 6.ª DEL ARTÍCULO 66.1 CÓDIGO PENAL.
 - VIII. LA REVISIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL GRADO APLICABLE.
-

I. INTRODUCCIÓN

En la determinación de la pena ha de huirse tanto de un arbitrio judicial ilimitado como de un legalismo rígido, pues tan malo es dejar mucho como poco espacio al juez. En ambos supuestos se puede llegar a resultados insatisfactorios y criticables. Si se deja escaso margen al juez existe el riesgo de infringir los principios de justicia y proporcionalidad, en la medida en que no se permita tener debidamente en cuenta las diferencias entre dos hechos distintos. Si, por el contrario, se le deja demasiado espacio, los riesgos existentes son, además de una quiebra de la seguridad jurídica, la conculcación del principio de igualdad al poderse llegar a resultados muy diferenciados en la determinación de la pena por parte de los distintos tribunales en relación con hechos parecidos, por un lado, y el favorecimiento de la tendencia a imponer la pena mínima, por otro⁽¹⁾. El espacio que se ponga a disposición del juez en la determinación de la pena tiene que tener la holgura suficiente para poder huir tanto de uno como de otro extremo y de uno como de otro peligro.

La determinación de la pena en el Derecho español ha venido obedeciendo siempre a un sistema legalista, fuertemente vinculado al principio de legalidad, y de efectos tasados en atención a las distintas variables del delito. El Código Penal vigente no es una excepción. Desde su origen el CP 1995 ha mantenido en esencia el sistema tradicional de aplicación de la pena, pero simplificándolo, flexibilizándolo y abriéndolo a un mayor arbitrio judicial. Se suprimieron las escalas graduales, se sustituyeron los tres grados tradicionales de la pena —mínimo, medio y máximo— por sus dos mitades —dotando así en principio de un mayor recorrido a la individualización judicial de la pena—, se aligeraron las reglas de aplicación de penas en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pasando de las siete (una de ellas sin contenido) del artículo 61

(1) Véase ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna», en *La Ley*, 1999-5, pág. 2057.

CP 1973 a las cuatro del originario artículo 66 CP 1995 o se convirtieron en facultativas algunas rebajas de la pena hasta entonces obligatorias (artículos 66.4.^a y 68 CP 1995 en su redacción originaria). No obstante, la nueva configuración dada al artículo 66 por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, unida a algunas de las reformas introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, como las llevadas a cabo en el artículo 68 y sobre todo en el 70, en el que se vuelve a introducir el día de separación entre penas, ha hecho de nuevo más complejo nuestro sistema de aplicación de penas a la vez que ha supuesto una vuelta a la dosimetría o aritmética penal que se creía ya definitivamente superada, con la consecuencia de un mayor encorsetamiento legal y, en cierto sentido también, de un paso atrás en la línea de apertura al arbitrio judicial. Con todo, a pesar de la estrecha conducción del proceso de determinación de la pena por parte del legislador, el Código Penal deja considerables márgenes de arbitrio en la individualización judicial de la pena, por lo que no es admisible sustraer esta materia al control jurisdiccional de instancias superiores.

Nunca se ha discutido la revisión en casación por infracción de ley de aquellas decisiones judiciales que supusieran rebasar los límites del marco penal fijado legalmente en cada caso. Pero, en cambio, con relación a la individualización judicial, es decir, a la fijación de la concreta extensión de pena que el juez ha de imponer en la sentencia al culpable, la jurisprudencia —y en parte también la doctrina— hasta hace poco se ha venido manifestando contraria a su revisión en casación por considerar que se trataba de una materia reservada al juzgador de instancia en el ejercicio del arbitrio concedido. Pero como se fue poniendo de manifiesto por la doctrina, y finalmente la propia jurisprudencia ha llegado a asumir, el juez de instancia no goza de entera libertad en la fijación de la extensión concreta de la pena, pues su individualización constituye un acto de discrecionalidad reglada, jurídicamente vinculada y sometida a un conjunto de criterios valorativos, lo cual no permite tomar decisiones en base a consideraciones opuestas a principios cuya transgresión aleja el arbitrio de las pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad que deben presidirlo⁽²⁾. El juez, en efecto, se encuentra limitado, en primer lugar, por los criterios fijados por el propio legislador en cada regla de aplicación de penas; en segundo lugar, por los principios y fines del Derecho penal, algunos de ellos garantizados por la propia Constitución, y, en tercer lugar, por los propios razonamientos efectuados en la sentencia, pues la Constitución en su artículo 120.3, las leyes procesales y ahora también el propio CP en su artículo 72 obligan al juez a razonar su decisión en la sentencia.

Es decir, ha de tratarse en todo caso de un arbitrio prudente, sometido a derecho, motivado y susceptible de control⁽³⁾, por lo que cuanto más amplios sean los marcos penales y más arbitrio se deje en manos del juez más se habrán de extremar las cautelas para evitar un ejercicio abusivo de éste. Un peligro que sólo cabe evitar —en opinión de DE LA MATA— aceptando que en la actuación judicial se haya de operar en base a determinados principios, escritos o no, explícita o implícitamente recogidos en nuestro ordenamiento ju-

(2) DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La individualización de la pena en los tribunales de Justicia*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 71.

(3) Véase DE LA MATA, *op. cit.*, pág. 70.

rido⁽⁴⁾. Pero, como señala SILVA, eso ya no es verdadera discrecionalidad, sino auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues no se trata de elegir entre varias posibilidades igual de correctas, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino de concretar los juicios de valor de la ley y conseguir los fines de aquélla en cada caso, determinando la pena correcta⁽⁵⁾. Esa aplicación reglada del Derecho es la que va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada esa infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial⁽⁶⁾.

II. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA NO ADMITE CONTROL JURISDICCIONAL

Durante mucho tiempo y hasta fechas recientes la jurisprudencia vino entendiendo que la determinación exacta de la pena correspondía al juzgador de instancia en el ejercicio del arbitrio que le concedía la ley y, en consecuencia, vino negando la revisión jurisdiccional de la individualización de la pena. Exponente de este planteamiento es la STS 415, de 20 de marzo de 1986, referente a la regla 4.^a del artículo 61 del CP 1973, para la que «la determinación exacta de la pena corresponde al Tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio, que si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es en cuanto tal determinación, en tanto no rebase el techo legal del grado medio, no es revisable en casación..., y ello porque la labor individualizadora en tanto que el Tribunal de instancia goza de un conocimiento directo de todo el elenco circunstancial —material y personal— coexistente en el hecho, viene encomendado al mismo, atento siempre a los factores criminológicos y objetivos que han de darle pauta y servirle de módulo...». Y seguía diciendo esta sentencia: «En definitiva, la regla 4.^a del artículo 61 (actual regla 6.^a del artículo 66.1 CP 1995) ofrece carácter mixto, al estar presidida por la fijación de un marco legal intraspasable, y poner luego en manos del Tribunal la determinación exacta de la pena, atento a las circunstancias objetivas y subjetivas que se indican, pudiendo inclinarse por la elección del grado mínimo o del medio, precisando a continuación la magnitud penal imponible». En el mismo sentido pueden citarse, entre otras muchas, las Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1951, 16 de marzo de 1956, 18 de mayo de 1963, 21 de junio de 1965, 2 de octubre de 1967, 9 de febrero de 1968, 15 de noviembre de 1971, 6 de julio de 1972, 9 de febrero de 1984, 21 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1986, 20 de marzo de 1986, 11 de noviembre de 1986, 14 de noviembre de 1986, 17 de noviembre de 1987, 14 de junio de 1988 o 3 de octubre de 1989.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, mientras los límites del marco penal establecido en cada caso por la ley son intraspasables y, en consecuencia, su rebasamiento está sujeto a control casacional por infracción de ley, en cambio, la determinación exacta de la

(4) DE LA MATA, *op. cit.*, pág. 71.

(5) SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 6, 1987, pág. 140.

(6) DE LA MATA, *op. cit.*, pág. 71.

pena dentro de los grados o mitades fijados por el legislador o dentro del marco resultante de la aplicación de las reglas legales de determinación —es decir, la individualización judicial de la pena en sentido estricto— corresponde por entero al juzgador de instancia en el ejercicio de su arbitrio sin que quepa su revisión y control jurisdiccional ante instancias superiores, pues en este ámbito el juzgador de instancia, en atención al conocimiento directo de todas las circunstancias tanto materiales como personales concurrentes en el hecho, dispone de una facultad discrecional, personal y privativa, no susceptible de ser revisada en instancias superiores. En consecuencia, según esta postura tradicional de la jurisprudencia que se ha mantenido constante hasta hace poco tiempo, en la práctica se ha venido reconociendo un arbitrio absoluto para determinar la extensión concreta de la pena dentro de los límites establecidos por la ley sin necesidad, por lo tanto, de que el juez tuviera que motivar en la sentencia la decisión adoptada.

Este planteamiento no sólo era aplicable a la regla 4.^a del artículo 61 CP 1973, referente al supuesto de ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes, sino a todos aquellos otros supuestos en que el juzgador hubiera hecho uso de preceptos penales que le concedieran facultades discrecionales para elevar la pena a la superior en grado o para rebajarla a la inferior en uno o dos grados o para recorrer toda la extensión del marco penal o de cada uno de sus grados o mitades. En todos estos supuestos se entendía por la jurisprudencia que el recurso de casación no era posible puesto que no se trataba de normas de imperativa o preceptiva observancia, sino de carácter discrecional, es decir, se trataba de resoluciones judiciales basadas en el uso de facultades discrecionales⁽⁷⁾.

III. LA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DISCRECIONALIDAD MÁXIMA O DE PRIMER GRADO Y DISCRECIONALIDAD MÍNIMA O DE SEGUNDO GRADO

Esa línea jurisprudencial que, al confundir discrecionalidad con arbitrariedad, sentaba la posibilidad de una actuación arbitraria en la individualización judicial de la pena, se va flexibilizando hasta el punto de ir abriendo la puerta al control jurisdiccional a medida que se van asumiendo los principios y garantías constitucionales, principalmente la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y la exigencia de motivación de las sentencias (artículo 120.3 CE). La STS de 25 de febrero de 1989⁽⁸⁾, que contaba ya con

(7) Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., en «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», cit., págs. 138-139; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 333-334; DE LA MATA, N., *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, cit., pág. 259.

(8) «Es cierto que la regla 4.^a del artículo 61 del Código Penal establece como facultad privativa del tribunal sentenciador propiamente dicho o de instancia la posibilidad de imponer la pena conminada en toda su extensión normativamente a la infracción en los grados mínimo o medio y que tal facultad se ha venido constantemente interpretando por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que no cabe la revisión en casación del uso de tal facultad por el tribunal *a quo* (Sentencias, entre muchas, de 11 de diciembre de 1985, 12 de marzo y 28 de diciembre de 1987 y 28 de octubre de 1988); mas ello no obsta a que una vez más se haga una llamada a los tribunales de instancia en orden a que la discrecionalidad nunca se puede confundir con la arbitrariedad y que a una identificación con ésta puede conducir la no expresión de la necesaria motivación constitucionalmente impuesta (artículo 120.3 de la Constitución Española)

algunos otros precedentes, inaugura esta nueva tendencia jurisprudencial alertando a los tribunales de instancia sobre la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad y la prohibición de esta última tanto por la Constitución como por la legislación ordinaria, abriendo así las puertas al control jurisdiccional de la individualización judicial de la pena.

A partir de la indicada sentencia se inicia, pues, una etapa diferente que se extiende, con altibajos, hasta fechas recientes, flexibilizándose por parte de la jurisprudencia el acceso al control casacional de la individualización de la pena al distinguirse entre la discrecionalidad máxima o de primer grado y la discrecionalidad mínima o de segundo grado. Pero paradójicamente, como observa DE LA MATA, se incluye dentro de la primera la individualización judicial de la pena y se sigue admitiendo como punto de partida la doctrina tradicional de que la individualización de la pena es una facultad privativa del tribunal sentenciador de cuyo uso no cabe la revisión en casación. En todo caso se la distingue claramente de la arbitrariedad comenzándose a utilizar jurisprudencialmente la expresión acuñada doctrinalmente de «discrecionalidad reglada», jurídicamente vinculada⁽⁹⁾.

Dentro de lo que es la discrecionalidad, no la arbitrariedad, la jurisprudencia comienza, pues, a distinguir en materia de individualización judicial de la pena entre discrecionalidad máxima o de primer grado y discrecionalidad mínima o de segundo grado. En la primera, los juicios realizados para la determinación de la pena no vienen impuestos por la ley, pudiendo los tribunales hacer uso de ella libremente sin estar obligados a reflejar en su resolución los juicios de valor que les han llevado a fijar la pena y no siendo factible, en consecuencia, el recurso de casación por inexistencia de infracción legal (véanse SSTs 3696/1993, de 20 de diciembre; 460/1997 y de 11 de abril). A juicio de DE LA MATA, esta discrecionalidad es en realidad inexistente⁽¹⁰⁾.

En cambio, la discrecionalidad mínima o de segundo grado no alcanza el grado absoluto de aquella otra. En ella el razonamiento seguido por el juzgador en la fijación de la pena está vinculado a ciertos condicionamientos impuestos normativamente, consistiendo la discrecionalidad en hacer o no hacer uso de éstos, pero una vez que los tribunales la ejercen quedan obligados a ellos. Esta segunda clase de discrecionalidad, al exigir el seguimiento de criterios señalados por la norma, es revisable en casación (véanse SSTs de 21 de mayo de 1993; 3696/1993, de 20 de diciembre; 23 de diciembre de 1994; 460/1997, de 11 de abril, y 758/1998, de 26 de mayo).

En todo caso, como se ha advertido, se distingue ya claramente entre discrecionalidad y arbitrariedad con admoniciones frecuentes del Tribunal Supremo acerca de la necesidad de razonar el arbitrio, por lo que, de acuerdo con la exigencia constitucional (artículo 120.3 CE), es preciso proceder a motivar las resoluciones judiciales, incluso en los supuestos de discrecionalidad de primer grado, de tal forma que si se incurre en arbitrariedad, ya sea por

de las resoluciones judiciales, ya que si la elección punitiva depende, según el indicado precepto penal sustantivo, “de la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente”; un silencio fundamentador sobre tales datos deviene absolutamente recusable, pues sería ha de ser la individualización penal y no reducible a simples esquemas de recusables prácticas estereotipadas» (STS núm. 589/1989, de 25 de febrero). En la misma línea puede verse la STS núm. 67/1991, de 10 de enero.

(9) DE LA MATA, N., *La individualización de la pena...*, cit., págs. 259-260.

(10) DE LA MATA, N., *La individualización de la pena...*, cit., pág. 259.

ausencia total de razonamiento, ya sea porque éste no se sujeta en absoluto a los parámetros legales, se acepta la posibilidad del recurso de casación⁽¹¹⁾.

IV. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS LEGALES. EL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA

La línea tradicional de la jurisprudencia que, apoyándose en las facultades discrecionales que corresponden al juzgador de instancia, negaba la posibilidad de revisar en casación la decisión adoptada en la individualización judicial de la pena cuando no se sobrepasara el límite penal fijado en la ley, ha sido objeto de una severa crítica por parte de la doctrina. Lo contrario, como señaló GONZÁLEZ CUSSAC, supondría consentir y tolerar la existencia de una zona de incerteza que da lugar a una inadmisibles restricción de las garantías individuales y a una clara situación de indefensión en determinados casos⁽¹²⁾. En el Estado de Derecho el arbitrio judicial supone el ejercicio de una actividad discrecional siempre vinculada a la ley y a los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y no indefensión, por lo que se tratará siempre de una discrecionalidad jurídicamente vinculada. En ningún caso la discrecionalidad implicará total ausencia de control⁽¹³⁾.

Hoy, como señala la doctrina dominante, resulta muy difícil hablar de discrecionalidad en relación con la individualización de la pena teniendo en cuenta los criterios y líneas rectoras que han de guiar la tarea del juez a la hora de proceder en cada caso a la determinación de la pena correcta. Pero eso, como dirá SILVA, se trata ya de aplicación del Derecho; no propiamente discrecionalidad⁽¹⁴⁾. No existe, pues, una libertad absoluta de actuación por parte del juzgador en la determinación de la pena proporcionada y correcta dentro de los límites del marco penal señalado en la ley o dentro de la mitad correspondiente, pues además de tener que atender a los criterios proporcionados por el legislador, en todo caso el arbitrio ha de ser siempre racional, prudente y uniforme⁽¹⁵⁾. Por eso tampoco puede admitirse plenamente la distinción jurisprudencial entre discrecionalidad máxima o de primer grado y mínima o de segundo grado, pues en la determinación de la pena la decisión del juzgador siempre está condicionada y sometida a la observancia de la ley, bien de forma expresa a través de determinados criterios fijados por la ley bien de forma implícita por medio de la finalidad de la norma a aplicar o de los principios fundadores o limitadores de Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Como dice DE LA MATA, ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio

(11) Véanse DE LA MATA, N., *op. cit.*, págs. 259-260; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, cit., pág. 334.

(12) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (RA 1670)», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 145 ss.

(13) Véanse SILVA, J.-M., «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», cit., págs. 138-139; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal...», cit., pág. 150; DE LA MATA, N., *La individualización de la pena...*, cit., págs. 260-261.

(14) SILVA, J.-M., *op. cit.*, págs. 139-140.

(15) Véanse DE LA MATA, N., *op. cit.*, págs. 306-307; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 150.

de proporcionalidad y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de individualización⁽¹⁶⁾. La no atención a estos criterios dará lugar, en apelación o casación, a revocar las sentencias de instancia que no se ajusten al principio de proporcionalidad.

El principio de legalidad impone un primer límite al juzgador en el ejercicio de la facultad discrecional que implica la determinación de la pena, pues necesariamente tiene que atender a los criterios establecidos en cada caso por el legislador. Estos criterios vendrán expresados unas veces de forma inmediata o explícita en la ley, como es el caso de «las circunstancias personales del delincuente» y «la mayor o menor gravedad del hecho» de la regla 6.ª del artículo 66.1 CP, y otras de forma implícita en el necesario respeto a la finalidad y función teleológica de la propia norma, de los fines y límites del Derecho Penal en su conjunto o más concretamente de los fines de la pena⁽¹⁷⁾.

Por otro lado, los criterios de individualización establecidos por la ley son conceptos normativos que requieren una valoración objetiva y unívoca, no personal y subjetiva⁽¹⁸⁾. Y, además, tienen que ser interpretados de conformidad con los principios constitucionales, como los de igualdad y de proporcionalidad, y los fines del Derecho, particularmente del Derecho penal. Como entiende GONZÁLEZ CUSSAC, la vigencia del principio de igualdad obliga al juez a ejercitar su arbitrio ateniéndose a la existencia de una serie de reglas generales —criterios de orden valorativo— que deberá aplicar siempre de un modo uniforme siguiendo el método generalizador propio de las ciencias jurídicas⁽¹⁹⁾.

El principio de proporcionalidad, cuya aplicación corresponde en primer lugar al legislador, se manifiesta también muy particularmente en el momento de la individualización concreta de la pena. Como hace notar DE LA MATA, en este momento se vuelve a destacar por parte de los Tribunales su vinculación a este principio, con matizaciones y diversas consideraciones, oscilando entre el mero sometimiento a un principio de legalidad que absorbe al de proporcionalidad —salvo en casos de amplios márgenes de actuación e imposición de máximos o mínimos con ausencia de razonamiento o razonamiento arbitrario— y la exigencia de atender expresamente además de los límites legales que determinan

(16) DE LA MATA, N., *op. cit.*, pág. 72. Véase también en el mismo sentido SILVA, J.-M., «La revisión en casación...», *cit.*, pág. 139

(17) Véase DEMETRIO CRESPO, E., «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 35, 2003, pág. 11; PÉREZ DEL VALLE, C., «La individualización de la pena y su revisión», en Del Rosal, B. (editor), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 41 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 61 y ss.

(18) Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código penal...», *cit.*, págs. 145 y ss.

(19) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 145. En este sentido, la STS de 2 de octubre de 1995, refiriéndose a la aplicación de la pena de multa, establece: «Si bien la doctrina antigua de esta Sala señaló que no cabe casación contra el uso que los Tribunales de instancia hagan de este arbitrio siempre que no traspasen los límites de su potestad discrecional —Sentencia de 31 de diciembre de 1945— y hasta llegar al límite máximo de la multa prevista, aunque no concurren circunstancias modificativas y aunque el procesado aparezca como insolvente —Sentencia de 8 de noviembre de 1986— ya más recientemente se ha señalado que la multa debe ser adecuada a las circunstancias del culpable (capacidad económica, ingresos, familia a su cargo, etc.) e impedir así un agravio al principio de igualdad que exige un tratamiento diferenciado de los desiguales para que triunfe la igualdad —Sentencia de 1 de julio de 1988—».

los marcos en que puede actuar el juzgador, también los criterios legales de concreción de la pena y las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho para garantizar la proporción debida⁽²⁰⁾. En este sentido, la Sentencia núm. 1146/1998, de 10 de octubre, establece que «La determinación de la pena al caso concreto (Sentencia de 7 de junio de 1994) responde a las exigencias que el principio de legalidad impone. La legalidad, la proporcionalidad y la tipicidad van íntimamente relacionadas entre sí, alrededor del artículo 25 de la Constitución. Porque la proporcionalidad supone la adecuación o la correspondencia de unas partes con el todo o de las partes entre sí. Tal exigencia ha de establecerse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, en relación o en atención a la gravedad que a su vez vendrá definida por la intensidad del mal causado, del injusto y de la reprochabilidad de su autor (véanse las Sentencias de 25 de junio de 1990 y 19 de noviembre de 1992)». En la misma dirección y en la línea de otras anteriores, como la de 5 de octubre de 1988, la STS 832/1996, de 11 de noviembre, alude al entroncamiento de la discrecionalidad jurídicamente vinculada con el principio de proporcionalidad, en el sentido de que a una mayor gravedad debe corresponder una mayor pena⁽²¹⁾.

Si la individualización judicial de la pena es un proceso de aplicación del Derecho, es obvio que ha de ser susceptible de control jurisdiccional, por lo que necesariamente tendrá que haber recurso contra la decisión judicial en esta materia. Por mucho que el juez sea el que mejor conozca el entramado circunstancial del caso concreto, sus decisiones no pueden quedar al margen del control jurisdiccional. La no observancia de criterios establecidos por el legislador o la no atención a los principios que rigen la individualización judicial de la pena es lo que hace que la decisión del juez en la fijación exacta de la pena pueda ser criticada y revisada en segunda instancia, en apelación o casación o, incluso, en amparo constitucional. En la medida en que se infringen preceptos penales sustantivos por no haberse tenido en cuenta criterios establecidos legalmente o por no haberse valorado en la medida que debieran serlo, es lógico que se den las bases para interponer un recurso de casación por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim)⁽²²⁾. Otra solución daría lugar a auténticas situaciones de indefensión con vulneración del artículo 24.1 CE. En resumen, dice GONZÁLEZ CUSSAC, el arbitrio judicial, como ejercicio de una facultad discrecional sometida a la ley y vinculada al conjunto de criterios valorativos, debe emplearse conforme a pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad. Y si así no se hiciera, la decisión resultaría injusta y por tanto susceptible de casación⁽²³⁾. Además ninguno de los actos dis-

(20) DE LA MATA, N., *La individualización de la pena...*, cit., pág. 206.

(21) «El principio de prohibición de exceso y de proporcionalidad que la doctrina del Tribunal Constitucional atribuye valor fundamental en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre, por inferencia del artículo 10.2 del texto fundamental y en relación con los artículos 10 y 18 del Convenio de Roma se proyecta también sobre la aplicación de la pena con una exigencia de proporcionalidad con ponderación de su carga coactiva y a la teleología de la comunicación penal. Pues bien, el Tribunal de instancia en un caso, sin circunstancias modificativas, y tratándose de un insolvente y de profesión labrador le impone, con absoluta arbitrariedad, la multa máxima y totalmente desproporcionada, no sólo a su fortuna, sino a la de la casi totalidad de las personas. Ello debe corregirse en atención a su impugnación casacional, a la falta de motivación de razonabilidad y la ausencia de finalidad» (STS de 2 de octubre de 1995).

(22) Véase SILVA, J.-M., «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», cit., págs. 140-141.

(23) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 145.

crecionales queda al margen del control jurisdiccional, ya que en el Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE)⁽²⁴⁾.

Pero para que las decisiones judiciales sean revisables y puedan ser recurridas es necesario como presupuesto que el juez de instancia las razone o motive en la sentencia, por lo que en el caso de la individualización de la pena el órgano sentenciador deberá justificar la extensión de la pena concretamente impuesta en la sentencia, exponiendo las razones y las circunstancias que le hayan determinado a imponer una determinada magnitud de pena o las razones del uso que haya hecho de los criterios legales de determinación de la pena.

La motivación de la decisión en la sentencia penal constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional elevándose a la categoría de derecho fundamental de la persona cuya vulneración es susceptible de control a través del recurso de amparo⁽²⁵⁾. El Tribunal Constitucional viene considerando reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el artículo 120 CE constituye un derecho fundamental de todas las personas que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y se concreta en el derecho a no padecer indefensión, conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio en que se basan y en lo que a la determinación de la pena se refiere ese derecho exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona condenada (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril; 20/2003, de 10 de febrero; 148/2005, de 6 de junio, y 76/2007, de 16 de abril). En este sentido la STC 21/2008, de 31 de enero, establece que «... El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el juez en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adaptación de la decisión...». Esta obligación, según la jurisprudencia constitucional, «es el único modo de controlar no la forma de interpretar las leyes por parte del juzgador, sino los procesos deductivos (sobre los hechos y sobre el Derecho) que fundamentan la decisión o fallo. Sólo así es posible —concluye el Tribunal Constitucional—, en primer lugar, respetar el derecho que le asiste a todo ciudadano a recurrir y a que le expliquen las causas y las razones por las que un acto grave (la sentencia) sacrifica (si es condenatoria) sus derechos fundamentales y, en segundo término, llevar a la práctica con seriedad la obligación que le incumbe a los Tribunales superiores —aunque normalmente no puedan entrar a valorar nuevamente la prueba— de

(24) Véanse DE LA MATA, N., *op. cit.*, pág. 261; TERRADILLOS BASOCO, J., en Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 194; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Thomson-Reuters, Cizur menor (Navarra), 2011, pág. 298.

(25) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una Sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 18, 1990, pág. 133.

comprobar si el proceso deductivo que ha guiado al inferior es lógico y razonable o fruto de la arbitrariedad, la irracionalidad o el absurdo»⁽²⁶⁾.

Las sentencias no motivadas o insuficientemente motivadas provocan una situación de indefensión y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva infringiendo de esta manera los artículos 24.1 y 120.3 CE, por lo que podrán ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional siempre que se hayan agotado previamente todos los recursos posibles dentro de la vía judicial [artículo 44.1.a) LO 2/1979, de 3 de octubre, Tribunal Constitucional]. Asimismo infringen los artículos 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ y ahora también el artículo 72 CP que acertadamente obliga de forma expresa a razonar en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta con carácter de general aplicación a la determinación de la pena evitando así, como observa N. CASTELLÓ, que la no constancia de dicho requerimiento en todos los preceptos anteriores pueda conllevar una cierta laxitud o flexibilidad en la justificación de algunas fijaciones de penas, entendiendo que si en una se exige y en otras no, es porque en estas últimas no es legalmente demandable o, al menos, no es obligado en igual medida⁽²⁷⁾.

En consecuencia, aparte de aquellas sentencias en que se hayan traspasado los límites legales del marco penal correspondiente o no se haya determinado la pena inferior en uno o dos grados cuando así lo establezca la ley, serán también susceptibles de recurso —apelación, casación o incluso amparo, según el procedimiento de que se trate— aquellas otras en que falte una motivación explícita o implícita de la decisión adoptada, aquellas con motivación insuficiente o incorrecta, o en las que la pena sea arbitraria o abiertamente contradictoria con la motivación ofrecida, aquellas en que no se hayan tenido en cuenta los criterios legales o se hayan observado incorrectamente, o en las que la pena impuesta sea manifiestamente desproporcionada en relación con los criterios y principios legales⁽²⁸⁾.

V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL NUEVO CÓDIGO PENAL (REFORMAS DE 2003)

Con el transcurso del tiempo la propia jurisprudencia ha ido evolucionando hasta el punto de que actualmente puede considerarse ya superada aquella línea jurisprudencial que sostenía que la individualización de la pena consistía en una facultad discrecional privativa del juzgador de instancia no susceptible de ser revisada en casación⁽²⁹⁾. Como ya reconoció la STS núm. 834/1998, de 12 de junio, con referencia todavía al anterior CP 1973, «si en un principio se dijo que el artículo 61.4 suponía un supuesto de discrecionalidad máxima, no susceptible de casación (Sentencias de 28 de mayo y 25 de febrero de 1991, 28 de septiembre de 1989), posteriormente fue evolucionando tal doctrina en aras del máximo respeto

(26) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una sentencia motivada...», cit., págs. 133-134.

(27) CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (artículo 66.1 del Código Penal)*, Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 119.

(28) En este sentido, DE LA MATA, N., *op. cit.*, págs. 262-263.

(29) Véase RAMOS TAPIA, M.ª I., «El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 69, 1999, pág. 615.

a la Constitución, con la idea de que nunca pueda confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad». Pero asimismo en otras muchas sentencias se va reconociendo que los jueces están obligados a tener en consideración los criterios y principios establecidos por la ley, pues el principio de proporcionalidad permite, ya sea en apelación o en casación, revocar las decisiones de los jueces de instancia inferiores que no se atengan a aquellos criterios que buscan establecer la proporción entre el hecho y la consecuencia jurídica. La crítica de la doctrina a la antigua jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional han ido haciendo posible este cambio jurisprudencial, el cual se lleva a cabo de una manera más decidida y firme con la aplicación del nuevo CP 1995 al exigirse originariamente en algunas de las reglas (1.^a y 4.^a) del artículo 66 la motivación o razonamiento de la decisión judicial, exigencia que en la reforma llevada a cabo por la LO 15/ 2003 se ha hecho extensiva a todas las reglas de aplicación de penas a través del nuevo artículo 72.

La doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando, pues, en aras del máximo respeto a la Constitución, con la idea de que nunca pueda confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad. En este sentido establecía la citada STS 834/1998, de 12 de junio, que «no cabe confundir la discrecionalidad, aunque fuere máxima, con la arbitrariedad y con la no explicación en las resoluciones judiciales del porqué de la decisión, tal impone ... el artículo 120.3 de la Constitución (Sentencia de 10 de enero de 1991)»⁽³⁰⁾. La fundamentación en las sentencias de la individualización de la pena se convierte en una exigencia constitucional. Así lo ha venido declarando el Tribunal Constitucional al considerar en numerosas resoluciones —véase, por ejemplo, la STC 21/2008, de 31 de enero— que la motivación de las sentencias es un derecho fundamental de las personas que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 concretándose en el derecho a no sufrir indefensión. En esa misma línea el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el juzgador tiene la obligación de exponer en la sentencia las razones en virtud de las cuales impone una correcta sanción al acusado, dentro del marco que la ley establece, pues de este modo, además de conocer el justiciable los argumentos, puede refutarlos por vía de recurso, y por ello la falta de fundamentación al respecto lesiona el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva (véanse SSTs 1015/1999, de 15 de junio, 1582/2000, de 18 de octubre, 767/2009, de 16 de julio). De acuerdo con este planteamiento figuran desde hace ya algún tiempo las frecuentes admoniciones del Tribunal Supremo para imponer en todos los casos de discrecionalidad reglada la necesidad de razonar el arbitrio, por exigencia combinada de los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 24.1 (tutela judicial efectiva) y 120.3 (sentencia motivada) de la Constitución, en concordancia con los artículos 142.4 y 741, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 247 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (véase, entre otras muchas, SSTs de 24 de diciembre de 1986, 25 de febrero de 1989, 10 de enero de 1991, 29 de septiembre de 1993, 3696/1993, de 20 de diciembre, 832/1996, de 11 de noviembre, 832/1996, de 11 de noviembre y 788/1998, de 14 de mayo).

Desde este planteamiento, y sobre todo de forma más concluyente a partir de la exigencia específica y expresa de motivación que introdujo el CP de 1995 en la regla 1.^a del artículo 66, y todavía más aun con la introducción del nuevo artículo 72 CP por la LO

(30) Véase en el mismo sentido la STS núm. 1582/2000, de 18 de octubre.

15/2003, se fue superando la doctrina jurisprudencial que consideraba que en los supuestos de individualización judicial se trataba de una discrecionalidad máxima o de primer grado no susceptible de recurso de casación (véanse, por ejemplo, SSTs de 25 de febrero de 1991 y de 28 de mayo y de 28 de septiembre de 1989) a favor de entender que se trata, por el contrario, de una discrecionalidad mínima o de segundo grado y, en consecuencia, jurídicamente vinculada a principios y criterios limitativos y sometida, a través de la obligación de razonamiento del juez en la sentencia, a control jurisdiccional por parte del órgano superior. En esta línea la ya citada STS núm. 834/1998, de 12 de junio, establece que «cuando aquella función discrecional cuasi absoluta, sobrepase los condicionamientos a que está sometida, procede la casación si en su valoración se pone de manifiesto, de forma incuestionable, la equivocación o el error valorativo sufrido en cuanto a los mismos, infringiéndose la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto»⁽³¹⁾.

En todo caso el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional «y según ello, —establece la STS 892/2008, de 26 de diciembre— el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que sólo al Juzgador de instancia compete». Pero —sigue diciendo la citada sentencia— «ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proporción, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales». Es decir, los jueces ya no son soberanos para imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio, por lo que —como expresa la STS 892/2008, de 26 de diciembre— la afirmación según la terminología corriente de que la pena depende del arbitrio del Tribunal no puede ser tomada en sentido estricto, «dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos».

La individualización judicial de la pena consiste, pues, en un ejercicio de discrecionalidad reglada, «que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación por vía de infracción de ley (artículo 849.1.º LECrim), particularmente en lo referente a la racionalidad de la motivación, pues no cabe confundir la discrecionalidad, aunque fuere máxima, con la arbitrariedad y con la no explicación en las resoluciones judiciales del porqué de la decisión, tal impone ... el artículo 120.3 de la Constitución» (SSTs 225/2003, de 11 de febrero y 834/1998, de 12 de junio)⁽³²⁾. Según la STS 758/1998, de 26 de mayo, la individualización de la pena «nunca debe suponer arbitrariedad porque su límite se encuentra en la no infracción de la legalidad o en la no producción de error en la valoración o quebrantamiento de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto». Los criterios impuestos en la ahora regla 6.ª del artículo

(31) Véase también la STS 460/1997, de 11 de abril.

(32) Véase en el mismo sentido la STS 919/2010, de 14 de octubre.

66.1 CP suponen auténticos juicios de valor sometidos al trámite casacional si se pone de manifiesto de manera clara la equivocación o el error valorativo sufrido en cuanto a ellos, infringiéndose la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto (STS 834/1998, de 12 de junio).

La motivación de la individualización de la pena —como establecen, por ejemplo, las SSTS 145/2005, de 7 de febrero, y 1426/2005, de 7 de diciembre— requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos, gravedad que debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito. «El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae», según la STS 892/2008, de 26 de diciembre, «a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria». Esta discrecionalidad jurídicamente vinculada se encuentra, pues, entroncada con el principio de proporcionalidad en el sentido de que a una mayor gravedad del injusto culpable debe corresponder una mayor pena (véanse, en este sentido, las SSTS de 5 de octubre de 1988, 5 de julio de 1991, 2 de octubre de 1995 y núm. 758/1998, de 26 de mayo).

La obligación de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 CE comprende la determinación de la extensión concreta de la pena, como expresamente establece ahora el artículo 72 CP, tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, al disponer que los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, razonarán en la sentencia tanto el grado como la extensión concreta de la impuesta. Según la doctrina constitucional —véase STC 21/2008, de 31 de enero—, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida (SSTS 534/2009, de 1 de junio, 620/2008, de 9 de octubre y 767/2009, de 16 de julio), por lo que el juez o tribunal debe hacer constar con la suficiente extensión las razones que ha tenido en cuenta en el momento de precisar la consecuencia punitiva (SSTS 809/2008, de 26 de noviembre, 892/2008, de 26 de diciembre, 767/2009, de 16 de julio, 919/2009, de 24 de septiembre).

La conclusión de todo este planteamiento jurisprudencial es que la individualización de la pena realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto se sobrepasen los grados o mitades a que atiende especialmente el artículo 66 CP, sino también en cuanto afecta «al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda» (STS 767/2009, de 16 de julio, STS 767/2009, de 16 de julio, STS 919/2009, de 24 de septiembre). La STS 919/2010, de 14 de octubre, establece que «la individualización corresponde al Tribunal de instancia, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena, sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de

individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria»⁽³³⁾.

El ejercicio de discrecionalidad reglada en el que consiste la individualización de la pena debe ser fundamentalmente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (artículo 849.1.º LECrim), pero su inexistencia no determina sin más la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente (SSTS 1099/2004, de 7 de octubre y 892/2008, de 26 de diciembre). Es decir, que la ausencia de motivación puede subsanarse por vía de casación en el supuesto de que, aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos, todas las circunstancias acaecidas (SSTS 788/1998, de 14 de mayo y 834/1998, de 12 de junio). «Ante la ausencia de motivación —establece la STS 919/2009, de 24 de septiembre—, el Tribunal debe examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva».

Siguiendo al Tribunal Constitucional en la interpretación de los artículos 24 y 120 CE (SSTC 5/1987, 152/1987 y 174/1987), la doctrina jurisprudencial no exige que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, ni considera que una motivación escueta y concisa o una fundamentación por remisión (STS de 27 de septiembre de 2006) dejan de ser motivación, pero la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el artículo 120 de la Constitución y los artículos 66 y 72 CP cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la pena impuesta (SSTS 976/2007, de 22 de noviembre y 349/2008, de 5 de junio). En otras ocasiones se ha precisado (STS 599/2007, de 18 de junio) que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la pena mínima legal. La imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida (STS 919/2009, de 24 de septiembre).

VI. SUPUESTOS DE REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Cuando en la determinación de la pena se rebasa el límite legal establecido por cada regla del artículo 66.1, ya se trate de los límites de la pena aplicada en toda su extensión, de los

(33) Véanse en el mismo sentido las SSTS 919/2010, de 14 de octubre; 1029/2010, de 1 de diciembre; 312/2011, de 29 de abril; 411/2011, de 10 de mayo; 454/2011, de 31 de mayo; 525/2011, de 8 de junio; 646/2011, de 16 de junio; 632/2011, de 28 de junio.

límites de su mitad inferior o superior, o de los límites correspondientes a la aplicación de la pena superior e inferior en grado, está abierto por infracción de ley el recurso de casación. Sobre esto no se han presentado nunca dudas. Como ya se ha indicado, éstas han surgido en relación con la individualización de la pena, es decir, con la fijación de la pena concreta a imponer dentro de la total extensión de la pena o de alguna de sus mitades, o con la elevación a la pena superior en grado o la degradación a la inferior en grado siempre que estas operaciones tuvieran carácter discrecional o facultativo. En todos estos supuestos la elección del grado o la fijación de la extensión concreta de pena están sujetas a determinados criterios o principios establecidos de forma explícita o implícita por la ley por lo que la discrecionalidad no implica total ausencia de control⁽³⁴⁾. Se trata siempre de una discrecionalidad jurídicamente vinculada, de modo que no está sustraída al control jurisdiccional. Por ello las decisiones que se adopten en el ejercicio de la discrecionalidad han de ser motivadas suficientemente en la sentencia, por lo que si el juzgador no lo hace, si atiende otros criterios distintos de los legales, o si la pena que impone resulta claramente incoherente con el razonamiento establecido en la sentencia o manifiestamente desproporcionada con la gravedad del hecho o las circunstancias personales del condenado⁽³⁵⁾, la sentencia tendrá que ser objeto de revisión jurisdiccional. Por otra parte, el espacio que deja la ley al juzgador para la individualización de la pena resulta en ocasiones tan amplio que su no revisabilidad sería caer sin más en arbitrariedad. No se puede admitir, pues, que en la aplicación de la regla 6.^a del artículo 66.1 el juez pueda imponer la pena en cualquier punto de su extensión que le parezca conveniente, sino que tendrá que hacerlo de acuerdo con la valoración que haya hecho de los criterios establecidos en esa regla. Y lo mismo habrá de afirmarse con relación a las reglas 1.^a y 3.^a, por ejemplo. En su aplicación el juez no puede imponer la pena en cualquier extensión de su mitad inferior o superior, respectivamente, sino que tendrá que hacerlo de acuerdo con la valoración que haya hecho de la atenuante o agravante concurrente y también de los criterios establecidos en la regla 6.^a

Al tratarse de una discrecionalidad jurídicamente vinculada, el juez ha de atender los criterios establecidos por el legislador bien para determinar el marco penal aplicable o bien para concretar, ya dentro de su extensión, la pena a que en concreto ha de condenar en la sentencia. Por ejemplo, la regla 2.^a del artículo 66.1 CP faculta al juez para rebajar la pena en uno o dos grados, pero esa decisión tiene que adoptarse en consideración a los criterios que fija el legislador en la propia regla, como son el número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes. Y luego, una vez decidido el grado en que haya de aplicarse la pena, dentro del espacio representado por este marco penal, el juez tendrá que fijar en la sentencia la magnitud concreta de pena, sin que tampoco esta última operación judicial esté desvinculada de los criterios legales, como pueden ser la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente de la regla 6.^a del artículo 66.1 CP. Pero además en la individualización de la pena el juzgador no podrá dejar de tener en consideración los propios principios y fines del Derecho penal. De todo ello tendrá que dar cuenta en la sentencia motivando o razonando la decisión adoptada respecto

(34) Véase SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», cit., págs. 138 y ss.; DE LA MATA, N., *La individualización de la pena...*, cit., pág. 261.

(35) Véase RAMOS TAPIA, I., «El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 69, 1999, págs. 617 y ss.

de la pena finalmente impuesta, pues, aparte de tratarse de una exigencia constitucional (artículo 120.3 CE), el propio CP, después de la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, establece en el nuevo artículo 72 que «los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta». La extensión de esta obligación con carácter general a todas las reglas de aplicación de penas, a diferencia de la situación anterior a la indicada reforma que la vinculaba sólo a determinadas reglas del artículo 66 CP (1.^a y 4.^a), abre la puerta también con carácter general a la posibilidad de la revisión jurisdiccional del arbitrio en la determinación e individualización de la pena, disipando así las dudas que pudieran haber surgido antes de la citada reforma con relación a determinadas reglas de aplicación de penas.

No obstante ha de advertirse que el acceso a la revisión en casación de las valoraciones que han determinado al juzgador a fijar una determinada pena no constituye una facultad absoluta e ilimitada del Tribunal Supremo, pues en otro caso se convertiría la casación en una nueva instancia. En modo alguno este tribunal puede sustituir al tribunal sentenciador, pues únicamente a éste le concede la ley el arbitrio para establecer o fijar la extensión concreta de pena que corresponda imponer de acuerdo con las valoraciones que, tras la celebración del juicio oral, haya podido efectuar respecto de los hechos y la persona del condenado. La viabilidad de la revisión en casación de la individualización de la pena sólo tendrá lugar excepcionalmente, en aquellos supuestos en que no se haya motivado la sentencia, se hayan tenido en cuenta criterios distintos de los establecidos en la ley, las valoraciones del juzgador resulten incoherentes o la fijación de la pena sea manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad del hecho o las circunstancias personales del condenado⁽³⁶⁾. Si se excluyera la posibilidad de la revisión jurisdiccional de la individualización de la pena el arbitrio derivaría sin más en arbitrariedad, como viene recordando con alguna frecuencia la doctrina jurisprudencial⁽³⁷⁾.

VII. LA REVISIÓN DE LA EXTENSIÓN CONCRETA DE LA PENA: LA REGLA 6.^a DEL ARTÍCULO 66.1 CÓDIGO PENAL

La evolución jurisprudencial respecto del acceso a la revisión jurisdiccional de la individualización de la pena ha tenido lugar básicamente en torno a la actual regla 6.^a del artículo 66.1 CP que contempla el supuesto del delito sin circunstancias, supuesto para el que la ley pone ahora a disposición del juzgador toda la extensión de la pena. Como ya ha quedado expuesto, tradicionalmente se vino considerando por la jurisprudencia que se trataba de un supuesto de discrecionalidad máxima o absoluta cuyo ejercicio por el juez no estaba sujeto a ningún límite, ya que la labor individualizadora venía encomendada al órgano de instancia que es el que goza de un conocimiento directo y personal del entramado circunstancial del hecho y de la persona del condenado. En consecuencia no se exigía motivación de la decisión ni la determinación de la extensión concreta de la pena impuesta estaba sometida

(36) Véase RAMOS TAPIA, I., «El control del arbitrio judicial...», cit., págs. 619-620.

(37) Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una Sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 18, 1990, págs. 137-138.

da al control casacional (véanse SSTs de 25 de noviembre de 1986, 28 de septiembre de 1987, 2 de febrero de 1988, 14 de junio de 1988, 9 de junio de 1990 o 4 de marzo de 1992). La jurisprudencia actual, en cambio, siguiendo el planteamiento de la doctrina dominante, considera que el ejercicio del arbitrio judicial está sujeto a determinados límites y criterios, que la concreta extensión de la pena impuesta al condenado tiene que ser objeto de motivación o razonamiento en la sentencia y que, en consecuencia, la decisión judicial está sujeta al correspondiente control casacional.

La actual regla 6.^a del artículo 66.1 CP concede al juzgador un gran arbitrio en la individualización de la pena, pues para el caso de que no concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni atenuantes ni agravantes, permite al juzgador recorrer todo el marco penal previsto para el delito pudiendo imponer la pena en la magnitud concreta que estime adecuada. Pero este arbitrio no es absoluto, ya que el juzgador para individualizar la pena ha de atenerse a los dos criterios que fija la ley: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. Además deberá razonar en la sentencia la valoración que haya hecho de esos criterios (SSTs 892/2008, de 26 de diciembre y 919/2010, de 14 de octubre). Y, en todo caso, el juez se encuentra también limitado por un ejercicio del arbitrio prudente, racional y uniforme.

La individualización de la pena corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, pero tendrá que llevarla a cabo ajustándose a los criterios expuestos, de forma que la extensión de la pena impuesta únicamente podrá ser discutida en casación cuando se haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o se haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (STS 892/2008, de 26 de diciembre). Y si bien —como observa LLORCA ORTEGA— en alguna ocasión (STS de 29 septiembre 1993) el TS había aconsejado actuar, en esta supervisión, con criterio prudente y cauteloso porque en el ámbito de la decisión del juez *a quo* hay un reducto inaccesible que corresponde a circunstancias que nadie mejor que él ha tenido ocasión de conocer, en los últimos tiempos, cobijándose en el principio de voluntad impugnativa, no duda en corregir de oficio el arbitrio sancionador de la instancia (STS de 18 de septiembre de 2001)⁽³⁸⁾.

Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser motivado o razonado en la sentencia y controlable en casación por la vía de la infracción de ley⁽³⁹⁾. De conformidad con lo establecido en el artículo 120.3 CE, y ahora también en el artículo 72 CP, el juez está obligado a motivar en la sentencia la decisión adoptada, razonando en qué ha consistido la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente. Como afirma LLORCA ORTEGA⁽⁴⁰⁾, la jurisprudencia actual, sin fisuras, impone al órgano sentenciador la obligación de razonar en la sentencia el *quantum* de la pena impuesta, esto es, la exposición razonada de en qué ha consistido en el caso concreto, la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, y ello en primer término por exigencias constitucionales (artículos 120.3 y 24.1 CE) y actualmente también por precep-

(38) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, cit., pág. 106.

(39) Véase CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...*, cit., pág. 171.

(40) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, cit., págs. 106-107.

to de legalidad ordinaria, como es el artículo 72 CP (SSTS de 18 de septiembre de 2002 y 11 de febrero de 2003)⁽⁴¹⁾.

Esta obligación de motivación que se impone ahora en el Código Penal con carácter general para la aplicación de la pena, se establecía antes de la reforma de la LO 15/2003 específicamente en la misma regla 1.^a del artículo 66. Como expresó RUIZ DE ERENCHUN⁽⁴²⁾, ésta era una de las reglas en las que el Tribunal Supremo venía exigiendo el refuerzo de la motivación, es decir, la exposición razonada de en qué ha consistido en el supuesto concreto la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente. De esta manera sólo así, ante la amplitud del arbitrio concedido al juez, se podrá comprobar si se trata de un razonamiento razonable o arbitrario⁽⁴³⁾. El artículo 66 CP anterior a la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, disponía en su regla primera que «cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los jueces o tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». La desaparición en la ahora regla 6.^a del artículo 66.1 CP del aserto: «razonándolo en la sentencia», «no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del artículo 120.3 de la Constitución Española y el artículo 72 del Código Penal, modificado por LO 15/2003, de 2 de noviembre, aclara ahora que para verificar tal penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta» (STS 767/2009, de 16 de julio).

La obligación de que el uso del arbitrio haya de ser razonado es lo que permitirá someter la aplicación de esta regla al control casacional, ya sea por su falta u omisión, ya sea

(41) «La obligación general de motivar las sentencias se establece en el artículo 120.3 CE y, por tanto, podría decirse que la previsión específica de esta exigencia en el artículo 72 CP resulta innecesaria; sin embargo, no estaba de más referirla expresamente a la determinación de la pena para evitar que se limite exclusivamente a la calificación de los hechos» (MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 535).

(42) RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 116-117. Véase STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 7464).

(43) Así señala la Sentencia de 9 de octubre de 2003 (RJ 7464): «Aquí —se refiere la sentencia a la regla 1.^a del artículo 66 CP anterior a la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003— el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (artículo 849.1.º LECrim). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve de los redactores de Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código Penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad. En la Sentencia de instancia, en el octavo de sus fundamentos jurídicos, únicamente se toma en consideración “la evidente gravedad de los hechos” para imponer al acusado Bernardo la pena de ocho años de prisión y multa de veinte meses. Nada se expone de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, nada se especifica acerca de la gravedad del hecho enjuiciado, salvo el propio enunciado, lo que produce en definitiva una pena no justificada por el Tribunal sentenciador, conforme a los parámetros legales que se disciplinan en la regla primera del artículo 66 CP». Véase, en la misma línea, STS 767/2009, de 16 de julio.

por incoherencia o incongruencia entre la motivación y la extensión concreta de la pena impuesta. La antigua jurisprudencia, pues, que negaba la posibilidad de revisar en casación el uso de este arbitrio por parte de los tribunales, ha cedido paso por exigencias constitucionales a una nueva doctrina jurisprudencial que admite que la facultad discrecional contenida en la actual regla 6.^a del artículo 66.1 CP, como discrecionalidad reglada o jurídicamente vinculada, está sometida al control del órgano superior por la vía de infracción de ley con el objeto de corregir las incongruencias o incoherencias (STS de 26 de noviembre de 1996).

También ha de señalarse según la doctrina jurisprudencial que, aunque la exigencia de motivación impuesta en el artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, «no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, —y que no precisa justificación o motivación alguna, STC 57/2003, de 24 de marzo, FJ 5— que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley (SSTS 1478/2001, de 20 de julio y 24 de junio de 2002)» (STS 892/2008, de 26 de diciembre).

Por ello —sigue diciendo la indicada STS 892/2008, de 26 de diciembre— «este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación jurídica alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta, y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto y cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad, este tribunal es quien tiene el deber de suplir ese precepto procesal con sus propios razonamientos y ante aquella ausencia de datos la pena no deberá ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (SSTS de 2 de junio de 2004, 15 de abril de 2004, 16 de abril de 2001, 25 de enero de 2001, 19 de abril de 1999)».

Análogo planteamiento al de la regla 6.^a ha de efectuarse también respecto de aquellas otras reglas de individualización cuantitativa que, como las reglas 1.^a y 3.^a del artículo 66.1, ponen a disposición del juez la mitad inferior o la superior, respectivamente, para individualizar la pena⁽⁴⁴⁾. En la redacción originaria del artículo 66 del CP 1995, a diferencia de las reglas 1.^a y 4.^a, en las reglas 2.^a y 3.^a —correspondientes a las actuales 1.^a y 3.^a, respectivamente— se entendía que el juzgador gozaba de pleno arbitrio dentro de cada una de las mitades respectivas para fijar la extensión de la pena sin necesidad de tener que razonar la decisión, pues nada se decía de la exigencia de motivar la extensión de la pena dentro de la

(44) Véanse ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una Sentencia motivada...», cit., pág. 137; TERRADILLOS BASOCO, J., en Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 194.

respectiva mitad⁽⁴⁵⁾. La motivación de esta decisión, como la de cualquier otra decisión judicial, se entendía sólo conveniente al amparo de los artículos 142 y 741.2 LECrim, pero sin que ello afectara a la validez del fallo y al control casacional. Como consecuencia de ello, según el planteamiento tradicional, al no establecerse condicionamientos legales, la decisión judicial no era revisable en casación en la medida en que no se rebasaran los límites de la mitad respectiva, pues se trataba de un supuesto de discrecionalidad máxima que no requería motivación alguna. Dentro de los límites de la mitad superior o inferior el juez podía recorrer a discreción su total extensión sin que fuera revisable en casación la extensión concreta de pena impuesta⁽⁴⁶⁾. La revisión casacional por infracción de ley únicamente era viable en el supuesto de que se sobrepasaran los límites de la respectiva mitad de la pena.

Pero, como ya se ha comentado con anterioridad, la doctrina fue crítica con este planteamiento acerca de la discrecionalidad en la fijación de la extensión concreta de la pena al entender que se trataba de una decisión del juzgador de instancia revisable en casación, pues el silencio del legislador en aquellas reglas 2.ª y 3.ª del anterior artículo 66 CP no podía entenderse como libertad absoluta para imponer la pena dentro de la mitad correspondiente sin sujeción a criterio alguno⁽⁴⁷⁾, pues por esta vía se podía llegar a violar los principios de igualdad y proporcionalidad⁽⁴⁸⁾. Como afirmó TERRADILLOS, la interdicción de la arbitrariedad proclamada en el artículo 9.3 CE y la regla 1.ª del artículo 66 imponían que «la individualización responda a las características del hecho y de su autor, así como que la concreción última se razone en la sentencia. Y estos mismos criterios de cuantificación son exigibles en los casos previstos en las reglas segunda a cuarta. Los fines de la pena son idénticos en los supuestos contemplados en todas ellas, y por tanto no se puede proceder con principios distintos»⁽⁴⁹⁾.

Las dudas existentes acerca de la exigencia de motivación en las originarias reglas 2.ª y 3.ª CP 1995 han quedado claramente disipadas al introducirse por la LO 15/2003 el nuevo artículo 72 que obliga ahora con carácter general a razonar en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta. La necesidad de tener que fundamentar la determinación de la pena dentro de la mitad correspondiente implica, como entiende LLORCA ORTEGA, la posibilidad de revisar, por el órgano superior, la corrección del razonamiento efectuado e incluso, como ya existen precedentes, la posibilidad de suplir y completar en casación la ausencia de razonamiento⁽⁵⁰⁾. «Reiteradamente ha señalado esta Sala —declara

(45) Véase LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.ª ed., cit., págs. 92-93. Véase igualmente la 5.ª edición, 1999, págs. 87 y 97.

(46) Véanse LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, cit., págs. 92-93 (5.ª edición de 1999, págs. 87 y 97); SUÁREZ GONZÁLEZ, C. en Rodríguez Mourullo, G. (dir.) y Barreiro Jorge, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 255.

(47) Véanse SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 170; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 194-195. Véase también la STS de 13 de abril de 2002.

(48) Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Artículo 66», en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Editorial Trivium, Madrid, 1997, pág. 1123.

(49) TERRADILLOS BASOCO, J. en Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., cit., pág. 194.

(50) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.ª ed., cit., págs. 100-101.

la STS 919/2009, de 24 de septiembre— que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los jueces y tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto se refiere a la determinación de los grados, a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda» (STS 919/2009, de 24 de septiembre).

Para la fijación de la extensión concreta de la pena, tanto en la regla 1.^a como en la 3.^a del artículo 66.1 CP, se habrán de tener en cuenta no sólo la entidad de la circunstancia atenuante o agravante respectivamente concurrente, sino también los criterios establecidos en la regla 6.^a, es decir, la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente. El arbitrio del juzgador no es absoluto y, en consecuencia, su decisión en la aplicación de estas reglas puede tener acceso a la revisión en casación. En este sentido la STS 892/2008, de 26 de diciembre, establece que «la individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (SSTS de 21 de noviembre de 2007, 390/1998, de 21 de marzo)». Téngase en cuenta que en algunos marcos penales la mitad inferior o la superior de la pena puede llegar a ser muy considerable (hasta de más de dos años).

En relación con la compensación racional entre circunstancias de signo contrario —sупuesto al que se refiere la actual regla 7.^a— la jurisprudencia vino declarando que entraban dentro de la discrecionalidad del juzgador de instancia tanto la citada compensación como el recorrido de toda la extensión del período legal de la pena, negando de esta manera la posibilidad de revisar en casación el uso del arbitrio por los Tribunales (véase, por ejemplo, STS de 9 de junio de 1990). Hasta fechas muy recientes, dice SALINERO, nuestro TS venía entendiendo que en cuanto expresión de la discrecionalidad del Tribunal de instancia no era admisible su control en casación al estarle encomendada, de manera exclusiva, la tarea individualizadora a quien goza de un conocimiento directo y personal del elenco circunstancial⁽⁵¹⁾. Hoy, en cambio, este criterio ha cambiado y, como reconoce LLORCA ORTEGA, es doctrina jurisprudencial consolidada el reconocimiento de la posibilidad de revisar en casación la racionalidad de la compensación llevada a cabo por el órgano sentenciador, lo cual supone la necesidad de razonar y explicar en la sentencia la operación practicada hasta llegar a fijar definitivamente la extensión de la pena impuesta⁽⁵²⁾. No obstante, ya hubo con anterioridad una línea jurisprudencial que sostenía que la determinación

(51) SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas...*, cit., pág. 157. De todas formas el TS admitió en algunos supuestos que se sometiera a la censura casacional la compensación de circunstancias «proclive a la comisión de errores, los que deben corregirse, en su caso, por esta Sala» (STS de 24 de julio de 1987) (CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, cit., pág. 1122).

(52) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., pág. 109.

de la pena en los supuestos a que se refiere la actual regla 7.^a era susceptible de revisión en casación. Apuntaban este cambio de criterio, por ejemplo, las SSTS de 29 de septiembre de 1993, 10 de noviembre de 1994 y 26 de abril de 1995.

El arbitrio concedido por la ley en la aplicación de la actual regla 7.^a tampoco es, pues, absoluto. Ya en la redacción original del CP 1995 se exigía expresamente en la regla 1.^a del artículo 66 CP que se razonara en la sentencia la pena adecuada y además se le ofrecían al juzgador dos criterios según los que había de buscar, dentro del arbitrio, esa adecuación. Aunque al desgajarse en 2003 los supuestos de ausencia de circunstancias y de concurrencia de circunstancias de signo contrario la actual regla 7.^a no vincule la compensación a ningún criterio concreto, esta operación compensatoria ha de ser en todo caso racional y, de acuerdo con la exigencia constitucional (artículo 120.3 CE) y del actual artículo 72 CP que abarca a todas las reglas de aplicación de las penas, tanto la compensación de las circunstancias como la determinación de la extensión de la pena tendrán que ser razonadas en la sentencia. Esta exigencia de razonar en la sentencia la extensión de la pena es la que permite someter la aplicación de esta regla a su revisión en casación, ya por falta de motivación, ya por incongruencia manifiesta entre la valoración efectuada en la motivación y la extensión concreta de la pena impuesta.

VIII. LA REVISIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL GRADO APLICABLE

No sólo la determinación de la extensión concreta de la pena a imponer está sometida al control jurisdiccional de instancias superiores. También la determinación del grado en que ha de ser aplicada la pena, en los supuestos en que se deje arbitrio al juzgador para determinar la intensidad de la rebaja o elevación, está sujeta a determinados principios y criterios por lo que, en consecuencia, la decisión judicial en este ámbito deberá ser motivada y consiguientemente estará sujeta a control jurisdiccional⁽⁵³⁾. Como concreción de la exigencia constitucional recogida en el artículo 120.3 CE el artículo 72 CP establece ahora con toda precisión y claridad que «los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y la extensión concreta de la pena impuesta».

Para el caso de que «concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna» la regla 2.^a del artículo 66.1 CP establece la aplicación de «la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes». Esta regla entraña dos decisiones sometidas al arbitrio judicial: la calificación de la atenuante y la intensidad de la rebaja. Y luego, una vez determinado el grado, dentro de él, el órgano sentenciador habrá de fijar la extensión concreta de la pena.

La primera decisión que ha de adoptar el juzgador se refiere a la valoración de la circunstancia atenuante como muy cualificada. Esta cualificación ha de ser razonada en la sentencia, sin que quede enteramente al libre arbitrio del juzgador, siendo susceptible de ser discutida en casación (SSTS de 20 de mayo de 1986, 17 de junio de 1988, 2 de septiem-

(53) Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una Sentencia motivada...», cit., pág. 137.

bre de 1990, 30 de mayo de 1991, 13 de diciembre de 1993 y 28 de enero de 1994)⁽⁵⁴⁾. La facultad de estimar o no, como muy cualificada, una atenuante corresponde, lógicamente, al órgano judicial sentenciador. Pero se trata de una facultad discrecional, no arbitraria. Como la cualificación es eminentemente circunstancial y está condicionada a las particularidades de cada caso concreto, la influencia —superior a la normal— de la atenuante tendrá que quedar reflejada en la premisa de los hechos en la sentencia. En consecuencia, el hecho en que se fundamente la atenuante tendrá que aparecer descrito en el relato fáctico de la sentencia debiendo constar igualmente su extensión y fuerza, así como su influencia en el ánimo del sujeto (SSTS de 22 de marzo y 10 de mayo de 1976, 10 de diciembre de 1981, 25 de septiembre de 1987 y 28 de abril de 1994)⁽⁵⁵⁾. Aunque el TS en alguna sentencia haya considerado que la decisión acerca de la cualificación de una atenuante corresponde en exclusiva al juzgador de instancia como órgano capacitado para ello por la observación personal de las pruebas practicadas sin que su decisión pueda ser revisable en casación (STS de 2 de marzo de 1995), mayoritariamente ha venido señalando que la calificación de una atenuante como muy cualificada es revisable en casación (SSTS de 30 de mayo de 1991, 28 de enero de 1994 y 2 de marzo de 2001)⁽⁵⁶⁾. Lo mismo ha de decirse respecto de la valoración que el juzgador de instancia efectúe sobre el número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes en el hecho.

Por otro lado, el órgano sentenciador deberá también razonar el grado del descenso teniendo en cuenta que el mismo es preceptivo en un grado y que puede efectuarse hasta en dos. La exigencia de motivación no viene impuesta en la misma regla como ocurría con anterioridad a la reforma del artículo 66 por la LO 11/2003, sino por la vía general del artículo 72 CP. Para determinar la intensidad del descenso en uso de la facultad que le concede la ley el juzgador deberá valorar los criterios fijados en la regla, es decir, el número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes en el hecho debiéndose reflejar la valoración en la sentencia. La ausencia de motivación sobre el grado o una motivación poco creíble o coherente darán lugar a la revisión en casación.

Finalmente, el órgano sentenciador una vez elegido el grado, dentro de él, tendrá que fijar en la sentencia la extensión concreta de la pena debiendo razonar la decisión en la sentencia como exigen la Constitución y el artículo 72 CP. En todas estas decisiones el juez ha de hacer un uso razonado —contrapuesto a arbitrario— de la facultad que se le concede atendiendo los criterios y principios establecidos en la ley. «En definitiva, como manifiesta AYO, el juzgador sólo está condicionado por sus propios razonamientos para rebajar la pena y aplicarla en la mitad que desee, aunque indudablemente estos razonamientos deben ser lo suficientemente razonables para que puedan ser aceptados»⁽⁵⁷⁾.

(54) Véanse CONDE-PUMPIDO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, cit., pág. 1125; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.ª ed., cit., pág. 95.

(55) Véase LLORCA ORTEGA, *op. cit.*, págs. 95 y ss.

(56) Véanse SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 256; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.ª ed., cit., pág. 94; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 299.

(57) AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 209.

Serán también revisables las decisiones que se adopten por parte del órgano sentenciador en la regla 7.^a del artículo 66.1 CP cuando decida aplicar la pena inferior en grado para el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación. De forma semejante a lo que sucede con la calificación de una circunstancia atenuante como muy cualificada (regla 2.^a del artículo 66.1 CP) el juzgador tendrá que razonar en la sentencia la presencia del fundamento cualificado de atenuación y el uso que en función de él haya hecho en la fijación de la pena. Igualmente tendrá que proceder a la pertinente motivación en el caso de que concurra un fundamento cualificado de agravación, pero en este caso limitándose sólo a aplicar la pena en su mitad superior.

Con mayor razón serán revisables en casación las decisiones judiciales que facultan para elevar la pena a la superior en grado en los supuestos de concurrencia de más de dos circunstancias agravantes, siempre que no concurra atenuante alguna (regla 4.^a del artículo 66.1 CP), y de presencia de la reincidencia cualificada (regla 5.^a). En la regla 4.^a el órgano sentenciador habrá de motivar en la sentencia el uso que haya hecho de la facultad que se le concede de aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. En el caso de la regla 5.^a el ascenso a la pena superior en grado es también discrecional, pero alcanzando a la pena superior en toda su extensión. En modo alguno se trata de un arbitrio absoluto, ya que el órgano sentenciador tiene que atender los criterios fijados por el legislador: las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido. Según LLORCA ORTEGA, la valoración de las condenas precedentes no sólo irá referida a la gravedad de los hechos que las motivaron (y que respecto de la causa presente es el otro de los parámetros legales) sino también a otros aspectos como el tiempo transcurrido, vicisitudes acontecidas, la ejecución de los castigos impuestos, etc. Si el órgano judicial decide practicar el ascenso, podrá recorrer toda la extensión de la pena, sirviendo de criterios para ello no sólo los parámetros establecidos expresamente en la regla 5.^a para decidir el ascenso, sino también la concurrencia de otras agravantes que puedan acompañar a la reincidencia⁽⁵⁸⁾. Si no se tienen en cuenta los criterios fijados en la propia regla o la determinación de la pena resulta incoherente o incongruente con el razonamiento efectuado la decisión del juez será revisable en casación⁽⁵⁹⁾.

Lo mismo habrá de decirse con relación a aquellos otros supuestos, como son los previstos en los artículos 62 (tentativa) y 68 CP (eximentes incompletas), en que se establece también la rebaja de la pena en uno o dos grados. En ambos supuestos la ley establece los criterios que habrá de atender el juzgador para rebajar la pena uno o dos grados. De acuerdo con lo establecido en el artículo 72 CP, la decisión que finalmente adopte el juzgador deberá ser razonada en la sentencia pudiendo en consecuencia ser revisada jurisdiccionalmente ante instancias superiores en los supuestos y términos indicados.

(58) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., págs. 103-104.

(59) Véase LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 103.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

(Presupuestos constitucionales a la protección penal del Patrimonio Histórico)

PILAR OTERO GONZÁLEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

**La protección penal del patrimonio cultural
en la Constitución española
(Presupuestos constitucionales a la protección
penal del Patrimonio Histórico)**

En el presente artículo se analizan los presupuestos constitucionales a la protección penal del Patrimonio Histórico. Para ello se examina el artículo 46 de nuestra Constitución especialmente en lo que respecta a la obligación de penalización para proteger el citado patrimonio, que responde a la reacción generada ante el deterioro que éste ha sufrido en décadas recientes. Asimismo, se evalúa el cumplimiento del Legislador Penal a este mandato sobre la base del valor social de los bienes objeto de protección para, finalmente, proponer la tipificación del llamado «genocidio cultural».

Palabras clave: Patrimonio cultural. Expolio. Obligación constitucional de penalización. Patrimonio inmaterial. Genocidio cultural.

ABSTRACT

**The criminal protection of the heritage cultural
in the spanish Constitution (Constitutional
budgets to the criminal protection
of the Historical Heritage)**

This paper analyzes the constitutional basis for the protection of Historical Heritage through Criminal Law. To that purpose it examines Article 46 of the Spanish Constitution, especially regarding the obligation of criminalization to protect Historical Heritage, which is a reaction to the deterioration it has suffered in the last decades. Moreover it evaluates the Legislator's performance of this obligation attending to the social value of the protected property. Finally this paper proposes the criminalization of «cultural genocide».

Key Words: Cultural Heritage. Spoliation. Constitutional obligation of criminalization. Intangible Heritage. Cultural Genocide.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES.
- II. BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 46 CE.
 1. Referencias constitucionales a la cultura.
 2. Obligación constitucional de penalización.
 3. Interpretación de la expresión «poderes públicos».
 4. Interpretación de la expresión «patrimonio histórico, cultural y artístico».

5. Interpretación de la expresión «garantizarán la *conservación y promoverán el enriquecimiento*».
 6. Interpretación de la expresión «patrimonio de *los pueblos de España*».
 7. *Ratio legis* del precepto constitucional.
- III. TÉCNICA DE TUTELA PENAL IDÓNEA PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS INJUSTOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL.
- IV. CUMPLIMIENTO DEL LEGISLADOR PENAL AL MANDATO CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 46 CE. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS TIPOS PENALES Y BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO.
- V. *DE LEGE FERENDA*: ¿SERÍA NECESARIA LA TIPIFICACIÓN DEL LLAMADO «GENOCIDIO CULTURAL»?.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. ANTECEDENTES

La normativa protectora del patrimonio histórico español tiene orígenes muy antiguos, pudiéndose encontrar de forma indirecta tanto en el Derecho Romano del alto Imperio, como en los fueros medievales de los siglos XIII y XIV (especialmente en la legislación de Partidas de Alfonso X el Sabio), donde se hace referencia a la conservación de construcciones públicas⁽¹⁾. No obstante, es en el Derecho ilustrado español donde de forma específica y directa se tutelan los valores histórico-artísticos. Posteriormente, resulta imprescindible destacar la Constitución republicana de 1931, cuyo artículo 45 es el precedente del actual 46 CE.

La previsión constitucional actual de la protección del patrimonio histórico responde, fundamentalmente, a la reacción generada ante la triste situación que se dio en nuestro país a partir de los años cincuenta con los expolios a que fue sometido nuestro patrimonio histórico, con saqueos sistemáticos a iglesias, o los daños producidos al patrimonio arqueológico atacado por diversos colectivos como los «piteros» (ciudadanos armados de detectores de metales que tradicionalmente han expoliado el patrimonio histórico menos vigilado).

En la historia del deterioro del patrimonio histórico español pueden diferenciarse dos etapas: la primera signada por factores como el constante estado de guerra civil vivido por nuestro país desde principios del siglo XIX hasta 1939 con sus secuelas de destrucción, saqueos e incautaciones, a lo que se unió el desinterés por el patrimonio. Según un Informe elaborado por la Dirección General de Regiones Devastadas en 1943, las iglesias arrasadas durante la última guerra civil fueron 150, los edificios prácticamente demolidos sumaban 1.850 y los templos seriamente dañados se situaban en torno a los 4.850⁽²⁾. Como

(1) GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal*, Valencia, 2001, pp. 36-40.

(2) FERNÁNDEZ PARDO, F., *Destrucción y dispersión del patrimonio artístico español*, vol. I, Madrid, 2007, pp. 31 y ss.

es sabido, la destrucción no sólo afectó a nuestro patrimonio monumental, pictórico, musical y escultórico sino también a nuestra platería y orfebrería, al patrimonio documental (destacamos la destrucción de la iglesia y convento de Santo Domingo en Oviedo, donde pereció la biblioteca con sus más de 12.000 volúmenes) y archivístico. A fin de producir pasta de papel se destruyeron, solamente en los archivos madrileños, 300 toneladas de documentación archivística en la contienda civil. La destrucción también afectó a numerosos archivos y bibliotecas privadas (por ejemplo, el valioso archivo de la Casa de Alba en Madrid resultó especialmente dañado en la guerra civil pues de los 15.000 legajos que llegó a tener, tras el incendio de 1936, el volumen se vio dramáticamente reducido hasta alcanzar unos pocos centenares). Tras la guerra la cruzada se emprendió contra las bibliotecas públicas y privadas, con el propósito no tanto de quemar joyas bibliográficas como de destruir multitud de libros y revisar archivos para extraer documentos comprometidos e incoar expedientes, eliminando las obras y las publicaciones contrarias a las ideas del nuevo régimen.

La segunda gran etapa, que llega hasta la actualidad, se caracteriza en un primer momento (años 50 y 60) por la degradación urbanística a expensas de eliminar monumentos de gran valor histórico, todo ello promovido por la ciega especulación (el caso de la ciudad de Valladolid es especialmente llamativo); posteriormente (años 60 y 70) por la venta indiscriminada de objetos religiosos coincidiendo con la reforma en el ritual católico, sin que por entonces existiera la menor sensibilidad dirigida a la conservación y protección del patrimonio artístico. Finalmente, de momento, por el deterioro del patrimonio arqueológico cuyos factores más destacados los encontramos en el mercado «lícito» de arte y antigüedades⁽³⁾, la venta de bienes culturales por parte de la iglesia católica, el robo y expolio de no pocos establecimientos eclesiales (en los que frecuentemente colaboraron sus responsables, véase en este último sentido STS 189/2003, de 12 de febrero) y la construcción de viviendas e infraestructuras⁽⁴⁾. Obviamente de estos atentados al patrimonio arqueológico se nutre un mercado que, según la UNESCO, mueve en el mundo más de un billón de euros al año, tratándose de un tráfico ilegal del que no se salva ningún país. Por ejemplo: en el año 2005 la Guardia Civil incautó 228 obras precolombinas valoradas en 1,7 millones de euros que viajaban a España como paquetes de artesanía popular procedentes de Nicaragua; poco antes el mismo cuerpo policial llevaba a cabo la incautación, durante la operación llamada «Tambora», de más de cien mil piezas arqueológicas procedentes de más de setecientos puntos arqueológicos; o la llevada a cabo en 2009 en Bujalance (Córdoba) que afectó a unas miles de piezas, o en el caso del patrimonio submarino⁽⁵⁾ baste mencionar el caso de la fragata de la Armada española «Nuestra Señora de las Mercedes» (y de la empresa Odyssey).

(3) Sobre la cuestión, ampliamente, ROMA VALDÉS, A., *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada, 2008, pp. 8-19; resulta también interesante consultar <www.guardiacivil.org>.

(4) Por referirnos únicamente a atentados producidos en los últimos dos años por la construcción de grandes infraestructuras, valga mencionar el caso de las calzadas romanas de Reza Vella (Orense), destruidas en gran parte para tender las vías del AVE, y de Alesón (La Rioja), arrasadas como consecuencia de la realización de obras de regadío.

(5) Respecto de este tema, véase por todos: CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *La protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca, 2005, *passim*.

Por último, cabe destacar que estas décadas se están caracterizando, también, por una general «codicia del arte»: las inversiones en esa materia están siendo cuantiosísimas⁽⁶⁾. Los millonarios coleccionistas se han afanado en recolectar grandes piezas de arte al precio y con los medios que sean necesarios, lo que ha motivado el aumento del contrabando, de los robos y la exportación de objetos saqueados, sin que los museos ni los coleccionistas particulares respeten las leyes de los países expoliados. Así se comprende el negocio que rodea muchas transacciones encubiertas y, por supuesto, no son pocas las casas de subastas que actúan sin ningún género de escrúpulos⁽⁷⁾.

La tutela del patrimonio cultural se corresponde con la llamada *tercera generación* de derechos incluidos en las constituciones a partir de los años 70, momento que coincide con la promulgación de nuestra CE, donde se incluyen nuevos derechos de carácter social que afectan a novedosas realidades. Ya no se trata de derechos negativos frente al poder ni derechos de participación, sino de que el Estado garantice el bienestar realizando determinadas prestaciones públicas. Son Constituciones dentro del Estado no sólo *Democrático* sino *Social* de Derecho. Con ello pretende protegerse algunos bienes comunes como el medio ambiente, los datos informáticos o el aludido *patrimonio histórico, cultural y artístico*.

II. BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 46 CE

La previsión constitucional se inserta el artículo 46⁽⁸⁾ que proclama:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio».

1. Referencias constitucionales a la cultura

Se trata de un precepto que, como señala GONZÁLEZ RUS⁽⁹⁾, está relacionado con el artículo 44.1 CE:

(6) Debe tenerse en cuenta que en esta materia las tendencias neoliberales también han hecho acto de presencia; así hay países —es el caso de EEUU, Suiza o Reino Unido— que claman por una liberalización absoluta del mercado del arte, utilizando, a veces, argumentos que producen no poco sonrojo (véanse, a este respecto, CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos de importación y exportación de bienes culturales», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo I, Sevilla, 2005, pp. 260 y ss.

(7) De la amplitud de este negocio da idea el que hace pocos años quedó demostrado que las dos mayores casas de subastas del mundo —Christie's y Sotheby's— se habían puesto de acuerdo en secreto para no cobrar comisiones a sus mejores clientes, por lo que en septiembre de 2000, para evitar los inconvenientes de un proceso judicial, accedieron a pagar 512 millones de dólares (sobre el particular véase, ampliamente, FERNÁNDEZ PARDO, F., *Destrucción*, *op. cit.*, pp. 343 y ss.).

(8) Para los antecedentes de este precepto, véanse OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E., *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Madrid, 1996, p. 41 y bibliografía allí indicada. Respecto del alcance y naturaleza jurídica de este precepto y su trascendencia para el Derecho Penal, véase GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural*, *op. cit.*, pp. 233 y ss., y bibliografía referenciada.

(9) «Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», en J. González Rus (coord.) *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, p. 287.

«Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho»⁽¹⁰⁾.

y con «la preocupación general que la cultura y el acceso a ella recibe en la Constitución, apreciable ya en el propio Preámbulo y en los numerosos preceptos que directa o indirectamente aluden a la misma».

En efecto, ya en el Preámbulo del texto fundamental se incluye una referencia a que

«La Nación española ..., proclama su voluntad de ... Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

Asimismo, y además de los ya señalados, se realizan alusiones directas a la cultura en los siguientes artículos constitucionales: 3.3⁽¹¹⁾, 9.2⁽¹²⁾, 25.2⁽¹³⁾, 48⁽¹⁴⁾, 50⁽¹⁵⁾, 143.1⁽¹⁶⁾, 148.1.15, 16 y 17⁽¹⁷⁾, 149.1.28⁽¹⁸⁾ y 149.2⁽¹⁹⁾.

Como puede comprobarse la cultura es constitucionalmente concebida como uno de los referentes del contenido de la voluntad de la Nación española que debe protegerse y promoverse (Preámbulo), como objeto de especial respeto y protección en lo que interesa

(10) De la dicción de este precepto no puede deducirse la existencia de un título competencial autónomo del Estado; véase, en este sentido, STC 71/1997, de 10 de abril. En la misma dirección, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en que la referencia a los «poderes públicos» implica a todos ellos, sin distinción alguna (STS 189/2003, de 12 de febrero).

(11) «La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección».

(12) «Corresponde a los poderes públicos ... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

(13) «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma ... tendrá derecho ... al acceso a la cultura...».

(14) «Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural».

(15) «Los poderes públicos garantizarán... a los ciudadanos durante la tercera edad ... su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de ..., cultura y ocio».

(16) «En el ejercicio del derecho a la autonomía ..., las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas...».

(17) «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias ... 5. Museos, bibliotecas y conservatorios de Música de interés para la Comunidad Autónoma. 16. Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma. 17. El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

(18) «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias ... 28. Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas».

(19) «Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas».

a uno de sus contenidos, la riqueza lingüística (artículo 3.3)⁽²⁰⁾; como contenido específico de obligaciones de los poderes públicos en lo que se refiere a la participación de la generalidad de los ciudadanos en ella (artículo 9.2), y a su promoción y tutela (artículo 44); como derecho de los condenados a pena privativa de libertad (artículo 25.2); como materia de especial participación para la juventud (artículo 48) y los ancianos (artículo 50); como concepto dotado de contenidos que deben ser objeto de conservación, promoción y enriquecimiento (artículo 46⁽²¹⁾); como referente aglutinador de las provincias que integran cada Comunidad Autónoma (artículo 143.1); como competencia asumible por las Autonomías (artículo 148.1.17); como competencia exclusiva del Estado por lo que importa a su defensa (artículo 149.1.28); como, al margen de las competencias de las Comunidades Autónomas, deber y atribución esencial del Estado e instrumento de comunicación entre aquéllas (artículo 149.2)..., y, desde luego, como bien jurídico penal expresamente constitucionalizado (artículo 46, *in fine*).

2. Obligación constitucional de penalización

En relación con esta última cuestión debe subrayarse⁽²²⁾ que, salvo contadas excepciones, no existen obligaciones constitucionales de penalización; entre esas excepciones se encuentra —además de la recogida en el artículo 55.2, último párrafo— la que se plasma en el artículo 46, *in fine*⁽²³⁾. Fuera de estos supuestos, el Legislador posee plena libertad

(20) Al idioma se refiere el Tribunal Supremo (Sala 3.ª) como «bien cultural de carácter fundamental» (Sentencia de 25 de marzo de 1998), e «instrumento de expresión y de recepción de ideas y de deseos, de comunicación de cultura y de convivencia» (STS, Sala 3.ª, de 28 de abril de 2000).

(21) Acerca de la pertenencia al patrimonio cultural de la «fiesta de los toros», la STS, Sala 3.ª, de 20 de octubre de 1998, declara que «no es razonable entender que el deber que a los poderes públicos incumbe de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural (artículo 46 de la Constitución), impone la obligación de interpretar las leyes de modo incondicional en sentido favorable al mantenimiento de todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales sin tener en cuenta otros intereses y derechos protegidos y, en lo que aquí especialmente interesa, otros valores culturales, a veces contrapuestos, que deben ser adecuadamente ponderados». Una clara plasmación de esos intereses contrapuestos se ha manifestado en la reciente decisión del Parlamento catalán de prohibir las corridas de toros en el ámbito territorios de esa autonomía.

(22) ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, núm.43, pp. 28 y ss.

(23) Véase, en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito (elaborada con base en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Valencia, 1999, pp. 16-20.

Algún autor considera, no obstante, que las obligaciones constitucionales de penalización abarcan también al medio ambiente, es el caso de RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Madrid, 1984, p. 259; opinión con la que coincide alguna resolución del Tribunal Supremo, así, por ejemplo, en la STS 1705/2001, de 29 de septiembre, se señala que

«El mandato constitucional de proteger penalmente el medio ambiente no fue cumplido hasta que se introdujo en el CP 1973 el artículo 347 bis por obra de la Ley Orgánica 3/1989».

No creemos, sin embargo, que se esté interpretando adecuadamente el artículo 45.3 CE («Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado») cuando se afirma aquello, pues lo que hizo el Constituyente fue el proporcionar una opción al Legislador ordinario para que se inclinara bien por la alternativa penal bien por la administrativa, para la protección del bien jurídico. El único significado que puede darse al precepto constitucional es, en el sentido que estamos planteando, legitimar constitucionalmente la intervención penal en materia de medio ambiente, pero no forzarla.

para optar por el sistema de protección que considere más adecuado (penal, civil, administrativo, etc.) para los bienes dignos de una especial tutela⁽²⁴⁾, no siendo posible acudir

También alguna jurisprudencia de tribunales inferiores destaca la existencia de otras obligaciones constitucionales de penalización; así, en el Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de La Rioja 21/2001, de 21 de febrero, se afirma que la intimidad (artículo 18 de la Constitución) exige protección penal.

Las obligaciones constitucionales de penalización también son corrientes en otras legislaciones, así, en el caso de la Ley de Bonn se da el supuesto del artículo 26.1:

«Las acciones intencionales susceptibles de perturbar la convivencia pacífica entre los pueblos, en particular las que consistan en guerra de agresión, son inconstitucionales. Estarán sometidas a pena».

y en el de la italiana los recogidos en los siguientes artículos de la Constitución de la República. Artículos 13, párrafo 4.º:

«Se castigará toda violencia física y moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad».

y 28:

«Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, conforme a las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados en violación de cualesquiera derechos. En tales supuestos la responsabilidad civil se extenderá al Estado y a los entes públicos».

En la Jurisprudencia extranjera también se han planteado problemas parecidos a lo sucedido en España, véanse en este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de febrero de 1975 y 28 de mayo de 1993, sobre aborto.

(24) La verdad es que no se entiende muy bien el porqué el Constituyente decidió establecer esas obligaciones de tutela penal, y no se comprenden bien ni en sí mismas ni en relación con otros bienes jurídicos de especial importancia —piénsese, por ejemplo, en la libertad personal— aludidos expresamente en el texto constitucional. Un autor de importancia en este tema, GONZÁLEZ RUS, J.J. —«Presupuestos constitucionales...», *op. cit.*, p. 293— trata de «explicar» la previsión constitucional —en relación con el patrimonio histórico, cultural y artístico— afirmando que «El mandato no resulta arbitrario, porque la importancia social del patrimonio histórico, cultural o artístico resulta indudable»; véase también la posición al respecto de GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 255 y ss. Pero, como se ha indicado, a la misma conclusión se puede llegar en relación a otros bienes, y, sin embargo, no se ha impuesto la protección penal, baste citar el medio ambiente o la salud pública. Otros autores, para justificar la previsión constitucional, se remiten al expolio que el patrimonio cultural español ha sufrido a partir de 1950 (en no pocas ocasiones con la eficaz colaboración de titulares de parroquias e iglesias), es el caso de ARIAS EIBE, M.J., *El patrimonio cultural. La nueva protección en los artículos 321 a 324 del Código Penal de 1995*, Granada, 2001, pp. 18 y ss. En todo caso, buena parte de los autores coincidimos en el sentido de considerar un exceso la presencia de estas obligaciones constitucionales de penalización; véanse en la dirección indicada, y entre otros, VAELO ESQUERDO, E., «La defensa del patrimonio histórico-artístico y el derecho penal», en *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en honor del Profesor Martínez Bernal*, Murcia, 1980, pp. 697-699; FERRÉ OLIVE, J.C., *El delito contable*, Barcelona, 1988, pp. 33 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, 1989, p. 70.

Tema distinto es si, al margen de la existencia o no de la obligación constitucional de penalización, resulta adecuada una protección penal del patrimonio cultural. Pues bien, lo primero que hay que decir al respecto es que la cuestión no es «protección penal sí o no», sino arbitrar todo un entramado represivo (penal, sí, pero también, y fundamentalmente, administrativo y civil) que permita una adecuada tutela del bien; el introducir, sin más, figuras delictivas no asegura nada, en lo que a la protección del bien se refiere. En todo caso es evidente que el expolio al que ha sido, y sigue siendo, sometido nuestro Patrimonio Cultural es escandaloso, y el problema es que eso se ha hecho con la connivencia, o al menos la complacencia, de jerarquías de todo orden. El «mirar hacia otro lado» se ha convertido desde hace mucho tiempo en la consigna, y aquí sólo nos referiremos a un ejemplo que afecta al patrimonio arqueológico: pues bien, es conocido cómo desde hace muchos años en aquellas ciudades en las que en las excavaciones para preparar los cimientos, se suelen encontrar restos de civilizaciones anteriores —baste citar el ejemplo de Écija—, la «consigna» es llamar de inmediato a la hormigonera para «tapar» lo aparecido y evitar, así, la paralización de la obra.

El problema continúa siendo de Política Criminal y afecta no sólo al Patrimonio Cultural o al Medio Ambiente, sino al peso que debe tener lo colectivo en la represión penal. Es decir, comparemos las sanciones con las cuales se

a tesis como la que sostiene la existencia de obligaciones constitucionales implícitas de penalización⁽²⁵⁾.

No es, sin embargo, de la misma opinión el Tribunal Constitucional, pues en diferentes pronunciamientos ha declarado la obligación para el Legislador ordinario de proteger determinados objetos con normas de contenido penal⁽²⁶⁾.

amenazan los ataques a algunos bienes colectivos de singular importancia como la Ordenación del Territorio y el Patrimonio Cultural, con la reservada a tradicionales bienes vinculados al patrimonio (económico), o a determinados «bienes emergentes» vinculados también, directa o indirectamente, al tráfico económico.

Pues bien, aun contando con las agravaciones previstas en la LO 5/2010 para los delitos contra la Ordenación del Territorio, en el primer caso nos hallamos con lo siguiente: los delitos sobre la Ordenación del Territorio llevan la pena de prisión hasta cuatro años en los casos de extrema gravedad (construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, bienes de dominio público, lugares con valor histórico, artístico, etc.) de acuerdo con el artículo 319.1 CP; en cuanto a los funcionarios prevaricadores en la materia o a aquellos que hubieren informado con contrariedad a las normas urbanísticas vigentes, las sanciones serán de prisión hasta cuatro años, inhabilitación especial y multa. En el supuesto de los «delitos sobre el patrimonio histórico» las penas son de hasta dos años en el caso del funcionario prevaricador o del que haya informado favorablemente alteraciones o derribos en supuestos de inmuebles de singular protección (artículo 322 CP); la sanción prevista en el artículo 321 CP para los que derriben o alteren gravemente edificios singulares, etc., conlleva una pena de hasta tres años, y la misma pena máxima se advierte en el artículo 323 para los que causen daños en archivos, registros, museos, bibliotecas, etc.

Pues bien, si acudimos ahora a los tipos de, por ejemplo, estafa, veremos que en el tipo básico la pena amenazante llega hasta los tres años de privación de libertad, y en los tipos agravados puede llegar hasta los seis u ocho años de prisión —artículo 250 CP— (el argumento de que en los tipos agravados del artículo 250 se incluyen también bienes que integran el «patrimonio artístico, histórico, cultural o científico», no es asumible, pues el que se haya producido una estafa en la enajenación de tales bienes nada dice respecto a un posible deterioro, expolio, etc.; hasta tal punto es así que si aquello se produjera habría que acudir a un concurso de delitos), idénticas penas se reservan para la apropiación indebida; llamativo también resulta que en el caso del artículo 251 CP la pena llegue hasta los cuatro años. En el caso de las insolvencias punibles la pena prevista para buena parte de las modalidades delictivas es de prisión de uno a cuatro años, y en los tipos agravados puede llegar hasta los seis años —artículos 257 y ss. CP—; en el robo con fuerza la pena en el tipo básico es hasta tres años de prisión, pero en los tipos agravados puede alcanzar los cinco años —artículo 241 CP—. Hay otros muchos casos llamativos, por ejemplo, el daño o deterioro, aun de forma temporal, de obras o instalaciones militares, se castiga con pena de dos a cuatro años —artículo 265 CP—; la información privilegiada se sanciona con pena de uno a cuatro años —artículo 285 CP—; la mayor parte de los delitos societarios, con penas de hasta tres años —artículos 290 y ss. CP—; el fraude fiscal o contra la Seguridad Social con penas de hasta cuatro años —artículos 305 y ss.—, etc.

¿De verdad que tiene mayor gravedad la realización de una estafa de quinientos euros realizada mediante cheque o abusando de las relaciones personales entre víctima y defraudador —hasta seis años de prisión—, que la destrucción de un bien inmueble perteneciente a nuestro tesoro artístico —tres años de privación de libertad—? ¿De verdad que es más grave la insolvencia cuando ésta haya sido causada por el deudor —seis años de prisión—, que la destrucción de un yacimiento arqueológico —hasta tres años de privación de libertad—? Téngase en cuenta, además, que en el caso de, por ejemplo, la insolvencia punible a la que nos estamos refiriendo la entrada en prisión es obligada —al ser la pena mínima de dos años—, sin embargo en los supuestos de los «delitos sobre el patrimonio histórico» eso no es así porque se parte de penas mínimas de seis meses —artículos 321 y 322 CP— o un año —artículo 323 CP— (por lo tanto es aplicable la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de las penas privativas de libertad).

¿Cuál es el problema? Pues que nos seguimos encontrando con un Código Penal que, aunque en menor medida que el de 1973, sigue respondiendo, como eje fundamental, a los intereses individuales y a los intereses económicos vinculados a la propiedad o al crédito, sin embargo los intereses colectivos siguen valiendo muy poco.

(25) Véase HERZOG, F., «Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens», en *Juristische Rundschau*, 1969, pp. 444 y ss.

(26) Así, en su Sentencia (STC) 53/1985, de 11 de abril, se ha afirmado:

«..., el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (artículo 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma..., esta protección que la Constitución

En todo caso, el que el texto constitucional exija protección penal para el patrimonio histórico, cultural y artístico no significa que todas las normas protectoras de dicho objeto

dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales».

Esta doctrina fue acogida en alguna resolución por el Tribunal Supremo, en este sentido, la Sentencia 470/1998, de 1 de abril.

De todas formas a la STC 53/1985 se formularon algunos votos particulares, y precisamente referidos al punto que estoy comentando; así los Magistrados Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo manifestaron que «No creemos, en cambio, que esta protección tenga que revestir forma penal en todos los casos porque no impone tal tipo de protección ningún precepto constitucional». También Rubio Llorente se refería al tema en su voto particular: «Del valor “vida” (vida humana, hay que suponer) se ha deducido la obligación del legislador de sancionar penalmente todo atentado contra seres vivos aunque no sean personas».

De todas formas en el sentido de la STC 53/1985 se ha pronunciado el Tribunal en otras ocasiones; así, en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, asevera:

«una práctica ausencia de “normas penales” pueda [e] ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del artículo 15 CE».

En otras ocasiones el Tribunal Constitucional —ciertamente que en relación al bien jurídico protegido en el viejo artículo 487 bis del Código Penal de 1973— insiste en la libertad del Legislador para optar entre distintos sistemas de protección; así en la STC 67/1998, de 18 de marzo, afirma:

«En definitiva, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución» (véase en idéntico sentido STC 74/1997, de 21 de abril).

En idéntico sentido se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH); así en el asunto *Osman contra el Reino Unido* (TEDH 1998\103) (1998) ha declarado que

«..., la primera frase del artículo 2.1 [del Convenio europeo] obliga al Estado no solamente a abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e ilícita, sino también a tomar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas que dependen de su Jurisdicción. Nadie discute que la obligación del Estado a este respecto vaya más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida, estableciendo una legislación penal concreta disuadiendo cometer ataques contra la persona, y apoyándose en el mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones» (en la misma dirección véase la Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty contra Reino Unido*; sin embargo, véanse las sentencias del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1995, caso *MacCann* y otros contra el Reino Unido, y 9 de junio de 1998, caso *L.C.B. contra Reino Unido*).

Resulta también especialmente sugerente la «opinión disidente» del Juez Ress en la Sentencia del TEDH de 8 de julio de 2004, caso *Vo contra Francia*, en la que se pronuncia en los siguientes términos:

«La vida, que es uno de los valores, si no el valor principal del Convenio..., exige en principio una protección penal para estar suficientemente garantizada y protegida. Las responsabilidades pecuniarias por la vía de la indemnización no entran sino en segunda línea en esta escala de protección. Además, los hospitales y los médicos están normalmente asegurados contra tales riesgos, lo que disminuye aun más la “presión” sobre ellos. Se podría pensar que una sanción disciplinaria contra un médico puede ser considerada equivalente a una sanción penal en algunas situaciones. Se tuvieron en consideración medidas disciplinarias como alternativa para prevenir estas negligencias en el asunto *Calvelli y Ciglio contra Italia* (apartado 51). Pero es igualmente claro que una sanción disciplinaria, por muy penosa que pueda ser en el plano profesional, no equivale a una desvalorización general (*Unwerturteil*). Está sometida a condiciones específicas de la profesión (control interno profesional) y no cumple en general las condiciones de prevención necesaria para un valor tan importante como la vida».

Sin embargo en alguna otra decisión el TEDH ha vertido opiniones disidentes de la anterior; así en el caso *Calvelli y Ciglio contra Italia*, Sentencia de la Gran Sala de 17 de enero de 2002, considera que:

«Aunque el Convenio no garantiza como tal el derecho a la apertura de diligencias penales contra terceros, el Tribunal ha señalado muchas veces que el sistema judicial eficaz que exige el artículo 2 puede conllevar, y en algunas circunstancias incluso conlleva, un mecanismo de represión penal (ver, por ejemplo, Kiliç contra Turquía y Mahmut Kaya contra Turquía). En consecuencia, la excepción preliminar del Gobierno, que el Tribunal ha acumulado al fondo (apartado 38 *supra*), debe ser rechazada. Sin embargo, aunque la vulneración del derecho a la vida o a la integridad física no sea voluntaria, la obligación positiva que deriva del artículo 2 de establecer un sistema judicial eficaz no exige necesariamente en todos los casos un recurso de naturaleza penal. En el contexto específico de las negligencias médicas, dicha obligación puede cumplirse también, por ejemplo, aunque el sistema jurídico en cuestión ofrece a los interesados un recurso ante los tribunales civiles, solo o conjuntamente con un recurso ante los tribunales penales, a efectos de establecer la responsabilidad de los médicos en cuestión y, llegado el caso, obtener la aplicación de toda sanción civil adecuada, como el pago de daños y perjuicios y la publicación de la sentencia. También pueden tenerse en cuenta medidas disciplinarias».

Ciertamente que alguno de los Magistrados formularon «opiniones disidentes con la Sentencia, alguna de las cuales guarda interés; en este sentido el Señor Rozakis entendió —y a esa comprensión se adhirieron el Señor Bonillo y la Señora Straznicka— que

«En primer lugar, en principio, el procedimiento penal es por excelencia el recurso más conveniente para satisfacer las exigencias procesales del artículo 2 del Convenio. La jurisprudencia de Estrasburgo demuestra claramente que los Estados parte en el Convenio deben cumplir la obligación positiva de proporcionar un procedimiento que permita investigar de manera efectiva los fallecimientos y determinar, llegado el caso, la responsabilidad de la(s) persona(s) en el homicidio. Aunque esta regla no reduce forzosamente dicho recurso a un procedimiento penal, es difícil deducir que la jurisprudencia existente pone en el mismo plano al procedimiento penal y al procedimiento civil, al considerar que éstos cumplen con las exigencias del artículo 2 del Convenio (apartado 51 de la sentencia). Esta observación es válida independientemente del hecho de que la muerte hubiera sido causada intencionadamente o no, cuestión que después de todo debe ser resuelta mediante y durante el procedimiento».

Pues bien, entendemos que el planteamiento tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el de otros tribunales españoles que han dado pábulo a la expuesta doctrina, es manifiestamente erróneo (la cuestión ha resurgido en los últimos tiempos con fuerza en el ámbito de la Unión Europea, especialmente en referencia a la protección de intereses de la propia Unión. En la esfera de la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades se viene también planteando, al menos desde el caso del «maíz griego»). En efecto, a nadie le cabe duda de que el Estado, por ejemplo, tiene la obligación de proteger la vida, la del *nasciturus* y la de cualquiera persona ya nacida y con independencia de su valor vital (véanse a este respecto SSTC 32/2003, de 13 de febrero, y 120/1990, de 27 de junio). Pero ello no quiere decir que haya que acudir a normas penales si fuera posible proteger más eficazmente el bien acudiendo a otros medios. El posicionamiento del Tribunal Constitucional español carece de argumentación, y se sostiene exclusivamente en la propia afirmación de que la vida debe ser protegida con normas penales; y en cuanto al del TEDH, en referencia al artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, le sucede algo similar. Da la impresión de que con esa toma de posición esos tribunales (lo que es más evidente en el TEDH) acuden a planteamientos simbólicos, y en ese terreno está claro que es el Derecho penal el que más puede «aportar»; sin embargo, es evidente, por conocidos, que los argumentos para decidir una intervención penal deben ser muy diferentes.

Pero, como ya se ha señalado, la razón no está de parte de aquellos tribunales; efectivamente, el artículo 2.1 del Convenio Europeo («Artículo 2. Derecho a la vida.—1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena») exige una protección eficaz, pero ello no quiere decir que se requiera forzosamente el empleo del arma penal como planteamiento general, aunque no impide que el Legislador acuda a ella porque entienda que únicamente las normas penales, en el caso concreto, son capaces de garantizar eficazmente el derecho a la vida. Pero, obviamente, una cosa es que haya la necesidad, por razones tuitivas, de proteger penalmente la vida, y otra muy distinta es que exista obligación para el Legislador nacional de acudir a normas penales para la protección del bien. Lo mismo sucede en el caso de la Constitución española. El artículo 15 garantiza el derecho a la vida y los poderes públicos tienen la obligación de protegerla, pero ello no implica acudir forzosamente a normas penales. Es decir: si se llegara, por hipótesis, a la conclusión de que la protección más eficaz de la vida se conseguiría a través de sanciones, por ejemplo, administrativas o civiles, la utilización del arma penal devendría ilegítima, pues en tal caso se estarían conculcando principios como los de intervención mínima y *ultima ratio* (véanse SSTC 51/2005, de 14 de marzo; 377/2004, de 7 de octubre, y 24/2004, de 24 de febrero; véanse también AATC 377/2004, de 7 de octubre y 583/1988, de 9 de mayo), que tienen presencia constitucional.

hayán de tener naturaleza penal, pues el principio de fragmentariedad obliga a otro planteamiento que, en la práctica, se plasma en combinar diferentes niveles de protección que están más acordes con la idea de una teoría general del ilícito del cual el penal sólo sería una parte⁽²⁷⁾. De cualquier forma es evidente que el Legislador español ha satisfecho la obligación de penalización establecida en el citado artículo 46 CE⁽²⁸⁾.

3. Interpretación de la expresión «poderes públicos»

El segundo problema que plantea este artículo 46 CE es el de la determinación de la expresión «poderes públicos» que son quienes deben garantizar la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural. El Tribunal Constitucional aportó, desde un principio, una noción general de lo que deba entenderse por «poderes públicos»: se trata, dijo el Tribunal, de un «concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo» (STC 35/1983, de 11 de mayo).

A este respecto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 71/1997, de 10 de abril, ha establecido que de la expresión «poderes públicos» no puede deducirse la existencia de un título competencial autónomo del Estado; y en este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencia 189/2003, de 12 de febrero— insiste en que la referencia a los «poderes públicos» implica a todos ellos, sin distinción alguna, y el Tribunal Constitucional la entiende dirigida a la entera actividad pública: legislativa, ejecutiva y judicial (STC 366/2005, de 24 de octubre). Así se integrarían en la dicción no sólo las Administraciones Públicas del tipo o clase que fuere (estatal, autonómica y local), sino también el Poder Judicial (STC

(27) Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito...*, op. cit., pp. 29 y ss.

(28) Véanse, en este sentido, los artículos 235.1, 241.1, 321 y ss. y 613.1.a) y 2 CP y 2.1.e) de la Ley de Contrabando.

Naturalmente que cabría plantearse cuáles serían las consecuencias si el Legislador ordinario no ejecutara la decisión del Constituyente en lo que importa a las obligaciones de penalización. Pues bien, las consecuencias serían... ninguna (véase ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito...*, op. cit., p. 19 y nota 22, donde se refiere un supuesto claro de incumplimiento en la Constitución alemana referido al ya citado artículo 26 de aquella; incumplimiento que se justifica, al decir de MAURACH, R., y SCHRÖEDER, F. —*Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, 8.ª ed., Heidelberg, 1995, p. 284— en la mala conciencia del Legislador alemán que no quería reconocer las responsabilidades germanas en el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial), y únicamente podrían plantearse problemas en un caso, a saber: cuando presente una protección penal en relación a bienes sobre los cuales pesa una obligación constitucional de penalización, el Legislador decide «despenalizar» la conducta y sustituir la represión penal por una civil o administrativa; pues bien, en estos supuestos, como indican MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Corso di Diritto Penale. 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, pp. 134 y ss., «podrá ser denunciada, por contrastar con la obligación constitucional expresa de incriminación, la ilegitimidad de la norma despenalizadora: la consecuente declaración de ilegitimidad, anulando también el efecto abrogativo de la precedente norma incriminadora, hará revivir la disposición ilegítimamente abrogada». Naturalmente que en el caso de que se deje sin ninguna protección penal el bien al que se refiera la norma constitucional, la consecuencia deberá ser la que apuntan MARINUCCI y DOLCINI, el problema, sin embargo, está cuando no se produce una despenalización total, sino sólo parcial, en estos casos las consecuencias serán diversas dependiendo de lo que haya quedado bajo protección penal; es decir, si únicamente quedan «penalizados» aspectos marginales del bien de que se trate, la consecuencia deberá ser, también, la que apuntan los autores italianos citados; pero a partir de ahí, la libertad del Legislador mezclada con los principios de *ultima ratio*, intervención mínima, etc., impedirán una consecuencia, como la apuntada más arriba, de ilegitimidad constitucional.

230/2002, de 9 de diciembre), el Consejo General del Poder Judicial (STC 166/2005, de 19 de abril), y el Legislador (STC 7/2007, de 15 de enero). Alguna resolución engloba también en esta noción de «poderes públicos» a los Colegios Profesionales (STC 146/2007, de 18 de junio), lo que difícilmente encaja con la noción general que acuñó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, más arriba citada; y es que, en efecto, de los Colegios Profesionales difícilmente puede decirse «que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado»: porque una cosa es que se trate de Corporaciones Públicas, y otra muy distinta es que sean reflejo de la soberanía del Estado.

En todo caso, la expresión «poderes públicos» hay que examinarla en este supuesto no sólo como concepto general, sino en el marco de la distribución de competencias en la materia; distribución de competencias que provoca concurrencia en el mismo objeto entre las Comunidades Autónomas y el Estado (artículos 148.1.15, 16 y 17, 149.1.28 y 149.2 CE), siendo una de las primeras consecuencias de esta concurrencia competencial el que, como señala ALEGRE ÁVILA⁽²⁹⁾, no resulten admisibles ciertas aseveraciones de determinados Estatutos de Autonomía y tampoco —añadimos nosotros— de algunas leyes autonómicas del Patrimonio Histórico⁽³⁰⁾, en el sentido de que exista en la materia una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Pues bien, en el seno de esta competencia compartida el protagonismo en la expresión «poderes públicos» es evidente que corresponderá al Estado y a las Comunidades Autónomas, que se distribuirán las competencias en la materia⁽³¹⁾.

(29) *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico (La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español)*, tomo II, Madrid, 1994, pp. 643 y 656 y ss.

(30) Respetuosa con la concurrencia de competencias resulta la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, que en su artículo 3.1 determina:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva sobre el Patrimonio Histórico Andaluz, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Estado o estén atribuidas a la Administración Local. Además, corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la Legislación Estatal en la materia, en cuanto tal ejecución no resulte expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración del Estado»,

y también las Leyes 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias; 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, o la 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura.

No lo es tanto la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, que en su artículo 3 asevera:

«Régimen jurídico específico y regímenes jurídicos especiales. El patrimonio cultural aragonés se rige por esta Ley, dejando a salvo los regímenes establecidos en materia de archivos, museos, bibliotecas y parques culturales, todo ello en el marco del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma».

No lo es, en absoluto, la del Patrimonio Cultural Gallego, que en su artículo 2 preceptúa:

«Competencia. 1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el patrimonio cultural de interés de Galicia».

y desde luego tampoco lo es la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio cultural catalán, en la que, sencillamente, se ignora al Estado y se reclaman las competencias que tiene atribuido éste por el artículo 149.1.28 CE; y en parecida situación se encuentra la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco, cuyo artículo 1 reza como sigue:

«La presente Ley tiene por objeto la defensa, enriquecimiento y protección, así como la difusión y fomento del Patrimonio Cultural Vasco, de acuerdo con la competencia exclusiva atribuida a la Comunidad Autónoma por el artículo 10, puntos 17, 19 y 20, del Estatuto de Autonomía».

(31) Véase, a este respecto, PÉREZ DE ARMIÑAN Y DE LA SERNA, A., *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, 1.ª ed., Madrid, 1997, pp. 70 y ss.

4. Interpretación de la expresión «patrimonio histórico, cultural y artístico»

Más problemas plantea el precisar qué deba entenderse por «patrimonio histórico, cultural y artístico»⁽³²⁾. Para interpretar este precepto debe tenerse presente, ante todo, lo que puede parecer de Perogrullo pero que es importante hacerlo notar a efectos metodológicos, que no estamos ante una norma penal por más que tenga contenido de esa naturaleza, sino ante una norma constitucional que, al contrario de lo que ocurre con las normas incorporadas a los códigos penales, es, por definición, una norma «abierta», en la que no hay que confundir «norma» y «texto de la norma», y para cuya integración, como se ha significado en otro lugar⁽³³⁾ y de la mano de F. MÜLLER⁽³⁴⁾, hay que tener en cuenta, «además de los recursos metodológicos tradicionales ... numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado».

Pues bien, atendiendo a ese planteamiento y renunciando desde el principio a precisar el contenido de la norma, únicamente, a base de la interpretación de lo que signifique gramaticalmente (o históricamente, o sistemáticamente, o teleológicamente, etc.) «patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España», entendemos que el conjunto de las expresiones utilizadas en el precepto constitucional hace referencia a una determinada realidad social, a saber: a los bienes de todo tipo (muebles, inmuebles, de titularidad pública o privada) que por sus características «tienen en común poseer valor cultural objetivo»⁽³⁵⁾; y ello con independencia de su substrato material o inmaterial⁽³⁶⁾. Resulta, así, evidente

(32) Resulta oportuno en este momento recordar, de la mano de PRIETO DE PEDRO, J., «Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico», en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, octubre 1992-marzo 1993, pp. 34 y ss., especialmente p. 49; del mismo, *Cultura, Culturas y Constituciones*, Madrid, 1992, pp. 143 y ss., cómo la legislación española ha utilizado una multiplicidad de términos para referirse a idéntico objeto, aunque esa «zarzuela conceptual» haya sufrido, afortunadamente, «un proceso gradual e ininterrumpido de lo concreto a lo abstracto en la construcción del concepto», de forma tal que poco a poco el concepto que se va imponiendo sea el más genérico de «patrimonio cultural», lo que ya venía sucediendo en los instrumentos internacionales; véase, en este último sentido, SALINERO ALONSO, C., *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, 1.ª ed., Barcelona, 1997, p. 52.

(33) ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, pp. 2-26.

(34) De este autor véanse, entre otras, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts. Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (trad. Salvador Gómez de Arreche), Madrid, 2006; «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas» (trad. Luis Villacorta Mancebo), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, p. 118. Véanse, también, VILLACORTA MANCEBO, L., «Algunas transformaciones en la concepción y en el método del Derecho: sus implicaciones para el Derecho constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, vol. III, 1993-94; del mismo, «Derecho Constitucional y método: algunas consideraciones desde la perspectiva de la teoría estructuradora de las normas», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, 1997, pp. 1606 y ss.

(35) GONZÁLEZ RUS, J.J., «Presupuestos constitucionales...», *op. cit.*, p. 289.

(36) De acuerdo con el artículo 2.1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial, hecho en París el 3 de noviembre de 2003:

«Se entiende por *patrimonio cultural inmaterial* los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles

que la integración en el objeto de protección de bienes como estos denominados «inmateriales», convierten en inviables las definiciones tradicionales de «patrimonio artístico»⁽³⁷⁾, o «monumental» o, incluso, «histórico», imponiéndose el más abstracto de «patrimonio cultural»⁽³⁸⁾, pues solamente este concepto es capaz de abarcar objetos como «expresiones», «conocimientos» y otros similares, que no encajarían de ninguna manera en las denominaciones tradicionales⁽³⁹⁾.

Abundando en esta idea, hoy no cabe duda de que el *patrimonio oral*, declarado por la UNESCO como «patrimonio intangible» forma parte del concepto de *patrimonio cultural*. Se trata de proteger a través de éste la transmisión de determinadas tradiciones, por ejemplo, los cánticos polifónicos georgianos, el tango argentino, el teatro japonés, el flamenco, los carnavales y demás tradiciones y espacios donde se transmite y practica la cultura en manifestaciones vivas, así, por ejemplo, la Plaza Djema-el-Fna en Marrakech.

A idéntica conclusión puede llegarse examinando la legislación patria, en este sentido merece tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley del Patrimonio Histórico Español:

«Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales».

Desde luego que a nadie se le escapará que con expresiones como «conocimientos y actividades» resulta imposible conservar un concepto «pegado» a elementos materiales⁽⁴⁰⁾.

un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible».

No hay que olvidar, por otra parte, que España fue pionera en la protección del patrimonio inmaterial con la declaración efectuada el 15 de septiembre de 1931, por el Gobierno de la Segunda República Española, del «Misterio de Elche» como «monumento nacional»; ciertamente esta declaración se llevó a cabo forzando considerablemente la norma, pues se asemejaba de esta forma la dicha manifestación cultural con un bien inmueble.

(37) En este caso, además, la acepción tiene significados que exigen la referencia estética —por lo tanto muy limitativos—, no en vano la Real Academia define lo «artístico» como «perteneciente o relativo a las artes, especialmente a las que se denominan bellas».

(38) Terminología utilizada por primera vez en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954, cuyo artículo 1 incluye una definición de «bienes culturales» bastante más omnicompreensiva que las que figuran en buena parte de nuestra legislación sobre patrimonio histórico.

(39) En este sentido cabe recordar que el artículo 2.2 del *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, al definir lo que se entiende por «bienes culturales», se refiere a «las cosas inmuebles y muebles que, en el sentido de los artículos 10 y 11, poseen interés artístico, histórico, arqueológico, etnoantropológico, archivístico y bibliográfico, y los otros bienes individualizados por la ley o en base a la ley como testimonio poseedor de valor de civilización».

(40) No todos los autores están de acuerdo en que la falta de materialidad no sea obstáculo para la integración de los bienes en el ámbito del artículo 46 CE; véanse, en este sentido, OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E.J., *La tutela civil y penal...*, op. cit., p. 131, quienes manifiestan: «sólo a aquellos bienes que son relevantes para conocer las formas de vida de los hombres en cualquiera de sus manifestaciones, con plasmación material, está destinado el artículo 46 CE».

En cuanto a la expresión «patrimonio» debe entenderse no en su sentido jurídico habitual, sino como mero conjunto de bienes de todo tipo, con independencia de su titularidad, valor económico o régimen jurídico. Ése es el sentido de la norma constitucional —recuérdese que en el precepto la protección se otorga al patrimonio «cualquiera que sea su régimen y su titularidad»— y su finalidad.

Cuando se habla de «valor» la referencia no debe comprenderse como «valor económico», pues éste resultaría, en algunas ocasiones, imposible de determinar, e, incluso de verificar su existencia. Lo dicho se pone cada vez más de relieve con la integración de los ya citados «bienes inmateriales», y la incorporación al concepto de «Patrimonio Cultural» de los intereses paisajísticos. En este sentido hay que hacer referencia a cómo la doctrina italiana, a partir del texto del artículo 9 de su Constitución⁽⁴¹⁾, ha concluido que el interés «estético/paisajístico» debe comprenderse dentro del concepto de «Patrimonio Cultural». Pues bien, en casos como éste resulta imposible la referencia a un valor económico, lo que no impide afirmar que estamos ante un bien «valioso» en otro sentido (al «valor intrínseco del bien», alude PALAZZO⁽⁴²⁾, o al valor de los bienes «en cuanto testimonio de la civilización humana», alude BARRERO RODRÍGUEZ⁽⁴³⁾).

5. Interpretación de la expresión «garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento»

Estimamos que la expresión «*conservación...* del patrimonio» no se refiere a un mero mantenimiento, pues ello no encajaría ni con la función social de la cultura ni con la necesidad sentida por los ciudadanos de «disfrutar» del patrimonio; en este sentido, pues, conservación se refiere a los cuidados necesarios y puesta a disposición de los bienes de que se trate, obviamente con las restricciones y limitaciones que, en cada caso, sean procedentes.

En cuanto a la expresión «promoverán», viene a poner de manifiesto que la protección otorgada por el texto constitucional al Patrimonio Cultural no es una protección estática sino dinámica, generadora, incrementadora del Patrimonio Cultural, que tiende a incentivar su creación. Es decir, los poderes públicos están constitucionalmente empeñados, obligados, en una tarea de fomento del Patrimonio Cultural.

Pero, a pesar de estas opiniones, es evidente que el objeto de protección ha ido cambiando y que ahora acoge, incluso, lo inmaterial; y tan es así que ello ha determinado la modificación de conceptos en las propias leyes de protección del patrimonio. En este sentido resulta todo un ejemplo lo acontecido con la legislación italiana en la que la vieja referencia a «cosas» (presente en las Leyes 1089, de 1 de junio de 1939 —abrogada por el Codice dei beni culturali e del paesaggio—, y 1497, de 29 de junio de 1939, que son las que han disciplinado la materia hasta épocas recientes), ha sido sustituida por la terminología de «bien», «bien cultural» (véase, a este respecto, ALIBRANDI, T., «I beni culturali e ambientali», en *La tutela penale del patrimonio artistico, storico e archeologico. Atti del convegno Gubbio 8-9-10 giugno 1984*, Perugia, 1985, pp. 13 y ss.).

(41) «La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación».

(42) «La nozione di cosa d'arte in rapporto al principio di determinatezza della fattispecie penale», en *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977, pp. 229 y ss.

(43) *La ordenación jurídica del Patrimonio histórico*, Madrid, 1990, p. 157.

6. Interpretación de la expresión «patrimonio de los pueblos de España»

¿Qué significa la referencia constitucional que se efectúa en el precepto a que el patrimonio a proteger debe ser el «de los pueblos de España»? ¿Acaso esto implica que los especiales deberes de los poderes públicos no se extienden a la protección de bienes que no puedan considerarse expresión «de los pueblos de España», por más que estén en España y tengan «titularidad» española? ¿Qué sucede entonces con las obras de arte u otras expresiones culturales «propias» de otros pueblos que, por las razones que sean, se encuentren físicamente en territorio español? ¿Carecen de protección los bienes procedentes de otras culturas llegados a España, en estos años de fortísima inmigración, de la mano de extranjeros que han venido a establecerse en nuestro país?

Desde luego una de las posibles interpretaciones es la que refiere la protección únicamente a las expresiones culturales propias del pueblo español. A esa conclusión se puede llegar utilizando otros contextos normativos referidos, precisamente, a los diferentes «pueblos» que integran España.

Así, por ejemplo, si acudimos a la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja (BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2004), nos encontraremos que al definir en el artículo 1 el objeto de la ley, se hace en los siguientes términos:

«La presente Ley tiene por objeto la protección, conservación, rehabilitación, revitalización, mejora y fomento, así como el conocimiento, investigación y difusión del patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja».

Precisándose en el artículo 2.1 que

«El patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja está constituido por todos los bienes muebles o inmuebles, relacionados con la historia y la cultura de la Comunidad Autónoma que presenten un interés o valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, antropológico, etnográfico, arquitectónico, urbanístico, natural, científico, técnico, industrial, documental, bibliográfico o audiovisual de naturaleza cultural. También forman parte del mismo los bienes inmateriales relativos a actividades, creaciones, conocimientos y prácticas tradicionales, manifestaciones folklóricas, conmemoraciones populares, toponimia tradicional de términos rústicos y urbanos y las peculiaridades lingüísticas del castellano hablado en esta Comunidad Autónoma».

En parecido sentido del concepto localista de Patrimonio Cultural utilizado en la Ley de La Rioja, se encuentran: la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia, y la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán.

No siguen este modelo, por fortuna, otras leyes autonómicas; así, por ejemplo, la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, delimita su objeto, en su artículo 1.2, de la siguiente forma:

«El patrimonio cultural de la Región de Murcia está constituido por los bienes muebles, inmuebles e inmateriales que, independientemente de su titularidad pública o privada, o de cualquier otra circunstancia que incida sobre su régimen jurídico, merecen una protección especial para su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras por su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, documental o bibliográfico, técnico o industrial, científico o de cualquier otra naturaleza cultural».

En la misma dirección se mueve la legislación de otras Comunidades como la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears; la Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, y la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco.

En este mismo sentido, incluso acentuando el «despegue» del patrimonio cultural de la vinculación con las concretas tradiciones de la Comunidad Autónoma, se expresa el artículo 2.1 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra (y en esa misma dirección la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano) al decir:

«El Patrimonio Cultural de Navarra está integrado por todos aquellos bienes inmuebles y muebles de valor artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, industrial, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural, existentes en Navarra o que, estando fuera de su territorio, tengan especial relevancia cultural para la Comunidad Foral de Navarra».

En una línea más ambigua se sitúan: la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, y la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias.

Afortunadamente en otras normas, y singularmente en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español⁽⁴⁴⁾, el planteamiento es completamente diferente; así, en el artículo 1 de la citada norma se preceptúa:

- «1. Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español.
2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico».

(44) La citada Ley está unida a la decisiva STC 17/1991, de 31 de enero, en la que se consagra la posibilidad de que el Estado dicte una norma con alcance general en la materia. Véase, en ese sentido, ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico (La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español)*, op. cit., pp. 641 y ss.

Pues bien, a la vista de la legislación, tanto estatal como autonómica, dictada en protección del patrimonio cultural, es evidente que cabe una interpretación alternativa, basada en la diferencia entre el genitivo [el patrimonio del Estado o de las Comunidades Autónomas] y el locativo [el patrimonio radicado, situado, en las distintas Comunidades Autónomas, que no dejan de ser sino el patrimonio histórico en su conjunto], de forma tal que la referencia a «los pueblos de España» debe entenderse en el sentido de «bienes que estén ubicados en los pueblos de España» (locativo) y no sólo que estén vinculados a la concreta y particular historia y cultura de la Comunidad, del pueblo, de que se trate (genitivo). A esta realidad normativa se suma la realidad social, es decir, como integrante del propio patrimonio cultural se entiende que forman parte todas aquellas realizaciones, tengan el origen que sea, que expresen «valor» cultural. En ese sentido la gran pintura holandesa o francesa que esté ubicada en «los pueblos de España», se entiende que forma parte del patrimonio cultural español, se quiere que forme parte del patrimonio cultural español. La salida del Museo del Prado de la pintura renacentista italiana, hecha por italianos en Italia, pero perteneciente al Museo del Prado desde hace siglos, se entendería socialmente como constitutiva de un despojo de parte importante del patrimonio cultural español.

En conclusión, pues, la expresión «de los pueblos de España» debe entenderse en el sentido de ubicación física de los objetos con valor cultural destacando que el sentido constitucional de esta expresión no deja de ser sino una referencia constitucional hacia la plural realidad de España, sin mayores consecuencias desde una estricta perspectiva jurídica. El planteamiento jurídico es, precisamente, la aludida contraposición entre el genitivo (el único patrimonio es el español, en su conjunto) y el locativo (los patrimonios de las comunidades autónomas no son sino las porciones de aquel patrimonio radicado en las distintas comunidades autónomas).

Desde luego que ello no impide que la referencia a «los pueblos de España» suponga, al mismo tiempo, un reconocimiento de una doble realidad: la unidad y la diversidad de las distintas culturas que forman España; es decir, y en la concepción de PRIETO DE PEDRO⁽⁴⁵⁾, la cultura común que compartimos todos los españoles y las distintas culturas particulares de las diferentes comunidades que integran España.

7. *Ratio legis* del precepto constitucional

¿Cuál es la *ratio legis* de la protección a la que se refiere el precepto constitucional? Desde luego no puede ser, al menos no únicamente, la protección de las señas de identidad de la comunidad nacional a la que se pertenezca; y esta conclusión es obligada desde el momento en que integramos en el «patrimonio cultural» bienes que no se identifican, que no se integran en las citadas «señas de identidad». Por lo tanto, la razón de la protección debe ser otra, que no puede consistir más que en el valor objetivo de los bienes culturales de que se trata; valor de esos bienes que a los poderes públicos se les obliga a proteger y que se expresa en los siguientes aspectos: 1.º) que sirven a la finalidad de facilitar el acceso y par-

(45) «Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico», en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, octubre 1992-marzo 1993, pp. 34 y ss.; del mismo, *Cultura, Culturas y Constituciones*, Madrid, 1992, pp. 147 y ss.

ticipación en la cultura de todos los ciudadanos⁽⁴⁶⁾, 2.º) que contribuyen al aglutinamiento entre los individuos que se integran en la Comunidad, 3.º) que, obviamente, cumplen una finalidad económica esencial de cara a la atracción de sustanciosos ingresos, etc. Es decir, que no sólo estamos hablando de una función meramente cultural o social de los bienes de que se trate, sino también económica e identitaria. Lo acabado de decir pone de manifiesto que lo que se está protegiendo es un interés general, no un interés «difuso»⁽⁴⁷⁾ —lo que obliga a llegar a determinadas consecuencias en relación con el titular del bien jurídico protegido en los preceptos penales dictados en protección del interés al que nos estamos refiriendo—, incluso en alusión a los bienes culturales que sean de titularidad privada, pues en este último caso no se trata —y las distintas leyes sobre Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas lo ponen de relieve— tanto de proteger al titular de los derechos dominicales, como de posibilitar el acceso de todas las personas (y no sólo los ciudadanos *stricto sensu*) a la cultura (en cumplimiento de preceptos como el 9.2, 48, 50 CE, etc.).

III. TÉCNICA DE TUTELA PENAL IDÓNEA PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS INJUSTOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

¿Cuál es la técnica de tutela penal más idónea para la tipificación de los injustos contra el Patrimonio Cultural? ¿La legislación penal especial o el Código Penal común?

Desde luego que en el Derecho Comparado⁽⁴⁸⁾ se pueden encontrar ejemplos de los dos modelos; desde, por citar a dos países con importante Patrimonio Cultural, Italia y Grecia

(46) De «democratizar la cultura», habla PÉREZ LUÑO, A.E., «Artículo 46», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo IV, Madrid, 1984, p. 283.

(47) Véanse, para una diferenciación entre ambos, BRICOLA, F., «La tutela degli interessi collettivi nel processo penale», en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio*, Padova, 1976, p. 32; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Presupuestos constitucionales...», *op. cit.*, p. 306, y del mismo *Los intereses económicos de los consumidores: Protección penal*, Madrid, 1986, pp. 79 y ss.

Algunos autores, en realidad la doctrina mayoritaria, no están de acuerdo con esta caracterización de «interés general» en el objeto de tutela; es el caso, por ejemplo, de OROZCO PARDO, G. y PÉREZ ALONSO, E.J., *La tutela civil y penal...*, *op. cit.*, p. 132; en el mismo sentido de considerar que se está ante la protección de un interés «difuso» y no general, se pronuncian también, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 402; sin embargo la argumentación de GONZÁLEZ RUS, en la obra primeramente citada (pp. 306 y ss.), parece sumamente convincente: «... mientras que el interés general es por su propia naturaleza indivisible, el interés difuso o colectivo puede fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que lo integran; en suma: puede fraccionarse en relación a los sujetos individuales que aparecen conectados con el mismo. Ello se traduce en una importante diferencia, reveladora de la distinta naturaleza de unos y otros: los intereses generales, que no pueden ser fragmentados, sólo pueden encontrar tutela penal en la medida en que el mismo, en cuanto tal sea objeto de protección específica; por el contrario, los intereses colectivos y difusos, al poder fragmentarse en intereses individuales, encontrarían en la tutela de éstos una protección subsidiaria, insuficiente, si se quiere, pero —caso de que en cuanto tal interés colectivo no fuera objeto de protección— bastante para no determinar la desaparición absoluta del ámbito penal del interés a que se refieren». Véase SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, p. 194. TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 57.

(48) En esta materia resulta de obligada cita GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

que optan por la legislación especial⁽⁴⁹⁾, a Alemania o la misma España que lo han hecho por el Código Penal⁽⁵⁰⁾.

En todo caso hay que decir que el modelo de la legislación penal especial presenta, como se ha significado más ampliamente en otro lugar⁽⁵¹⁾, muchos problemas, demasiados, lo que la convierte en una técnica legislativa poco deseable, y ello, entre otros, por los motivos siguientes:

1. Porque la opción por la legislación penal especial como sistema global resulta hartamente inconveniente, dado que ha sido a través de esa legislación especial por donde, esencialmente, se ha producido la mayor hipertrofia del Ordenamiento penal. Ello se ha causado, además aunque no sólo, por la penalización de bagatelas⁽⁵²⁾, lo que implica la conculcación de principios como el de intervención mínima, *ultima ratio*, proporcionalidad, etc.
2. Porque, como indica RODRÍGUEZ MOURULLO⁽⁵³⁾, las leyes especiales no se caracterizan, generalmente, por utilizar una buena técnica legislativa, y tienden, además, a alzaprimar las consideraciones utilitarias a los valores de seguridad jurídica y Justicia.
3. Porque el argumento tradicional de las mayores dificultades para modificar, en materias en que se puede hacer necesario con una cierta frecuencia, un Código frente a la facilidad para hacer lo propio en la legislación especial, no se puede mantener. Primero, porque ambos, ley especial y Código, precisan idéntico instrumento normativo: la Ley Orgánica. Segundo, porque las numerosísimas modificaciones experimentadas por el Código Penal de 1995 deslegitiman el argumento.
4. Porque con la legislación especial al Legislador le resulta más fácil huir de los más elevados niveles de garantías que supone la legislación codificada, al tratarse de un «cuerpo aparte» al de la legislación penal común.
5. Porque el continuo acudir a la legislación especial suele traducirse en una voluntad de cambiar las reglas del juego, y convertir lo que debería constituir una excepción en regla de comportamiento. En este sentido la «cultura de la excepcionalidad»⁽⁵⁴⁾ termina contagiando todo el sistema penal, y ello con gravísimas consecuencias tanto sustantivas —tipos abiertos, lluvia de elementos normativos, concepto unita-

(49) En el caso italiano la Ley 1089/1939, de 1 de junio, sobre la tutela de los objetos de interés artístico e histórico —recientemente abrogada, como ya se ha indicado, por un cuerpo legislativo que ahonda en la especialidad de la legislación, como es el Código de los bienes culturales y del paisaje, aprobado por Decreto Legislativo número 42, de 22 de enero de 2004—, y en el griego la Ley 5351/1932, de 8 de agosto, sobre las antigüedades.

(50) En el Código Penal alemán en los párrafos 243.1.5 y 304, y en el español en los artículos 321 y ss., y en las cualificaciones contempladas en los delitos de hurto, robo, estafa y apropiación.

(51) «Algunas consideraciones críticas en torno al Código Penal de 1995», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2.ª época, núm. 1, enero/marzo, 1996, *passim*.

(52) Véase a este respecto las reflexiones efectuadas por PALIERO en su obra, ya clásica, *Minima non curat praetor. Ipertrófia del diritto penale e decriminalizzazioni dei reati bagatellari*, Padova, 1985, especialmente pp. 168 y ss.

(53) En J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Artículos 1-22)*, Barcelona, 1972, p. 201.

(54) Véase FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2.ª ed., Roma-Bari, 1990, p. 857.

rio de autor, Derecho Penal como meramente sancionador, exagerado arbitrio judicial, normas concursales peculiares, reformulación del sistema de circunstancias y de responsabilidad civil, etc.— como procesales —quebranto de las normas sobre competencia para conocer, fortalecimiento del principio inquisitivo, alteración de principios constitucionales por lo que a la ejecución de las sentencias se refiere, perversión policial del sistema judicial, etc.—.

6. Porque el uso de la legislación especial supone también, generalmente, una modificación esencial en la técnica legislativa en relación a la seguida en la elaboración de los códigos. En efecto, estos últimos se caracterizan por el uso de cláusulas generales con pretensión de ser aplicadas a una gran multiplicidad de supuestos, y por ello el lenguaje empleado es fácilmente integrable en los «códigos» ordinarios de comunicación. En cambio las leyes especiales son, por lo que al lenguaje respecta, el reino de lo particular, de lo concreto, del uso de un idioma «tecnológico», que contribuye a alejar de la comprensión de las leyes a aquellos que no están iniciados en el sector de cuya regulación se encarga la ley especial; se produce, así, el nacimiento de ordenamientos particulares, sectoriales, muy alejados, por tanto, de las pretensiones que animaban a los cultores del movimiento codificador.
7. Porque este aumento de ordenamientos particulares, de una multiplicidad de ordenamientos particulares, provoca un gran desorden en los marcos normativos; y este desorden es debido tanto a la hipertrofia legislativa que provoca la aparición de numerosísimas leyes penales especiales, o de preceptos penales incluidos en leyes marginadas de la codificación penal, como a las difíciles relaciones que se establecen en el interior del Ordenamiento jurídico penal entre el Código y las citadas leyes penales especiales.
8. Porque se produce una falta de claridad en el ámbito competencial entre las autoridades administrativas y judiciales, derivado de la confusión de los ámbitos penal y administrativo, y del general condicionamiento de la intervención penal a ciertas decisiones administrativas. No debe olvidarse, además, la tendencia —posiblemente necesaria— al particularismo en la normativa administrativa, lo que en el ámbito del Derecho Penal producirá, generalmente y como consecuencia de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal —especialmente del de Legalidad— lagunas de punición.
9. Porque se genera un peligro cierto de conculcación del Principio de Lesividad en materia penal, pues existe la tendencia en la legislación especial a castigar como injusto penal actos que lejos de atentar contra el bien jurídico protegido, únicamente suponen una infracción administrativa —generalmente una mera desobediencia—.
10. Porque el abuso de la legislación especial suele provocar, también, una notable perversión del sistema de sanciones, tanto por lo que importa a la duración de las penas privativas de libertad —cuando el «pequeño legislador» tiene entre sus manos la oportunidad de fijar, sin referentes, los límites de las penas privativas de libertad, tiene tendencia a fijar éstas para todo tipo de ilícitos, por ello «no le duelen prendas» a la hora de acudir a las penas cortas privativas de libertad—, así como de unos mecanismos para la fijación y, en su caso, agravación de la sanción

fundados en meros referentes de cuantía, sistemas estos que fueron abandonados, con escasas excepciones⁽⁵⁵⁾, por el Código Penal común en la reforma de 25 de junio de 1983, optándose, lo que también hizo el Código de 1985, por criterios de desvalor de acción más acordes con las finalidades perseguidas por la sanción penal.

En conclusión: resulta especialmente importante evitar que la legislación penal se distancie de los principios consagrados en el Libro I del Código Penal; es decir, la pretensión debe ir más allá que la plasmada en el artículo 9 del Código Penal, según el cual —con lo que se mantiene la tradición— únicamente las disposiciones contenidas en el Título Preliminar serían aplicables a la legislación penal especial, y abarcar toda la parte general permitiendo, únicamente, escasas desviaciones de estos principios.

IV. CUMPLIMIENTO DEL LEGISLADOR PENAL AL MANDATO CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 46 CE. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS TIPOS PENALES Y BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO

El Legislador Penal da cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 46, del que hemos hablado en epígrafes anteriores, a través de una incriminación autónoma de los delitos sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico, recogida en el Capítulo II del Título XVI del CP de 1995, el cual abarca los artículos 321 a 324. Con ello pretende protegerse un bien jurídico dotado de autonomía, como interés colectivo, que va más allá de la protección aislada y fragmentaria del patrimonio a través de los delitos de hurto, robo, estafa o daños.

En efecto, este Capítulo amplía la protección dispersa que el CP vigente otorga a estos bienes, contemplada en varios preceptos del Código que vienen igualmente a tutelar esta dimensión supraindividual y pública del dominio⁽⁵⁶⁾. Así, entre las formas cualificadas de hurto, el artículo 235 CP prevé los casos en los que la sustracción recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (STS 189/2003, de 12 de febrero; SAP, Burgos, Sección 1.ª, 107/2004, de 25 de junio; SAP, Soria, de 20 de abril de 2001) y lo mismo ocurre en relación con el robo con fuerza (artículo 241.1: SAP, Sevilla, Sección 3.ª, 61/2002, de 6 de noviembre; SAP, Lugo, Sección 1.ª, 193/2005, de 17 de junio); el artículo 250.1.3.º CP, entre las cualificaciones del tipo de estafa, recoge los casos en que recae sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico; el artículo 252 CP (apropiación indebida: STS 143/2005, de 10 de febrero) se remite expresamente al artículo 250 CP, y el artículo 253, último inciso, CP, como forma cualificada de la apropiación indebida, contempla los casos en que su objeto sean cosas de valor histórico, cultural o científico. Obsérvese que en todos estos preceptos se añade el término «científico» que va más allá de

(55) Véase, a este respecto, QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, M., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1984, pp. 145 y ss.

(56) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 17.ª ed., Valencia, 2009, pp. 522-523.

la previsión establecida en la CE; sin embargo, en relación con el delito de malversación, el artículo 432.2 CP agrava la pena cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor *histórico* o *artístico*. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, considera delito en su artículo 2.e) la conducta de sacar del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado, cuando ésta sea necesaria y siempre que su valor alcance los 3 millones de pesetas —18.000 euros aproximadamente—. No debemos olvidar, por último, la falta de daños del artículo 625.2 CP que recoge como circunstancia cualificativa, su producción sobre bienes de naturaleza monumental, artística, cultural o histórica. O, en fin, la protección de los bienes culturales en casos de conflicto armado prevista en los artículos 613 y 614 CP.

En definitiva, la tipificación nueva autónoma de los ataques a este tipo de bienes no ha logrado evitar la fragmentariedad normativa. Sin embargo, esta tutela dispersa no se correspondía en el Código penal anterior (ni en el actual) con un bien jurídico dotado de sustantividad propia, sino que se seguía subordinando la tutela del patrimonio histórico a la del patrimonio individual y, como consecuencia de ello⁽⁵⁷⁾, no podían ser punibles, por ejemplo, los daños sobre el patrimonio histórico realizados por el mismo propietario.

La propia Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el CP actual, alude a que la nueva regulación de estos delitos constituye un ejemplo paradigmático de la opción legislativa de resolución de «la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela penal en una sociedad cada vez más compleja». Ello quiere decir que el Legislador ha sido consciente de la necesidad de otorgar protección penal a nuevos bienes jurídicos, supraindividuales o de titularidad colectiva, como el que nos ocupa, que no constituyen derechos fundamentales⁽⁵⁸⁾ pero que conforman un ámbito esencial para el desarrollo de la vida social; aunque bien es cierto que la Exposición de Motivos se refiere a la «nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales» olvidándose de los tipos relativos a la protección del patrimonio histórico, lo que denota la falta de reflexión del Legislador sobre este tema⁽⁵⁹⁾.

Por tanto, la tipificación autónoma de estos delitos acoge la dimensión constitucional de este bien jurídico entendido como «conjunto de bienes que tiene en común poseer valor cultural objetivo, lo que les dota de una característica común capaz de aglutinarlos bajo una referencia única»⁽⁶⁰⁾, pasando a un segundo plano su valor económico. De hecho para

(57) TAMARIT SUMALLA, J., «De los delitos sobre el patrimonio histórico», en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 855.

(58) Sobre este tema véase LÓPEZ BRAVO, C., *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Sevilla, 1999, *passim*.

(59) Ha puesto de manifiesto esta crítica RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en toda su obra relativa al tema. *Vid.* «La protección del patrimonio cultural en el Código Penal de 1995», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998; *id.* «Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario 1, 2000; *id.* «Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural», en *La Ley Penal*, núm. 29, 2006, especialmente, pp. 7-8.

(60) GONZÁLEZ RUS, J.J., «Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», en *ADPCP*, I, 1995, pp. 33 y ss.

MUÑOZ CONDE⁽⁶¹⁾, «son perfectamente imaginables bienes de gran valor cultural cuyo valor económico, por ejemplo, por el estado ruinoso en que se encuentran, sea nulo». Nos encontramos, en definitiva, ante un bien de dimensión social y colectiva, cifrado en la conservación del patrimonio histórico y cultural (STS 189/2003, de 12 de febrero: son bienes «pertenecientes y a disposición de la colectividad y formando parte del patrimonio global cultural de la Nación»). Sobre la base de esta trascendencia, el bien jurídico es indisponible por el propietario que, eventualmente, pudiera consentir un comportamiento lesivo de su derecho. E igualmente es indiferente que la titularidad de estos bienes sea pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, así como el régimen jurídico a que se encuentren sometidos.

La exigencia de dicha protección penal enlaza con la esencia del Estado democrático, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2.º CE «corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»; y se vincula igualmente con el eje del Estado social, ya que la especial protección del acervo cultural de toda nación trasciende a la mera tutela de la titularidad individual de los bienes patrimoniales, y se materializa en la función social que debe, asimismo, cumplir la propiedad (artículo 33.2.º CE). Desde dicha perspectiva, parece evidente la legitimación de la intervención penal en esta materia. Ahora bien, pese a lo dicho, y como se viene manteniendo (*cfr.*, *supra*, el epígrafe anterior), no debe acudir sin más al Ordenamiento punitivo como instrumento principal de tutela de esta específica materia para paliar ciertas carencias de que adolecen los mecanismos administrativos protectores de ella, según los postulados del principio de intervención mínima.

De hecho, la legislación administrativa aplicable a la materia, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, contiene esencialmente dos niveles de protección de este tipo de bienes. El primer nivel de protección acoge los llamados bienes de interés cultural (los previstos en el Título I) declarados así «por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada» (artículo 9 LPH). El segundo nivel de protección se refiere a los bienes muebles registrados en el Inventario General de bienes muebles (artículo 26 LPHE) no contenidos en un inmueble declarado bien de interés cultural y que formen parte esencial de su historia. Todo ello sin perjuicio de los bienes incluidos en los catálogos municipales que prevean las correspondientes leyes autonómicas. Por tanto, los bienes más relevantes del PHE deberán ser registrados, inventariados o declarados bien de interés cultural. Esta concepción formalista es necesaria por virtud del principio de seguridad jurídica porque, de lo contrario, quedaría en manos de los tribunales penales la valoración del carácter histórico, artístico o cultural del bien. A pesar de ello⁽⁶²⁾, se trata de una técnica discutible por su falta de sistemática y armonía, lo que provoca confusión y superposición de las distintas categorías.

El siguiente paso a resolver es si los tipos penales deben integrarse, o no, con las referidas categorías de protección, de modo que sólo resulten penalmente protegidos los bienes históricos, culturales o artísticos, declarados conforme a las categorías de protección legalmente previstas. Esta discusión teórica fue zanjada por el Tribunal Constitucional en

(61) *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., p. 523.

(62) *Vid.* SALINERO ALONSO, C., *La protección del patrimonio*, op. cit., pp. 67 y ss.

su Sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, afirmando que el principio de legalidad penal no se veía afectado por el hecho de que los bienes de cuyo daño o alteración se tratara no hubieran sido objeto de una específica declaración protectora.

Precisamente, y como consecuencia de la doctrina emanada en la mencionada sentencia, la existencia en las leyes autonómicas de otras categorías de protección distintas de las previstas en la legislación del Estado, pone de relieve la relevancia, desde el punto de vista penal, de la tipificación penal construida sobre la expresión «bienes de interés», que permite la inclusión en los tipos penales de bienes históricos o culturales declarados de conformidad a las leyes autonómicas, que, en este sentido, otorgarían (con la ventaja añadida de la ganancia que supone el principio de seguridad jurídica) una protección penal a bienes no declarados según la LPHE, pero que sí lo han sido según las leyes autonómicas.

Los bienes objeto de protección se individualizan, en definitiva, por su valor social⁽⁶³⁾ en la medida en que son expresión de su cultura y de sus señas mismas de identidad. En este sentido, el artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español dispone que lo integran:

«... los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico».

En definitiva, el título donde se ubican estos preceptos, de clara concomitancia con la rúbrica de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico, resulta acertado en la medida en que, precisamente, la noción que consagra la LPHE de «bien histórico» es la que aglutina esas diferentes dimensiones (el valor, mérito o interés artístico, monumental, documental, arqueológico...).

V. DE LEGE FERENDA: ¿SERÍA NECESARIA LA TIPIFICACIÓN DEL LLAMADO «GENOCIDIO CULTURAL»?

El patrimonio *etnográfico*, a que hace referencia el artículo 1.2 de la tantas veces mencionada Ley 16/1985, está conformado por todos los bienes muebles, inmuebles, conocimientos y actividades que son expresión relevante de la cultura de un pueblo. Cuando se masacra ese patrimonio *etnográfico*, vinculado al acervo cultural de un pueblo, se habla del llamado «genocidio cultural», que puede concretarse en actos de opresión sobre grupos humanos, consistentes, por ejemplo, en la prohibición del uso del idioma propio, el impedimento para la utilización de bibliotecas, etc., es decir, actos de opresión al sustrato ideológico de un grupo, raza, etnia o religión. Este sustrato ideológico implica el reconocimiento del pluralismo universal de religiones, grupos, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran. Sin embargo, el genocidio cultural, es decir, la violación de ese sustrato ideológico, no está tipificado como tal, pues como es sabido el delito de genocidio

(63) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 523.

previsto en el artículo 607 CP comprende únicamente el sustrato físico y el biológico. La única posibilidad actual de subsunción de hipotéticas conductas de genocidio *cultural* sólo se podría efectuar a través de los delitos relativos al patrimonio histórico, aunque se trata de tipos penales insuficientes pues no acogen el total desvalor de estas conductas, especialmente el elemento tendencial, esto es, la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón del origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros.

A pesar de lo acabado de decir, hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto armado⁽⁶⁴⁾, los artículos 613 y 614 CP castigan los ataques contra bienes culturales, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, pudiéndose llegar a imponer, en virtud del artículo 613.2 CP, la pena superior en grado en los supuestos de extrema gravedad. Esta previsión es importante, pues los supuestos de genocidio cultural suelen llevarse a cabo con ocasión de conflictos armados⁽⁶⁵⁾.

El artículo 6 del Estatuto de Roma confiere al Tribunal Penal Internacional jurisdicción respecto del genocidio tal como se define en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, cuyos actos objeto de su competencia son: los que con intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, consisten en alguno o algunos de los siguientes: Matanza de miembros del grupo. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En consecuencia, el genocidio cultural, esto es, los actos cometidos con la intención de impedir a los miembros de un grupo utilizar su idioma, practicar su religión o realizar las actividades culturales propias del grupo, no está incluido en la definición de genocidio utilizada en el Estatuto de Roma si no comporta ninguno de los cinco actos prohibidos ni se comete con la intención requerida.

Benjamín Whitaker, Relator Especial designado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (subórgano de las Naciones Unidas), redactó en 1985 un informe sobre la cuestión de la «Prevención y Sanción del crimen de genocidio». Aunque en esa ocasión no fue incluido en el Tratado, el *Genocidio Cultural* expresado en el informe se define como «todo acto premeditado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón del origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros, actos tales como: 1) la prohibición de emplear el idioma del grupo en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir o de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo; 2) la destrucción de las bibliotecas, los museos, las escuelas, los monumentos

(64) Y con independencia de lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 14 de mayo de 1954, para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, con sus dos Protocolos de 1954 y 1999 (véanse también como antecedentes, el principio de restitución de las obras de arte adoptado en el Congreso de Viena, y los artículos: 8 de la Declaración de Bruselas de 1874 y 5 de los Convenios IV y IX de La Haya de 1907, así como el Reglamento anexo al primero; véanse asimismo el Tratado de Washington de 1935 y el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949).

(65) Véase, por ejemplo, lo ocurrido en la última Guerra de Gaza, durante la cual la aviación judía ha destruido con bombardeos las bibliotecas universitarias palestinas.

históricos, los lugares de culto u otras instituciones y de los objetos culturales del grupo o la prohibición de usarlos».

Desgraciadamente hay muchos ejemplos de genocidio cultural en el mundo. Por destacar algunos: en el Tíbet, el máximo líder tibetano denunció las trabas y restricciones que, a su juicio, las autoridades chinas imponen al desarrollo de la educación y la formación en los monasterios tibetanos, y alertó del riesgo de desaparición al que se enfrenta el patrimonio cultural del Tíbet. O con ocasión del genocidio armenio cometido por los turcos-ottomanos a fines de su imperio y por el Estado turco a comienzos de la República kemalista, se produjo al mismo tiempo un genocidio cultural del que abundan referencias, y del que constituyen un testimonio irrefutable la gran cantidad de referencias arquitectónicas que se encuentran esparcidas por toda Turquía y que, justamente, no son producto de la cultura de esa nación. Esas referencias arquitectónicas, sean iglesias, capillas, fortalezas, cruces de piedra (*jachkars*), inscripciones y demás objetos de origen armenio, testimonian lo que fue la demografía armenia en la Turquía actual. Los actos de este genocidio van desde la destrucción directa de muchos de estos monumentos hasta la distorsión historicista de los propagandistas turcos, que ubican a monumentos armenios de suficiente relevancia para la comunidad internacional bajo cualquier otro origen menos el armenio (como sucede con la ciudad de Aní), pasando por la dejadez por parte del Estado ante el deterioro de estos monumentos por la acción del tiempo, o por la conversión (prohibida por el Islam, aunque se practica) por la cual grandes iglesias han sido transformadas en prisiones, establos, mezquitas, hoteles y hasta gimnasios. El genocidio cultural en Iraq se saldó con un millón de libros destruidos⁽⁶⁶⁾, entre otros textos desaparecieron ediciones antiguas de *Las mil y una noches*, de los tratados matemáticos de Omar Khayyam, los tratados filosóficos de Avicena (en particular su Canon), Averroes, Al Kindi y Al Farabi, las cartas del Sharif Hussein de la Meca o manuales de Historia sobre la civilización sumeria. Además de esta biblioteca, en el museo arqueológico se saquearon tablillas con las primeras muestras de escritura y ardieron más de 700 manuscritos. En la Casa de la Sabiduría (*Bayt al- Hikma*) cientos de volúmenes desaparecieron por el fuego, e igualmente en la Academia de Ciencias de Iraq (*al-Majma' al- 'Ilmi al-Iraqi*) se quemaron el 60% de los textos.

Mención aparte merece el caso de África. En efecto, en ese continente las terribles y crudelísimas guerras internas, como el caso de Angola, Nigeria, etc., las crisis socioeconómicas y los gobiernos dictatoriales han provocado, además de miles de muertes, la pérdida de una parte importante de su rico patrimonio cultural. Así, África está siendo despojada constantemente de sus objetos culturales (como, por ejemplo, las *terracotas nok* y *kwatakwashi* de 2.000 años de antigüedad de Sokoto en Nigeria, las *máscaras fang*, relicarios de Benín y *bronces sao*), y distribuido entre instituciones públicas (museos europeos y norteamericanos) y colecciones privadas. Estas últimas, con la manida afirmación de que el continente africano no está preparado para resguardar su patrimonio cultural, se encuentran inmersas en el gigantesco mercado de arte legal, y principalmente ilegal, que mueve miles de millones de euros al año, siendo uno de los negocios más rentables después de la

(66) BÁEZ, F., CSCAweb (<www.nodo50.org/cscaweb>), 3 de noviembre de 2004. *Id. El saqueo cultural de América Latina*, Madrid, 2009. Sobre la destrucción del patrimonio histórico-cultural de Iraq véase en CSCAweb: Robert Fisk: Libros, cartas y documentos de valor incalculable han ardido en el capítulo final del saqueo de Bagdad y Consecuencias de las sanciones sobre el patrimonio histórico-cultural de la Humanidad en Iraq.

venta de armas y drogas. Por ejemplo, en la cuenca de Níger es posible que un agricultor o un pastor encuentren una cerámica *nok* del siglo XII, al venderla a un intermediario puede comprar mijo, su alimento básico, para nutrir a su numerosa familia durante por lo menos un mes, lo cual significa mucho para esta persona pero en el mercado de arte europeo, esta pieza puede llegar a venderse a un valor que oscila entre los 1.500 y 10.000 euros, según el tamaño, la época y la calidad. A ello cabe añadir la aniquilación del saber (epistemocidio), a través de la educación occidentalizada de las élites, despojándoles de autonomía de pensamiento y de capacidad de concepción de un proyecto cultural propio. Finalmente, un informe realizado por miembros de la Academia Serbia de Ciencias (conocido como informe SANU), daba cuenta, en 1986, del genocidio cultural sufrido por los serbios en Kosovo.

Estos y otros tantos ejemplos son suficientes para plantearnos si es necesaria la tipificación expresa del genocidio cultural, más allá de los instrumentos con los que contamos. Creemos que sí, pero insistiendo en que a la hora de afrontar el problema del genocidio la perspectiva que debe primar no es la del número (que no se quiere minusvalorar) sino la ética. Lo tremendo de Auschwitz (entrada que debería figurar en los diccionarios de todas las lenguas) no consistió en que de sus chimeneas salieran casi tres millones de seres humanos, pues hubiera bastado para la calificación la famosa fotografía de aquella abuela húngara y sus pequeños nietos, encogidos bajo el frío, marchando hacia las cámaras de gas; sino que lo relevante fue la decisión de crear ese dios destructor, sistemático y sin alma, dedicado a la aniquilación fabril de seres humanos. En la versión cultural del genocidio lo significativo tampoco es la cantidad destruida (ni siquiera el qué) sino la resolución de exterminar las expresiones culturales (identitarias) de un pueblo, lo que implica la supresión de la memoria y, por ello mismo, un ejercicio de dominación (al cambiar el sentido del presente), de despojo⁽⁶⁷⁾.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico (La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español)*, tomo II, Madrid: Ministerio de Cultura, 1994.

ALIBRANDI, T., «I beni culturali e ambientali», en *La tutela penale del patrimonio artistico, storico e archeologico. Atti del convegno Gubbio 8-9-10 giugno*, 1984, Perugia: Pliniana, 1985.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ J.L., *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la ley de 25 de junio de 1985*, Madrid: Civitas, 1989.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, num. 43, 1991.

(67) En no pocas ocasiones el genocidio cultural está acompañado, también, de una minusvaloración de la propia existencia de las personas que crearon esa cultura. Ello se hizo, desde luego, presente en Latinoamérica en la época colonial, pero también posteriormente durante la dominación criolla tras la independencia, y hoy en día en no pocos casos sigue sucediendo exactamente lo mismo; y no hace falta más que, para verificarlo, comprobar la condición a la que están siendo sometidos los indígenas de Lacandona (México). En realidad se trata de una justificación moral (la identificación de esos seres como, por ejemplo, «salvajes» y por tanto excluidos de nuestro mundo) para disponer libremente, y sin barreras, de ellos.

- «Algunas consideraciones críticas en torno al Código Penal de 1995», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2.^a época, núm. 1, enero/marzo, 1996.
- *Introducción a la teoría jurídica del delito (elaborada con base en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada: Comares, 2001.
- ARIAS EIBE, M.J., *El patrimonio cultural. La nueva protección en los artículos 321 a 324 del Código Penal de 1995*, Granada: Comares, 2001.
- BADENES CASINO, M., *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*, Valencia: Universidad de Valencia, 2005.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., *La ordenación jurídica del patrimonio artístico*, Madrid: Civitas, 1990.
- BRICOLA, F., «La tutela degli interessi collettivi nel processo penale», en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio*, Padova: CEDAM, 1976.
- CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos de importación y exportación de bienes culturales», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo I, Sevilla: Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., *La protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005.
- FERNÁNDEZ PARDO, F., *Destrucción y dispersión del patrimonio artístico español*, vol. I, Madrid: Fundación Universitaria Española, 2007.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2.^a ed., Roma-Bari: Laterza, 1990.
- FERRÉ OLIVE, J.C., *El delito contable*, Barcelona: Praxis, 1988.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores: Protección penal*, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986.
- «Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», en *ADPCP*, I, 1995.
- «Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», en J. González Rus (coord.), *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero*, Córdoba: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996.
- GUISASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- HERZOG, F., «Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens», en *Juristische Rundschau*, 1969.
- LÓPEZ BRAVO, C., *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999.
- MANTOVANI, F., «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico», *RitDPP*, Milano, 1976.
- MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Corso di Diritto Penale. 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano: Giuffrè, 1995.
- MAURACH, R., y SCHRÖEDER, F., *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, 8.^a ed., Heidelberg: Müller, 1995.

- MÜLLER, F., *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts. Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (trad. Salvador Gómez de Arreche), Madrid: Marcial Pons, 2006.
- «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas» (trad. Luis Villacorta Mancebo), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F., «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993.
- OROZCO PARDO, G., y PÉREZ ALONSO, E., *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- PALAZZO, F., *La tutela penale del patrimonio artistico*. Atti del sesto simposio di studi di Diritto e Procedura Penali, Milano 1977.
- PALIERO, C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazioni dei reati bagatellari*, Padova: CEDAM, 1985.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, 1.^a ed., Madrid: Civitas, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A.E., «Artículo 46», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo IV, Madrid: EDERSA, 1984.
- PRIETO DE PEDRO, J., «Unidad y pluralismo cultural en el Estado autonómico», en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, octubre 1992-marzo 1993.
- *Cultura, Culturas y Constituciones*, Madrid: Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, M., *La reforma penal de 1983*, Barcelona: Destino, 1984.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Artículos 1-22)*, Barcelona, 1972.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «La protección del patrimonio cultural en el Código Penal de 1995», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998.
- «Algunos problemas en la protección penal del patrimonio cultural», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario 1, 2000.
- «Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural», en *La Ley Penal*, núm. 29, 2006.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Madrid: EDERSA, 1984.
- ROMA VALDÉS, A., *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada: Comares, 2008.
- SALINERO ALONSO, C., *La protección del Patrimonio Histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona: Cedes, 1997.
- SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares, 2003.
- TAMARIT SUMALLA, J., «De los delitos sobre el patrimonio histórico», en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

- VAELLO ESQUERDO, E., «La defensa del patrimonio histórico-artístico y el derecho penal», en *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en honor del Profesor Martínez Bernal*, Murcia: Universidad. Secretariado de Publicaciones, 1980.
- VILLACORTA MANCEBO, L., «Algunas transformaciones en la concepción y en el método del Derecho: sus implicaciones para el Derecho constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, vol. III, 1993-94.
- «Derecho Constitucional y método: algunas consideraciones desde la perspectiva de la teoría estructuradora de las normas», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid: Tecnos, 1997.

EL CONCEPTO DE «ERROR PENITENCIARIO» EN LA EJECUCIÓN PENAL. SU ENCAJE JURÍDICO EN EL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

JAVIER NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

El concepto de «error penitenciario» en la ejecución penal. Su encaje jurídico en el marco legal de la responsabilidad patrimonial del Estado

La complejidad de los cálculos de los períodos de extinción de la condena provoca, inevitablemente, errores, algunos de los cuales suponen para el penado un mayor tiempo de permanencia en prisión del que le correspondería estar. Esto genera, además de la correspondiente confusión y desconfianza en la Justicia, unos daños y perjuicios que el afectado no tiene el deber de soportar. Esta circunstancia le lleva al autor de este artículo a analizar el encaje jurídico que pudiera tener el «error penitenciario» en los cálculos de la liquidación de condena, con vistas a la exigencia de una posible responsabilidad patrimonial del Estado, bien en marco jurídico del artículo 121 de la Constitución, bien en marco jurídico del artículo 106, de la citada norma constitucional.

Palabras clave: Liquidación de condena, error penitenciario, error judicial, funcionamiento anormal de la Administración, responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT

The concept of penalty mistakes in criminal procedures. How this concept should be fit in the legal framework of the State's financial responsibility

Complexity related to the calculation of conviction periods produces mistakes, some of them force the inmates to stay and remain longer in prison. It generates confusion and distrust in justice but also damages to the prisoners that they should not bear. As a new topic, the author wants to analyze the legal reserve in order to find out if the state administration is expected to act compensating damages according to articles 121 or 106 of the Spanish constitution.

Keywords: conviction calculation, penitentiary error, miscarriage of justice, abnormal functioning of the Administration, asset liability.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS CÁLCULOS DE LAS FECHAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS EN NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL.
 1. La «liquidación de condena».

2. La «hoja de cálculo penitenciaria».

- A) Criterios generales.
- B) La forma concreta de practicar los cálculos penitenciarios.
 - a) Concurrencia de causas acumuladas y causas refundidas.
 - b) Si concurren causas del Código Penal de 1973 con otras del Código Penal de 1995.
 - c) Si concurren causas preventivas y penadas.
 - d) Cuando concurren penas y medidas de seguridad privativas de libertad.
 - e) Cuando concurren penas de distinta naturaleza.

III. EL SUSTENTO JURÍDICO DEL «ERROR PENITENCIARIO» EN EL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

1. Sustento jurídico en el artículo 121 de la Constitución Española.

- A) El supuesto indemnizatorio del «error judicial».
- B) El supuesto indemnizatorio del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia».

2. Sustento jurídico en el artículo 106.2 de la Constitución Española.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Así como sobre el «error judicial» existe un amplio cuerpo de doctrina y jurisprudencia, no podemos decir lo mismo sobre el «error penitenciario», que ni siquiera existe como tal categoría jurídica autónoma. El «error penitenciario» lo podemos definir como el desacierto cometido por la Administración penitenciaria durante la ejecución de la condena, como consecuencia de un cálculo incorrecto de los períodos de extinción de la pena, en perjuicio del recluso, que le suponen a éste un mayor tiempo de estancia en prisión del debido.

El ingreso o la permanencia indebida de una persona en prisión puede deberse a tres circunstancias que determinan, todas ellas, una injusta privación de libertad y que, en concreto, son:

- a) Cuando se decreta la prisión preventiva de una persona, que posteriormente es seguida de una sentencia absolutoria.
- b) Cuando se ejecuta una condena impuesta que posteriormente es anulada.
- c) Cuando se mantiene en prisión a una persona más tiempo del que le corresponde por un cálculo incorrecto de los períodos de extinción de la pena —cuentas penitenciarias mal hechas—. Es en este último supuesto donde tendría cabida el que hemos denominado «error penitenciario».

Ciertamente, en los tres supuestos aludidos existe una identidad de resultado, pues en todos ellos existe una privación injusta de libertad. En los tres casos la consecuencia

jurídica es la posible responsabilidad patrimonial del Estado por los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado, pero así como en los dos primeros casos está claro su encaje jurídico en el artículo 121 de la Constitución Española (CE), que previene que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

En el tercer supuesto —error penitenciario— no existe un criterio jurídico uniforme sobre si en este supuesto tiene también su sustento jurídico en el artículo 121 CE, o debemos acudir al artículo 106.2 CE, que previene que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

El encaje jurídico en uno u otro de los preceptos constitucionales referidos determinará que la exigencia de una posible responsabilidad patrimonial se pueda hacer, bien ante la Administración de Justicia, bien ante la Administración penitenciaria.

La dificultad de esta ubicación jurídica radica en la confusión que existe en cuestiones de ejecución penal, entre lo que es materia de ejecución de sentencia y lo que es materia de cumplimiento de pena y, por consiguiente, entre lo que es competencia judicial —artículo 117.3 CE— y lo que es competencia penitenciaria —artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)—.

Y es que en el internamiento de un condenado en un Centro Penitenciario confluyen tres actividades que se reparten de la siguiente forma:

Una primera actividad que le corresponde a los Jueces y Tribunales y consiste en hacer cumplir las penas privativas de libertad en la forma prevista por las leyes. Es la denominada ejecución de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad, que se configura como una actividad estrictamente jurisdiccional —artículo 117.3 CE—.

La segunda actividad es la protagonizada por la Administración penitenciaria a la que la ley encomienda materializar la retención y custodia de los penados, con la finalidad de lograr su reeducación y reinserción social. Es una actividad netamente administrativa.

La tercera, consistente en cuidar que la actividad de la institución penitenciaria sea respetuosa con los derechos e intereses de los internos y en vigilar que dicha actividad se desarrolle en los estrictos términos fijados por la ley que la regula, sometiéndose a los fines que le son asignados por ésta. Es la actividad que se denomina control jurisdiccional de la actividad penitenciaria y que corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

En este reparto de funciones y, por lo que afecta al objeto de este trabajo, los cálculos de los períodos de extinción de la pena o penas impuestas al condenado —el *quantum* de la pena— corresponde determinarlos a la Administración penitenciaria, pero la aprobación de estos cálculos y la decisión final sobre la libertad del penado le corresponde decidirlo a los Jueces y Tribunales. La libertad condicional, a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la libertad definitiva a los Juzgados y Tribunales sentenciadores.

Es en este reparto competencial donde radica el problema a la hora de determinar la vía que ha de seguir el penado para exigir la posible indemnización patrimonial que pu-

diera derivarse de un error en los cálculos que afectan al *quantum* de la condena a cumplir y que conlleve su permanencia indebida en prisión por un tiempo superior al que debería corresponderle.

II. LOS CÁLCULOS DE LAS FECHAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS EN NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL

Las normas que tienen que ver con la ejecución de las sentencias son, desgraciadamente, las más oscuras e incompletas de nuestro sistema jurídico de ejecución penal, lo que indica hasta qué punto nuestra cultura jurídica le da mucha importancia al dictado de la sentencia y muy poca a su ejecución. Pero si hay alguna institución en la ejecución penal, especialmente oscura, ésa es la liquidación de condena. La ausencia, no sólo de procedimiento para su elaboración, sino también de criterio para llevarla a cabo y de su seguimiento y control, convierten a esta institución en la más compleja de nuestro sistema de ejecución penal, en los términos que tendremos ocasión de comprobar en este trabajo⁽¹⁾.

1. La «liquidación de condena»

Ante la falta de una regulación expresa de la liquidación de condena en nuestro ordenamiento jurídico —ni en la normativa procesal ni en la normativa penitenciaria⁽²⁾— podemos definirla como el certificado que expide el secretario del Tribunal sentenciador que detalla el cómputo de la duración de la pena impuesta en sentencia firme. En dicho certificado consta: el número de la causa, juzgado instructor, nombre del penado, delito, pena, posibles rebajas por indulto si lo hubiera, abonos de prisión preventiva y fechas de inicio y extinción de la condena.

El tiempo efectivo de cumplimiento que se refleja en este documento parte de la condena total impuesta en la sentencia de la que hay que deducir los días de detención policial y los de prisión preventiva. El cómputo se hace en días, contando los meses por 30 días y los años por 365 días⁽³⁾.

(1) Diferente es la situación en la normativa procesal militar, donde la LO 2/1989, de 13 de abril, procesal militar regula en su artículo 349 la liquidación de condena, estableciendo que «En todos los casos en que la pena impuesta sea de privación de libertad, se practicará por el Secretario del Tribunal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se reciba el procedimiento, una liquidación de condena que comprenderá los siguientes extremos: a) Fecha en que el reo fue detenido o constituido en prisión. b) Fecha en que se hizo ejecutoria la sentencia. c) Tiempo que le fuera de abono por haber estado en prisión preventiva o atenuada, detenido o arrestado por los mismos hechos. d) Duración de la condena. e) Tiempo que le fuera de abono, en su caso, por indulto. f) Tiempo que le restare por cumplir, después de deducido el abono, y día en que dejase extinguida su condena, con indicación, si es militar, de si ha de volver o no al Ejército. Si tuviere que cumplir previamente otras condenas, no se señalará el día de extinción. Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes: 1. Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días. 2. Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días».

(2) Las únicas referencias las encontramos en algunos artículos del Reglamento Penitenciario (RP): el artículo 16.3 relativo a la presentación voluntaria en un centro penitenciario, el artículo 24.2 que regula la propuesta de libertad definitiva de los penados y en el artículo 195 que detalla la documentación que debe contener un expediente de libertad condicional.

(3) Consulta 2/1989, de 26 de abril, de la Fiscalía General del Estado.

Practicada, de esta forma, la liquidación de condena se da traslado de ésta al Ministerio Fiscal, para informe y, una vez devueltas las actuaciones, al órgano judicial para su aprobación, generalmente por auto, aunque cabe la posibilidad de su aprobación mediante providencia. Una vez aprobada se remite al Centro penitenciario para constancia en el expediente penitenciario del interno y recibida en éste sobre dicha «liquidación de condena» se procede a practicar «la hoja de cálculo penitenciaria», en los términos que veremos a continuación.

Cada pena impuesta exige una liquidación individualizada. Si el penado se encuentra en prisión, la condena comienza a cumplirse desde la firmeza de la sentencia, que será facilitada por el Juzgado o Tribunal. Si el reo no está preso, la fecha de inicio será el día en que ingrese en la cárcel, computándose tanto el día de entrada como el de salida, independientemente de la hora a la que se produzca (artículo 38 del Código Penal —CP—)⁽⁴⁾.

2. La «hoja de cálculo penitenciaria»

A) *Criterios generales*

La «hoja de cálculo penitenciaria» es el documento que se elabora en las tradicionales «Oficinas de Régimen» de los Centros Penitenciarios, (actuales oficinas de Gestión) que están configuradas como uno de los puntos neurálgicos de la actuación administrativa penitenciaria, al gestionarse en ellas los aspectos propios y más importantes de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta «hoja de cálculo» contiene, como su nombre indica, los cálculos de las distintas fechas de repercusión penitenciaria que, en concreto, son: la 1/4 parte, la mitad, las 2/3 partes, las 3/4 partes, las 4/5 partes, las 7/8 partes y las 4/4 partes de la condena o condenas impuestas en la sentencia.

El cálculo de cada una de estas fechas se hace con distintas finalidades y objetivos. De esta forma, el cálculo de 1/4 parte de la condena se hace para determinar el requisito objetivo para el disfrute de permisos ordinarios de salida por el interno (artículo 154 RP) y para el disfrute de salidas programadas (artículo 114 RP); así mismo supone uno de los casos especiales del artículo 104.3 RP, para que un interno pueda ser clasificado en tercer grado de tratamiento, para los desplazamientos por sus propios medios de internos en segundo grado de tratamiento (artículo 37.1 RP) y para la concesión de permisos en régimen de autogobierno para consulta o ingreso hospitalario (artículo 155.5 RP). El cálculo de la mitad de la condena se hace para determinar el requisito para la revisión de la clasificación por la Central Penitenciaria de Observación (artículos 65.4 LOGP y 105.3 RP), la clasificación en tercer grado de condenados a penas de prisión superiores a cinco años —período de seguridad (artículo 36.2 CP)— y como límite para el adelantamiento cualificado de la libertad condicional (artículo 91.2 CP). El cálculo de la fecha de las 2/3 partes de la condena tiene importancia a efectos de proponer, de darse, también, el resto de requisitos exigidos, el beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional del artículo 205 RP. El cálculo de la fecha de las 3/4 partes de condena es requisito objetivo, según el Código Penal, para el disfrute de la libertad condicional, de darse el resto de requisitos enumerados

(4) Véase Instrucción 1/2005 DGIP.

en el precepto, también conforme al artículo 89 del mismo texto legal para que los internos extranjeros puedan ser expulsados del territorio nacional. El cálculo de la fecha de las 4/5 partes de la condena es requisito para el acceso al tercer grado penitenciario (artículo 78.3 CP) para los delitos de terrorismo y/o delincuencia organizada cuando se trate de condenas acumuladas jurídicamente conforme a lo establecido en el artículo 76.2 CP. El cálculo de la fecha de las 7/8 partes de la condena es requisito para el acceso a la libertad condicional (artículo 78.3 CP) para los delitos de terrorismo y/o delincuencia organizada, cuando se trate de condenas acumuladas jurídicamente conforme a lo establecido en el artículo 76.2 CP. Por último, el cálculo de fecha de las 4/4 partes de la condena supone la fecha de licencia-miento definitivo del interno⁽⁵⁾.

B) La forma concreta de practicar los cálculos penitenciarios

La cuestión de las «cuentas penitenciarias» es relativamente sencilla si se trata de una sola condena y durante su ejecución no se presenta incidencia alguna, pues en este caso, conforme al modelo de cumplimiento previsto en nuestro ordenamiento penitenciario, sobre dicha condena procede el cálculo de las fechas a las que hemos hecho referencia. Son, especialmente, importantes aquellos cálculos que suponen la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento, es decir, la libertad condicional y los beneficios penitenciarios otorgados por la ley que suponen acortamiento de ésta, en los términos expresados en el artículo 36.1 del Código Penal⁽⁶⁾.

Sin embargo, esta situación se empieza a complicar en cuanto aumenta el número de condenas a cumplir por el penado y además se añaden circunstancias especiales durante su ejecución, como pueden ser entre otras:

La concurrencia de causas acumuladas y causas refundidas.

La concurrencia de causas del Código Penal de 1993 y del Código Penal de 1995.

La concurrencia de causas preventivas y penadas.

La concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

La concurrencia de penas de distinta naturaleza.

(5) Aunque el «error penitenciario» se puede producir en el cálculo de todas y cada una de las fechas a las que hemos hecho referencia, solamente la relativa a la fecha de las 4/4 supondría una privación indebida de libertad, siempre y cuando perjudicara al penado.

(6) El Reglamento penitenciario en su artículo 202 alude a beneficios penitenciarios: «aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento», enumerando, explícitamente, como tales beneficios penitenciarios: el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular. Por tanto, el concepto de beneficio penitenciario tiene como efectos, tanto reducir la duración de la condena impuesta en sentencia firme, como reducir el tiempo efectivo de internamiento. Al primero de los efectos va referido el indulto particular del artículo 206 RP, pues el tiempo indultado se rebajará de la pena total impuesta. Al segundo, se refiere el beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional, tanto el denominado adelantamiento ordinario, que tiene lugar a las 2/3 partes del cumplimiento de la condena, como el adelantamiento privilegiado de hasta 90 días por cada año efectivo de cumplimiento a partir de la mitad de la condena en los términos regulados en los artículos 90 a 93 del Código Penal y 192 al 201 del Reglamento penitenciario (RP). Este adelantamiento privilegiado que se produce sobre las 2/3 partes del adelantamiento ordinario supone reducir el *quantum* de la condena impuesta a su mitad, v.g. de una pena de veinte años se cumplirían de forma efectiva unos diez años.

a) Concurrencia de causas acumuladas y causas refundidas

La primera de las circunstancias que dificulta el cálculo de las fechas de repercusión penitenciaria es la habitual confusión que existe en los Juzgados y Tribunales entre los conceptos jurídicos de «acumulación jurídica» regulada por el artículo 76.2 del Código Penal de 1995, y de «refundición de penas» regulada en el Reglamento Penitenciario, lo que conlleva a que, en reiteradas ocasiones, dichos Juzgados y Tribunales entiendan que las condenas que no son acumulables tampoco son refundibles, o viceversa.

Para clarificar, debidamente, estos dos conceptos jurídicos —acumulación y refundición— es preciso, en primer lugar, diferenciar la fase de la imposición de la pena de la fase de ejecución de aquélla.

Por lo que se refiere a la imposición de la pena, nuestro Código penal vigente instaura un sistema de determinación de ésta bajo el denominado concurso real de delitos que se fundamenta en dos ideas:

La «acumulación material» del artículo 73 CP. Se trata de una simple acumulación aritmética de las penas de la misma especie.

La «acumulación jurídica» del artículo 76.2 CP 1995. Se trata de una limitación de la duración de la pena que corresponde imponer⁽⁷⁾. A este respecto y, cuando concurra la exigencia de la «conexidad», el citado artículo 76.2 CP establece dos tipos de limitaciones de la pena a imponer:

- Un límite relativo, por razones de política criminal, que es el triplo de la pena más grave.
- Un límite absoluto, fundado en razones humanitarias y de proscripción de las penas inhumanas o degradantes —artículo 15 CE— que previene una duración máxima de la pena, que es la ordinaria de 20 años, o las extraordinarias de 25 años; 30 y/o 40 años para los casos de delitos más graves.

En consonancia con las dos posibilidades que admite la imposición de la pena, por lo que se refiere a su ejecución, la normativa admite también otras dos:

Si las penas están «acumuladas materialmente». Si no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se cumplirán de forma sucesiva por el orden de su gravedad (artículo 75 CP). La forma de este cumplimiento sucesivo es la prevista en el artículo 193.2.^a RP, que establece que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional...». Esta forma de ejecución es la que se conoce con el nombre de «refundición de condenas».

El citado precepto reglamentario no hace sino desarrollar el sistema de «individualización científica» propio de nuestro modelo de ejecución penal, porque su correcta aplicación sólo es posible si se opera con una pena global. La inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución es requisito indispensable para el tratamiento penitenciario,

(7) Dado que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador ha diseñado un sistema de limitaciones temporales para la imposición de las diversas penas al mismo culpable.

que se predica de la persona concreta y no de la condena que cumple, pues sería absurdo clasificar y tratar penitenciarmente al penado atendiendo a sus responsabilidades penales por separado —no cabe configurar el tratamiento penitenciario sucesivamente según la pena de cuyo cumplimiento se trate en un momento determinado—. A estas razones doctrinales contra tal proceder se sumarían otras de orden práctico, el condenado iría abandonando y regresando al establecimiento penitenciario de acuerdo con la obtención de la libertad en cada una de las penas impuestas, cosa que no parece razonable. Esta unidad de ejecución de las penas se establece tomando como fecha de inicio de cumplimiento la de la primera responsabilidad y como fecha de licenciamiento la prevista en la última. La «refundición de condenas» es aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a propuesta del Centro penitenciario donde cumpla dichas condenas el penado.

Si las penas estuvieran «acumuladas jurídicamente». La regla general está establecida en el artículo 78 CP, que fija el siguiente criterio de ejecución⁽⁸⁾:

Si la condena a imponer en la acumulación jurídica resulta inferior a la mitad de la suma de la condenas, el Juez o Tribunal acordará con carácter facultativo, si se trata del límite absoluto ordinario (20 años) y con carácter obligatorio, si se trata del límite absoluto extraordinario (25, 30, 40 años) que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, se calculen sobre la totalidad de la condena. Excepcionalmente, cuando exista un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar el régimen general de acumulación. En casos de delitos de terrorismo y delincuencia organizada, el régimen general de acumulación sólo será aplicable al 3.º grado cuando quede por cumplir 1/5 parte del límite máximo y a la libertad condicional cuando reste 1/8 parte del límite máximo.

El artículo 78 CP contempla, de este modo, dos supuestos, según que por aplicación de los límites jurídicos establecidos en el artículo 76 CP, para los casos de concurso real —triple de la pena más grave y en todo caso veinte, veinticinco, treinta y/o cuarenta años— la pena resultante sea inferior o superior a la mitad de la suma total aritmética de las penas impuestas. En este segundo caso, a su vez y en relación a la aplicación durante la fase de ejecución penitenciaria de determinados beneficios penitenciarios y medidas de acortamiento de la condena efectiva, se distingue según se trate del límite absoluto ordinario (20 años) o del extraordinario (25, 30 y/o 40 años). En el caso del límite absoluto ordinario los beneficios penitenciarios se pueden aplicar a criterio del Juez o Tribunal, facultativamente, sobre dicho límite o sobre la totalidad de la condena. Sin embargo, en el caso de los límites extraordinarios los beneficios penitenciarios deben ser aplicados, obligatoriamente, sobre la totalidad de la condena, salvo que el Juez de Vigilancia acuerde, tras valorar la existencia de un pronóstico de reinserción favorable, la aplicación del régimen general, lo que supondrá que los referidos beneficios penitenciarios operarán sobre el límite absoluto que corresponda (25, 30 y/o 40 años).

Los efectos que produce la posibilidad de aplicar o no el régimen general de ejecución lo podemos comprobar con un ejemplo gráfico. Un sujeto condenado a varias penas que

(8) Especialmente, tras la reforma del Código Penal por la LO 7/2003.

suman un total de cuatrocientos años de prisión y cuyo límite concursal absoluto sea el de 40 años [artículo 76.1.c) CP].

- a) Si se aplica el régimen específico del artículo 78 CP. Los beneficios penitenciarios se aplicarían sobre la totalidad de la condena, por lo que el interno podrá obtener: los permisos de salida (1/4 de la totalidad de la condena) a los 100 años, el tercer grado (1/2 de la totalidad de la condena) a los 200 años, la libertad condicional (3/4 de la totalidad de la condena) a los 300 años y la libertad definitiva (4/4 de la totalidad de la condena de 400 años) a los 40 años (límite absoluto)⁽⁹⁾.
- b) Si se aplica el régimen general. Los beneficios penitenciarios se aplican sobre el límite absoluto (40 años), por lo que el interno podrá obtener: los permisos de salida (1/4 de la condena) a los 10 años, el tercer grado: en los delitos comunes (1/2 de la condena) a los 20 años y en los delitos de terrorismo y delincuencia organizada (4/5 de la condena) a los 32 años, la libertad condicional: en los delitos comunes (3/4 de la condena) a los 30 años y en los delitos de terrorismo y delincuencia organizada (7/8 de la condena) a los 35 años y la libertad definitiva (4/4 de la condena) a los 40 años.

Como podemos comprobar, en el caso de que se aplique el régimen específico del artículo 78 CP, no existe posibilidad alguna de obtener los beneficios penitenciarios que suponen el acortamiento de la estancia en prisión, cosa que no ocurre si se aplica el régimen general, que, aunque de forma muy limitada, sí sería posible la obtención de alguno de los beneficios previstos en la normativa penitenciaria.

- b) Si concurren causas del Código Penal de 1973 con otras del Código Penal de 1995

La situación a la hora de hacer las «cuentas penitenciarias» se complica aún más cuando concurren en un mismo penado causas de uno y otro Código —CP 1973 y CP 1985— pues al diferente régimen de ejecución que supone la acumulación jurídica en uno u otro de los referidos Códigos, hay que añadir también el diferente régimen jurídico que supone la «refundición», dada la posibilidad de aplicar el beneficio penitenciario de la «redención de penas por el trabajo» en las penas que se cumplen por el Código Penal de 1973, posibilidad que no se admite en el Código Penal de 1995⁽¹⁰⁾.

(9) Como se puede apreciar, la aplicación estricta del artículo 78 CP llega a impedir, materialmente, el disfrute de cualquier beneficio penitenciario, ya que sus límites superan el tiempo máximo de estancia en prisión fijado por la ley en cuarenta años.

(10) La redención de penas por el trabajo fue establecida por un Decreto de 28 de mayo de 1937, concedido para paliar los efectos de la guerra civil española y aplicable a los prisioneros de guerra y a los condenados por delitos no comunes. Por Orden de 7 de octubre de 1938 se creó el Patronato Central para la redención de penas por el trabajo y se otorga eficacia redentora a ese trabajo: dos días de condena por cada uno de trabajo. Por Decreto de 9 de julio de 1949 se regula la conexión de la redención de penas con la libertad condicional y se amplía el beneficio a los penados que realicen un trabajo intelectual y a personas que, como mujeres lactantes, no pueden trabajar. El Código Penal de 1944 incorpora la redención de penas por el trabajo y como consecuencia también los Reglamentos de Prisiones de 1948 y 1956. La reforma del Código Penal de 1963 amplió considerablemente la aplicación de este beneficio al suprimir el requisito de «no haber disfrutado del mismo en condenas anteriores», y, por otra parte, al suprimir la referencia a «carecer de peligrosidad social», requisito exigido para su concesión en el Código anterior. Finalmente, el Código establece que la no concesión o la suspensión del beneficio tendrá lugar, no por mala conducta sino por «reiterada mala conducta». La nor-

Empecemos por la primera dificultad —la concurrencia en un mismo sujeto de penas de uno y otro Código cuando estén acumuladas jurídicamente—.

- Si las penas son del Código Penal de 1995. La regla de su ejecución es la regulada en el artículo 78 CP, en los términos que ya hemos visto.
- Si las penas son del Código Penal de 1993. La jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre había mantenido el criterio de que la pena resultante de la acumulación jurídica era una pena nueva y autónoma, por tanto, sobre ella deberían operar todos los beneficios penitenciarios que supongan una reducción de ésta. De esta forma, los reclusos cuyas condenas excedieran de los límites máximos —30 años— y obtuvieran la acumulación jurídica de todas ellas, la pena resultante se convertía en una sola y de ella se descontaban los beneficios penitenciarios. De forma que, en la práctica, una pena de incluso cientos de años quedaba reducida al límite máximo de 30 años y sobre este límite se aplicaban los beneficios penitenciarios, quedando acortada la estancia en prisión considerablemente.

Esta práctica se modificó con la Sentencia del Tribunal Supremo —STS— 197/2006, de 28 de febrero (la conocida como doctrina Parot) que cambió radicalmente el criterio existente sobre la acumulación jurídica, hasta ese momento. La interpretación novedosa de esta sentencia es que los límites absolutos del artículo 70.2 CP (la sentencia hace referencia al CP de 1973) no se convierten en una nueva pena, como hasta ahora, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni, por consiguiente, en otra distinta y resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un Centro penitenciario. Es decir, que la operación de la acumulación jurídica no constituye una «novación» que compendia todo en uno. La acumulación jurídica sólo sirve para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo —30 años—.

Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares penitenciarios que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho por separado y de la siguiente forma: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo, una vez extinguida la primera se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente y, así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en el Código Penal —30 años en el CP 1973—. Llegados a este estadio se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

La diferencia en la práctica es considerable, de tal forma que si antes de la «doctrina Parot» una condena de cientos de años, por mor de la acumulación jurídica, podía quedar reducida en torno a unos 15 años de estancia efectiva en prisión, en esos mismos casos con la «doctrina Parot», el penado tiene que cumplir 30 años efectivos de condena en prisión antes de obtener la libertad.

En cuanto a la segunda dificultad —la concurrencia en un mismo sujeto de penas de uno y otro Código cuando estén refundidas—.

mativa de la redención de penas por el trabajo viene recogida en el artículo 100 del Código Penal de 1973 (modificado por la Ley Orgánica 8/1983) y en los artículos 65 a 73 del Reglamento de 1956, declarados vigentes por la disposición transitoria segunda del vigente Reglamento.

La solución a la posibilidad de que las penas impuestas conforme al CP 1973 se puedan reducir por la aplicación del beneficio de la «redención» y no ocurra lo mismo con las penas impuestas conforme al CP 1995, aparece regulada en la Disposición Transitoria Primera del Reglamento Penitenciario, que recoge normas de derecho transitorio sobre este beneficio de la redención de penas por el trabajo. En concreto, es en el apartado núm. 5 de la referida DT donde se establecen una serie de reglas para computar las tres cuartas partes de la condena u otros plazos con efectos legales⁽¹¹⁾.

De la atenta lectura de estas reglas observaremos que no son nada fáciles de interpretar y mucho menos de trasladar a un programa informático que haga los cálculos correspondientes.

c) Si concurren causas preventivas y penadas

Aunque al aplicar el artículo 58 del Código Penal se entendió, inicialmente, que no había más prisión preventiva abonable que la sufrida en el proceso a que la sentencia se refería, con posterioridad, se consideró abonable también en una causa distinta el tiempo de prisión preventiva sufrido en otra, bien por el exceso respecto de la pena impuesta en ella, bien por haber recaído sentencia absolutoria, con la limitación de que las causas hubiesen estado en coincidente tramitación para no generar en quien tuviera a su favor un tiempo de prisión preventiva sobrante un «crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena»⁽¹²⁾ —un cheque en blanco—. En todo caso, nunca se computaba la prisión preventiva acordada en una causa contra quien ya en ese momento estaba cumpliendo otra efectiva condena de privación de libertad, porque se entendía que a su privación por condena nada añadía la medida cautelar practicada simultáneamente en causa diferente.

Esta valoración fue rectificada por nuestro Tribunal Constitucional al entender que la simultaneidad no impide apreciar que la medida cautelar, desde la perspectiva de la efectiva privación de libertad soportada, supone una verdadera agravación de la situación del penado, que durante ese tiempo se ve privado de los derechos, beneficios y recompensas penitenciarias que le serían propios como penado que cumple condena y de los que queda privado durante el tiempo de la prisión provisional. Ese verdadero plus o agravación real de su situación en el tiempo de la preventiva prisión coincidente con la privación de libertad como pena impuesta en otra causa no es compatible con considerar irrelevante, a efectos de su cómputo liquidatorio, el tiempo de prisión provisional; y de ahí que pueda y deba

(11) «... 1.ª Se sumarán todas las penas de prisión, con independencia de que correspondan a uno u otro Código, de tal manera que la suma de las mismas será considerada como una sola pena. De la suma parcial de las penas cuya ejecución se rija por el Código derogado se rebajarán los días de redención concedidos al interno. 2.ª En los casos en que el interno esté condenado a varias penas, de las cuales unas se rijan por el Código derogado y otras por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y resultasen de aplicación las reglas penales de acumulación de condenas previstas en el artículo 70.2 del Código derogado o en el artículo 76.2 de la citada Ley Orgánica 10/1995, para la ejecución de la pena resultante se estará a lo que disponga el Juez o Tribunal, en orden al sometimiento de la ejecución a las normas de uno u otro Código. En consecuencia, para las condenas impuestas conforme al CP'73 en cumplimiento, subsiste la redención de penas por el trabajo, y la normativa formalmente derogada en la Disposición Derogatoria Única del CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, sigue vigente a esos efectos».

(12) SSTs de 15 de enero de 1991 y 23 de marzo de 1998.

computarse para restarse en la pena impuesta, aunque aquélla se sufriera durante el tiempo de cumplimiento de una pena de prisión en otra causa⁽¹³⁾.

Es decir, lo que declaró el Tribunal Constitucional fue que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión en una prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva.

La reciente modificación del artículo 58 del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, deja resuelta, en cierta medida, esta problemática, salvo cuestiones relativas a los efectos de la retroactividad de esta norma.

d) Cuando concurren penas y medidas de seguridad privativas de libertad

Las medidas de seguridad constituyen la respuesta que el ordenamiento penal otorga para quien ha cometido un delito sin entender lo que hace o sin tener voluntad de hacerlo por la anulación de sus facultades psíquicas; éstas constituyen, junto con las penas, una de las consecuencias principales del delito. Frente al principio de culpabilidad que inspira en nuestro ordenamiento penal la imposición de las penas, el fundamento de las medidas de seguridad no se asienta en dicha culpabilidad, de la que carece el autor del hecho punible, sino en la peligrosidad de aquél, entendida en la razonable probabilidad de comisión de nuevos hechos delictivos, es decir, en la posibilidad de que el delincuente que ha delinquido pueda volver a hacerlo.

Cuando a un sujeto se le declara inimputable por la apreciación de una eximente completa, sólo se le puede aplicar una medida de seguridad. Sin embargo, si concurre una eximente incompleta el Juez puede aplicar la pena más la medida de seguridad. En este caso, primero se cumple la medida de seguridad computándose el tiempo de cumplimiento de ésta con el de la pena —sistema vicarial—⁽¹⁴⁾.

El sistema que, aparentemente, es sencillo se complica en cuanto el penado tenga varias causas, en las que en unas aparezca condenado como imputable —tendrá que cumplir una pena— en otras causas aparezca condenado como inimputable —tendrá que cumplir una medida de seguridad— y en otras aparezca condenado como semi-inimputable —tendrá que cumplir pena y medida de seguridad—. El principio de ejecución única, al que hemos hecho referencia anteriormente, supone que todas las penas y todas las medidas de seguridad se ejecutan en una misma unidad de tiempo, lo que genera verdaderas dificultades interpretativas de los momentos que de ese tiempo único corresponde a las penas y los tiempos que corresponderían a las medidas, cuando dicho tiempo no es concurrente —sistema vicarial—, máxime cuando en muchos casos las medidas de seguridad privativas de libertad se cumplen, indebidamente, en los mismos Centros penitenciarios ordinarios que se cumplen las penas y no en los centros especiales donde deberían cumplirse —centros psiquiátricos penitenciarios, centros de deshabituación y centros educativos especiales—⁽¹⁵⁾.

(13) STC 57/2008.

(14) El Juez, para evitar males mayores, podría dejar en suspenso la pena que reste en los términos que establece el artículo 99 CP.

(15) *Vid.* Título VII del Reglamento Penitenciario «Formas especiales de ejecución».

e) Cuando concurren penas de distinta naturaleza

Las penas de distinta naturaleza que sean susceptibles de cumplimiento simultáneo no plantean problemas de cara a su ejecución —pena privativa de libertad y pena de multa—, pero sí presentan algunos problemas aquellas penas que no admitan tal simultaneidad para las cuales el artículo 75 CP prevé su cumplimiento sucesivo por orden de gravedad. Sin embargo, existe una pena, que, pudiendo ser su ejecución simultánea con la pena privativa de libertad, se puede convertir en incompatible con ella misma. Se trata de la pena de «responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa» del artículo 53 CP, que siendo inicialmente una pena pecuniaria, si no se paga la cuantía económica se convierte en pena privativa de libertad y como, además, se puede pagar en cualquier momento e incluso de forma fraccionada, su ejecución se convierte en simultánea o incompatible, dependiendo de la efectividad de esos pagos. Esta circunstancia trastoca, enormemente, las cuentas penitenciarias, pues obliga a tratar a esta pena, en los cálculos de las cuentas penitenciarias, de forma separada de las otras privativas de libertad con las que concurre, lo que, sin duda, perjudica los intereses del penado que ve prolongada su estancia en prisión más tiempo del que debería corresponderle si los cálculos para determinar las fechas de extinción de las condenas se hicieran conjuntamente.

A todas las dificultades vistas, hasta ahora, para elaborar las «cuentas penitenciarias» hay que añadir aquellas procedentes de las múltiples incidencias que se pueden presentar durante la ejecución de las condenas, entre ellas, podríamos citar: la falta de reingreso en prisión tras un permiso penitenciario con condena o absolución por delito de quebrantamiento, una posible extradición por una o varias de las condenas que se están cumpliendo, condenas que son cumplidas en su integridad, pero, posteriormente, son anuladas y abonado su cumplimiento a otras condenas, revocación de libertad condicional por detención respecto de un delito del cual se resulta condenado o absuelto, pérdida de la redención por mala conducta, concesión de redenciones extraordinarias, concesión de indulto total o parcial en alguna causa, etc.

Ante esta extraordinaria complejidad del expediente penitenciario a nadie le puede extrañar que, inevitablemente, se produzcan errores en los cálculos de las «cuentas penitenciarias», máxime cuando en el expediente del penado, que es lo habitual, intervienen varias Oficinas de gestión de distintos centros penitenciarios, varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y distintas Audiencias Provinciales, con distintos criterios interpretativos, así como otras instituciones, como son la Fiscalía, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo a las que el penado suele acudir solicitando amparo.

III. EL SUSTENTO JURÍDICO DEL «ERROR PENITENCIARIO» EN EL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El «error penitenciario» en la liquidación de condena se invoca en muy contadas ocasiones y, dada la extraordinaria complejidad de las «cuentas penitenciarias», en los términos que hemos visto, cuesta creer que los supuestos de estos errores se den en tan pocas oportunidades y, ciertamente, cuesta mucho más pensar que las Oficinas de gestión de los Centros

penitenciarios sean tan infalibles en sus cálculos⁽¹⁶⁾. Es de suponer que estos cálculos, como toda actividad realizada por personas, no están exentos de errores, por lo que podemos pensar dos cosas: que el procedimiento de liquidación de condena es prácticamente infalible, cosa que no parece creíble, a la vista de su complejidad, o que los posibles errores no se detectan por falta de control en el seguimiento de la ejecución de la sentencia, particularmente, me inclino por esta última alternativa, que parece más creíble.

En todo caso, si después de cumplir la totalidad de sus condenas, un recluso permanece en prisión, injustificadamente, durante más tiempo del debido, no deja lugar a dudas de que algo ha fallado en la ejecución penal. Si este «fallo» se debe a un «error penitenciario» en los cálculos de las fechas de la extinción de la condena, es preciso preguntarse cuál debe ser el sustento jurídico que dicho error puede tener en nuestro sistema legal de responsabilidad patrimonial para reclamar una posible indemnización por los daños y perjuicios sufridos por esa privación indebida de libertad⁽¹⁷⁾.

El sustento jurídico lo tenemos que buscar en la propia norma constitucional que regula el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños y perjuicios que pueda sufrir el administrado. El problema aparece a la hora de encajar el «error penitenciario» en uno u otro de los dos preceptos que regulan esta materia: en el artículo 106 CE con carácter general o en el artículo 121 CE con carácter especial.

1. Sustento jurídico en el artículo 121 de la Constitución Española

El artículo 121 de la Constitución Española previene que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». El legislador, en correspondencia con este precepto constitucional, incluyó en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (LOPJ) las correspondientes disposiciones —artículos 292 y siguientes— en las que, según han establecido la doctrina y la jurisprudencia, se diferencian dos supuestos indemnizatorios: el del «error judicial» y el del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia».

A) *El supuesto indemnizatorio del «error judicial»*

El «error judicial» supone la adopción de resoluciones judiciales no ajustadas a derecho, ya sea por la incorrecta aplicación de la norma jurídica o por la valoración equivocada de

(16) El Ministerio de Justicia registró en 2010 un total de 331 expedientes de ciudadanos injustamente privados de libertad por errores u omisiones judiciales. Se trata de víctimas de órdenes de busca y captura equivocadas que acaban con ciudadanos honrados en los calabozos policiales; de autos de prisión contra sospechosos que, tras meses presos, acaban absueltos; y, lo más grave, errores garrafales que llevan a la cárcel a personas inocentes. Actualmente, el Ministerio de Justicia tramita 29 casos de presos inocentes, otros 288 de personas que acabaron como preventivas entre rejas y luego fueron absueltas y otros 14 de detenidos por órdenes de captura equivocadas. Sin embargo, no se está tramitando ningún expediente por errores en los cálculos efectuados en las liquidaciones de condena que hayan supuesto una privación indebida de libertad.

(17) Es preciso indicar que el «error penitenciario», al que hemos definido como el desacierto cometido por la Administración penitenciaria durante la ejecución de la condena como consecuencia de un cálculo incorrecto de los

los hechos u omisión de los elementos de prueba que resulten esenciales⁽¹⁸⁾. Los daños indemnizables por «error judicial» son los causados en cualesquiera de los bienes o derechos de los afectados, salvo en los casos de fuerza mayor, que tengan su origen en los supuestos previstos en la LOPJ⁽¹⁹⁾. Es siempre imputable al Juez o Magistrado que en su actuación ha incurrido en el error.

Según reiterado criterio doctrinal y jurisprudencial para obtener del Estado el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un error judicial, éste ha de ser declarado por el Tribunal Supremo tras seguir las actuaciones procesales propias de un recurso de revisión interpuesto, o las del procedimiento alternativo a que se refiere el artículo 293 LOPJ. Es preciso tener en cuenta que tal declaración jurisdiccional es, en realidad, un elemento determinante para la eventual apreciación del supuesto de hecho al que se enlaza la consecuencia indemnizatoria, pudiendo ser concebido, propiamente, como un presupuesto material y no como un trámite procedimental más a cumplimentar en la sustanciación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, que sólo se tiene derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial, cuando este error haya sido declarado judicialmente y, a estos efectos, conforme al citado artículo 293 LOPJ⁽²⁰⁾.

Esta regulación normativa supone que el concepto de «error judicial» no comprende cualquier error, puesto que en el curso de las actuaciones legalmente previstas para sustanciar un proceso, continuamente, se hacen pronunciamientos jurisdiccionales que reconocen y declaran errores judiciales, sin que tales pronunciamientos tengan por sí eficacia para erigirse en presupuesto de un derecho a obtener indemnización a cargo del Estado⁽²¹⁾.

En cuanto a los errores en la liquidación de condena, dado que ésta exige de una interpretación compleja de normas procedimentales, en la que interviene de forma decisiva la Administración penitenciaria, pero que finalmente acaba aprobándose por resolución

períodos de extinción de aquélla, en perjuicio del recluso, que le supone un mayor tiempo de estancia en prisión del que le correspondería, debe cumplir con ciertas exigencias, ha de tratarse de un error en materia de liquidación de condena, debe ser involuntario y debe perjudicar al recluso.

(18) Dentro del «error judicial» podemos considerar la prisión preventiva indebida. El supuesto es aplicable a quienes hayan sufrido prisión preventiva y posteriormente sean absueltos, o se dicte auto de sobreseimiento libre, en ambos casos por inexistencia del hecho imputado, siempre que se les hayan causado perjuicios.

(19) En todo caso, el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas y deberá existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actuación del órgano judicial y el daño reclamado.

(20) Para la tramitación administrativa de las reclamaciones indemnizatorias por error judicial se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. La petición indemnizatoria deberá dirigirse al Ministerio de Justicia. La resolución que se dicte en el procedimiento pone fin a la vía administrativa; contra aquélla cabe interponer, con carácter potestativo, recurso de reposición, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo.

(21) Si se tiene presente que un proceso es un conjunto de actuaciones conducentes a un pronunciamiento judicial y que en su seno operan diversas garantías, se comprende racionalmente lo que es un dato empírico: todos los días los órganos judiciales estiman recursos contra resoluciones judiciales anteriores, corrigen o dejan sin efecto pronunciamientos de éstas y anulan actuaciones con el fundamento específico en cada caso apreciado, pero siendo un fundamento común y subyacente que las resoluciones o actuaciones impugnadas —corregidas, dejadas sin efecto o anuladas— sean erróneas.

judicial, de ser desacertada dicha liquidación de condena, podría determinar un supuesto de «error judicial», sólo cuando dicha confusión obedeciera a decisiones erróneas adoptadas por los Juzgados o Tribunales en el ejercicio de sus propias funciones jurisdiccionales, porque aunque dichos Juzgados o Tribunales sentenciadores no tienen por qué conocer la existencia de las vicisitudes de la ejecución de cada una de las condenas que cumple el penado, sin embargo son los únicos competentes para decidir sobre la ejecución de sus sentencias por lo que —por acción u omisión— les puede ser imputable directamente el exceso de condena que pueda estar un penado en la cárcel por el «error» en la elaboración de las cuentas penitenciarias.

Ahora bien, si los órganos judiciales hubiesen cumplido, en todo momento, la normativa aplicable y hubiesen sido movidos a confusión por erróneas liquidaciones de condena propuestas desde los Centros penitenciarios, ello podría dar lugar a un funcionamiento anormal de la Administración penitenciaria, del que podría deducirse una responsabilidad patrimonial imputable al Ministerio del Interior, en los términos que veremos más adelante.

En todo caso, hemos de decir que aunque sea evidente que el penado haya sufrido un perjuicio manifestado en el exceso de prisión resultante de la liquidación errónea de sus condenas, la posibilidad de que prospere la reclamación indemnizatoria por esta vía del «error judicial» es muy escasa, porque solamente la formal declaración de un «error judicial» lesivo habilita al afectado por un «error penitenciario» para reclamar una indemnización reparadora por esta vía. Y en un expediente penitenciario complejo en el que intervienen varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, varios Tribunales sentenciadores, tal y como está definido jurisprudencialmente el «error judicial», es muy difícil atribuir directamente el error a un órgano judicial determinado⁽²²⁾.

Por ello, ante posibles «fallos» en la liquidación de condena puede resultar más viable la reclamación patrimonial dentro del marco normativo del artículo 121 CE, por el segundo de los cauces previstos en el citado precepto constitucional —el «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»—.

B) El supuesto indemnizatorio del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»

El «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» se produce a consecuencia del funcionamiento irregular de los servicios judiciales que constituyen la estructura de esta Administración pública. El daño puede haber sido causado por todas las personas que intervienen en la tramitación del procedimiento, aunque, en todo caso, se debe acreditar el perjuicio y que éste se deba a un funcionamiento anormal, única posibilidad de obtener la vía indemnizatoria, al incluir la LOPJ la exigencia del carácter de «anormal» en el funcionamiento de dicha Administración de Justicia.

Frente a la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, consagrada constitucionalmente en el artículo 106.2 CE, que

(22) Aunque si existiera ese órgano jurisdiccional concreto al que imputar el daño producido por la permanencia indebida en prisión, podría apreciarse el supuesto de «error judicial».

exige para su reconocimiento, exclusivamente, haber sufrido un perjuicio que no se deba soportar y no imputable a la propia víctima, o causado por fuerza mayor, relacionado con el funcionamiento «normal» o «anormal» del servicio público, la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, recogida en el artículo 121 de la Constitución presupone, inexcusablemente, la acreditación de que se ha producido un funcionamiento «anormal» por parte de los Juzgados o Tribunales, o de sus órganos auxiliares o dependientes, en el desarrollo de los procedimientos judiciales⁽²³⁾.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que la viabilidad de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia —concepto distinto del de error judicial— requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos⁽²⁴⁾:

- a) La existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.
- b) Que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
- c) La concurrencia de la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado de tal manera que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración.
- d) Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio.

Además, para apreciar la existencia de este «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» es necesario que no sea consecuencia de una decisión judicial errónea, es decir, que no derive de un pronunciamiento emitido por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, tanto en la fijación y valoración de los hechos, como en la interpretación y aplicación del Derecho, ya que, en este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de «error judicial», al que ya hemos hecho referencia.

La posibilidad de atribuir los «fallos» en la liquidación de condena a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia lo podríamos sustentar en un déficit estructural de dicha Administración, que carece de mecanismos de control adecuados para que estos fallos no se produzcan, puesto que, a pesar de los esfuerzos que se han podido realizar, en este sentido, los Juzgados y Tribunales no tienen, hoy por hoy, acceso a todos los datos del sistema judicial que les permita conocer la existencia de todas las sentencias del penado y las vicisitudes de la ejecución de cada una de ellas, por lo que en infinidad de ocasiones desconocen los datos de las diferentes condenas que haya podido sufrir un mismo condenado en otros Juzgados y Tribunales, lo que de hecho interfiere en la ejecución de las sentencias, perjudicando notablemente a quien debe permanecer en prisión más tiempo del debido por estos «fallos» en el sistema estructural de la Administración de Justicia.

(23) La tramitación administrativa de las reclamaciones indemnizatorias por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se seguirá con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La petición indemnizatoria deberá dirigirse al Ministerio de Justicia. La resolución que se dicte en el procedimiento pone fin a la vía administrativa; contra ésta cabe interponer, con carácter potestativo, recurso de reposición, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo.

(24) Entre otras, en su Sentencia de 21 de enero de 1999.

2. Sustento jurídico en el artículo 106.2 de la Constitución Española

La responsabilidad patrimonial del artículo 106.2 CE, desarrollada legalmente en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, tiene un alcance general, comprendiendo todo tipo de actuaciones extracontractuales de la Administración, ya sean normativas, jurídicas o materiales y ya se trate de simples inactividades u omisiones. Se trata de un sistema unitario de Derecho administrativo que se aplica a todas las Administraciones públicas sin excepción y que protege por igual a todos los sujetos privados, garantizándoles un tratamiento patrimonial común ante dichas Administraciones.

Esta responsabilidad patrimonial de la Administración es directa. Los particulares tienen derecho a ser resarcidos directamente por la Administración, sin necesidad de reclamar ni de identificar de forma previa a la autoridad, funcionario, agente o empleado público cuya conducta culpable hubiese sido la causante del daño. Estamos en presencia de una responsabilidad objetiva o por el resultado, de donde se deduce que puede concurrir en su caso, con independencia y abstracción de que no exista culpa o actuación inadecuada por parte de la Administración.

Los elementos que deben concurrir en cada supuesto concreto en que se solicite responsabilidad patrimonial para que ésta se pueda hacer realmente efectiva por este cauce legal son los siguientes:

- a) El funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- b) El nexo causal entre la actuación administrativa y el daño ocasionado. Tiene que existir, obligatoriamente, una relación de causalidad, esto es, una conexión de causa o efecto. Quedan excluidos los casos de fuerza mayor.
- c) La lesión indemnizable. De acuerdo con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada a éste por la Ley 4/1999, de 13 de enero, «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».
- d) Elementos del daño: efectivo, evaluable e individualizado.

Concurriendo todos los anteriores requisitos surge la obligación de indemnizar por parte de la Administración. Y estos requisitos no hay duda que concurren cuando el penado haya sufrido un perjuicio manifestado en el exceso de prisión resultante de la liquidación errónea de sus condenas.

La posibilidad de atribuir los «fallos» en esta liquidación de condena a la Administración penitenciaria tendría su justificación cuando ella hubiera podido seguir criterios erróneos de interpretación, omisiones o negligencias en la dación de cuentas a los órganos judiciales de la situación de las «cuentas» del penado, que hubiesen movido a confusión a dichos órganos judiciales a la hora aprobar deficientes «cuentas» propuestas desde los Centros penitenciarios⁽²⁵⁾.

(25) Sentencia de 12 de noviembre de 2010 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria por el que hemos definido como «error penitenciario» sería un supuesto más de aquellos a los que dicha Administración pública ha de hacer frente, como son: los daños que sufran los internos en sus propiedades —pérdida de objetos depositados, deterioro de pertenencias en cacheos o traslados—, en su integridad física —lesiones, muertes por agresión, por suicidio, por accidente— daños causados por penados en libertad condicional, tercer grado penitenciario o en permiso penitenciario y también en daños sufridos en sus derechos e intereses legítimos —sanciones indebidas, denegación injustificada de beneficios, etc.—.

En todo caso, es preciso señalar que la reclamación de la posible responsabilidad patrimonial del Estado del «error penitenciario» por la vía del artículo 106.2 CE tiene algunas ventajas:

Frente a la vía del artículo 211 CE. En cuanto al cauce del «error judicial» no se exigiría la declaración previa del error por parte de órgano judicial alguno, que duplica la tramitación al exigir este procedimiento de un primer acceso a los órganos jurisdiccionales para la declaración de «error judicial» y un segundo acceso para la revisión de la resolución del Ministerio de Justicia, que cuantifica —si la estima— la solicitud de indemnización.

En cuanto al cauce del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», no habría que probar este funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se exige en este supuesto. Basta que se produzca un daño que no hay obligación de soportar para que exista el derecho a la indemnización patrimonial.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar las «cuentas penitenciarias» son, en la mayoría de los casos, extremadamente complejas, por lo que necesitan, obligadamente, de una labor interpretativa. Esta labor de interpretación debe ser judicial y no administrativa, al ser la ejecución penal competencia de los Jueces y Tribunales —artículo 117.3.2 CE—. No bastará, en ningún caso, con una decisión administrativa y, mucho menos, con el resultado de un programa informático, como el que actualmente tiene la Institución penitenciaria para el cálculo de estas fechas, que, por muy preciso que resulte, será siempre incapaz de abarcar todas las incidencias que se pueden presentar en el expediente de un penado durante la ejecución penal.

El control judicial de los cálculos de las fechas penitenciarias es un instrumento imprescindible para conseguir la idoneidad de la ejecución penal y esta función debería recaer en los Jueces de Vigilancia, dado que existe suficiente base legal para ello, y no en los Juzgados o Tribunales sentenciadores, que no pueden tener un conocimiento completo de esta materia de ejecución.

En todo caso, y más allá del encaje jurídico que el «error penitenciario» pueda tener en uno u otro de los cauces constitucionales referidos —artículos 121 y 106 CE— a la hora de la exigencia de una posible responsabilidad patrimonial, la importancia de un adecuado control judicial de la ejecución penal radica en el cúmulo de garantías que está llamado a proteger para evitar los agravios que, eventualmente, puedan sufrir los penados a conse-

cuencia de una resolución administrativa o judicial injustificadamente errónea. Estas garantías son tan importantes como el propio principio de legalidad, el derecho fundamental a la libertad personal y a la seguridad individual y, por supuesto, también a la igualdad ante la ley. Todas estas garantías se verían infringidas ante unos cálculos de extinción de la pena que le supusieran al afectado un tiempo indebido de estancia en prisión.

Revista de

Derecho Penal

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abono de prisión provisional:

STS 1060/2011, de 21 de octubre	204
---------------------------------------	-----

Abusos sexuales:

STC 174/2011, de 7 de noviembre	104
AAP Huesca 105/2011, de 25 de mayo	211

Acción civil:

Renuncia:

STS 1125/2011, de 2 de noviembre	207
--	-----

Apropiación indebida:

STS 434/2011, de 17 de mayo	128
STS 1077/2011, de 10 de octubre	187
STS 1092/2011, de 19 de octubre	202

Amenazas:

STS 1046/2011, de 6 de octubre	179
--------------------------------------	-----

Leves:

SAP Murcia 126/2011, de 17 de junio	222
---	-----

Asesinato:

STS 450/2011, de 18 de mayo	129
STS 809/2011, de 18 de julio	141

Terrorista:

STS 1055/2011, de 18 de octubre	198
---------------------------------------	-----

Atenuante:

Analógica:

SAP Valencia 507/2011, de 4 de octubre	225
--	-----

Auto de sobreseimiento:

AAP Segovia 73/2011, de 26 de mayo	211
--	-----

C

Circunstancia agravante de parentesco:

STS 1046/2011, de 6 de octubre	179
--------------------------------------	-----

Circunstancias modificativas:

STS 1029/2011, de 13 de octubre	193
---------------------------------------	-----

Cohecho:

STC 179/2011, de 21 de noviembre	110
--	-----

Condena en costas:

STS 1092/2011, de 19 de octubre	202
---------------------------------------	-----

Conducción alcohólica:

SAP Madrid 152/2011, de 2 de junio	219
--	-----

Conformidad:

STS 1077/2011, de 10 de octubre	187
---------------------------------------	-----

Conspiración:

STS 304/2011, de 19 de abril	125
------------------------------------	-----

Competencia. De jueces y tribunales:

STS 964/2011, de 27 de septiembre	159
---	-----

D

Daños:

Terroristas:

STS 865/2011, de 20 de julio	151
------------------------------------	-----

Declaraciones:

En sede policial:

STS 1055/2011, de 18 de octubre	198
---------------------------------------	-----

Delito contra el medio ambiente:

STS 1162/2011, de 8 de noviembre	208
--	-----

Delito contra la propiedad intelectual:

SAP Bilbao 530/2011, de 27 de septiembre	223
--	-----

Delito contra la seguridad de los trabajadores:

SAP Murcia 273/2011, de 25 de octubre	227
---	-----

Delitos conexos:

STS 942/2011, de 21 de septiembre	157
---	-----

Delitos contra la salud pública:

STS 608/2011, de 15 de junio	135
STS 776/2011, de 20 de julio	149

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

SAP Valencia 407/2011, de 31 de mayo	217
STS 1023/2011, de 5 de octubre	177

Derecho a la intimidad:

STC 173/2011, de 7 de noviembre	97
---------------------------------------	----

Descubrimiento y revelación de secretos:

SAP Valencia 507/2011, de 4 de octubre	225
--	-----

Detención:

Ilegal:

STS 1019/2011, de 4 de octubre	171
--------------------------------------	-----

Judicial:

STC 179/2011, de 21 de noviembre	110
STC 180/2011, de 21 de noviembre	113

Determinación de la pena:

STS 1029/2011, de 13 de octubre	193
---------------------------------------	-----

Desórdenes públicos:

STS 865/2011, de 20 de julio	151
------------------------------------	-----

Dilaciones indebidas:

STS 988/2011, de 30 de septiembre	168
---	-----

Dolo eventual:

STS 1014/2011, de 10 de octubre	186
---------------------------------------	-----

E

Ejecución de la pena:

AAP Zaragoza 253/2011, de 30 de mayo	217
--	-----

Entrada y registro:

STS 199/2011, de 30 de marzo	119
STS 386/2011, de 18 de abril	123

Entrega vigilada:

STS 273/2011, de 8 de abril	122
STS 776/2011, de 20 de julio	149

Establecimiento abierto al público:

STS 1022/2011, de 10 de octubre	182
---------------------------------------	-----

Estafa:

STS 964/2011, de 27 de septiembre	159
STS 1077/2011, de 10 de octubre	187
STS 1036/2011, de 17 de octubre	197
STS 1092/2011, de 19 de octubre	202

Euroorden:

STC 181/2011, de 21 de diciembre	116
--	-----

F

Falsedad documental:

STS 964/2011, de 27 de septiembre	159
---	-----

Falsificación de moneda:

STS 800/2011, de 19 de julio	145
STS 988/2011, de 30 de septiembre	168

H

Homicidio:

STS 1070/2011, de 13 de octubre	194
---------------------------------------	-----

I

Impago de pensiones alimenticias:

SAP Valladolid 178/2011, de 30 de mayo	215
--	-----

Imprudencia:

Grave:

SAP Murcia 273/2011, de 25 de octubre	227
---	-----

Indicios suficientes:

AAP Segovia 73/2011, de 26 de mayo	211
--	-----

Insolvencia punible:

STS 1077/2011, de 10 de octubre	187
---------------------------------------	-----

Intervenciones telefónicas:

STS 543/2011, de 15 de junio	133
------------------------------------	-----

J

Jurado:

STS 444/2011, de 4 de mayo	126
----------------------------------	-----

Jurisdicción militar:

STC 177/2011, de 8 de noviembre	108
---------------------------------------	-----

L

Lesiones:

STS 1014/2011, de 10 de octubre	186
SAP Valladolid 177/2011, de 30 de mayo	213

Imprudentes:

SAP Valencia 407/2011, de 31 de mayo	217
--	-----

M

Medida cautelar de alejamiento:

AAP Huesca 105/2011, de 25 de mayo	211
--	-----

Miedo insuperable:

STS 1046/2011, de 6 de octubre	179
--------------------------------------	-----

Motivación de la pena:

SAP Madrid 152/2011, de 2 de junio	219
--	-----

O

Organización criminal:

STS 750/2011, de 11 de julio	137
------------------------------------	-----

P

Pena privativa de libertad:

AAP Segovia 74/2011, de 26 de mayo	212
--	-----

Plazo:

Cómputo:

STC 180/2011, de 21 de noviembre	113
--	-----

Pornografía:

Infantil:

STC 173/2011, de 7 de noviembre	97
---------------------------------------	----

Presunción de inocencia:

STS 444/2011, de 4 de mayo	126
SAP Madrid 152/2011, de 2 de junio	219

Prevaricación:

STC 179/2011, de 21 de noviembre	110
--	-----

Principio acusatorio:

STS 1162/2011, de 8 de noviembre	208
--	-----

Prueba:

Descargo:

STS 434/2011, de 17 de mayo	128
-----------------------------------	-----

Ilícita:

STS 543/2011, de 15 de junio	133
------------------------------------	-----

Motivación:

STS 1019/2011, de 4 de octubre	171
--------------------------------------	-----

Pericial anticipada:

STS 608/2011, de 15 de junio	135
------------------------------------	-----

R

Refundición de condenas:

STS 1060/2011, de 21 de octubre	204
---------------------------------------	-----

Régimen de visitas:

AAP Valladolid 234/2011, de 30 de mayo	216
--	-----

Reincidencia:

STS 750/2011, de 11 de julio	137
------------------------------------	-----

Revisión de condena:

STS 983/2011, de 30 de septiembre	161
---	-----

Robo:

STS 450/2011, de 18 de mayo	129
-----------------------------------	-----

S

Sobreseimiento libre:

STS 903/2011, de 15 de junio	135
------------------------------------	-----

T

Tarjetas de crédito:

Falsas:

STS 971/2011, de 21 de septiembre	154
---	-----

Tentativa:

Acabada e inacabada:

STS 1070/2011, de 13 de octubre	194
---------------------------------------	-----

Desistida:

STS 809/2011, de 18 de julio	141
------------------------------------	-----

Testigos:

Incomunicación:

STS 1051/2011, de 14 de octubre	196
---------------------------------------	-----

Protegidos:

STS 1023/2011, de 5 de octubre	177
--------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

STS 448/2011, de 19 de mayo	131
SAP Madrid 619/2011, de 3 de junio	221
STS 776/2011, de 20 de julio	149
STS 983/2011, de 30 de septiembre	161
STS 1022/2011, de 10 de octubre	182
STS 1113/2011, de 18 de octubre	200

Trámite de audiencia:

STC 181/2011, de 21 de diciembre	116
--	-----

Tutela judicial efectiva:

STS 1036/2011, de 17 de octubre	197
---------------------------------------	-----

V

Valoración de la prueba:

STS 444/2011, de 4 de mayo	126
STS 1016/2011, de 30 de noviembre	170
SAP Valladolid 177/2011, de 30 de mayo	213
SAP Valladolid 178/2011, de 30 de mayo	215

Violación:

STS 994/2011, de 4 de octubre	174
-------------------------------------	-----

Violencia de género:

SAP Murcia 126/2011, de 17 de junio	222
---	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 173/2011 del TC, de 7 de noviembre

Ponente: **Eugeni Gay Montalvo**

Resumen: **Distribución de pornografía infantil. Derecho a la intimidad**

Artículos: **18 y 24 CE y Título 1 LECrim**

Corrupción de menores. Distribución de pornografía infantil. Hallazgo casual de contenido pedófilo en un ordenador personal por el técnico encargado de su reparación y posterior e inmediata intervención policial sin mediar autorización judicial que la Sala considera constitucionalmente justificada en atención a la gravedad del delito y las circunstancias de necesidad y urgencia concurrentes. Sobre este último extremo se extracta, asimismo, el voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Para dar respuesta a la cuestión nuclear que se plantea en la demanda es preciso, en primer lugar, exponer la doctrina que este Tribunal ha desarrollado en relación con el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE).

Según hemos venido manifestando, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). De forma que «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio

resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aun autorizada, subvierta los términos y

el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito.

Por otra parte, tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3).

(...)

Por lo que se refiere a la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el derecho a la intimidad, este Tribunal ha venido sosteniendo que reviste esta naturaleza «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal» (SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6).

(...)

De lo anterior, se deduce que el legislador ha de habilitar las potestades o instrumentos jurídicos que sean adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y valores constitucionales, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cumplan con esta función de averiguación del delito. Como reseñamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, «[p]or lo que respecta a la habilitación legal en virtud de la cual la policía judicial puede practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, las normas aplicables son, en primer lugar el art. 282 LECrim, que establece como obligaciones de la policía judicial la de “averiguar los delitos públicos que se cometieron en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desapari-

ción hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial”. En la misma línea, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece como funciones de éstos, entre otras, f) “prevenir la comisión de actos delictivos”; g) “investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”. Por último, el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece que las autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el art. 1 de esta Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos». Según la citada Sentencia (mismo fundamento jurídico) existe, por tanto, «una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias (que la Ley no enumera casuísticamente, pero que limita adjetivándolas y orientándolas a un fin) podrá encontrarse la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, y en concreto, de documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que —como exige el propio texto legal— ello sea necesario (estrictamente necesario, conforme al art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992), estricta necesidad que habrá de valorarse atendidas las circunstancias del caso y que ha de entenderse como la exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad. Así interpretada la norma, puede afirmarse que la habilitación legal existente cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas». En relación a la necesidad de autorización judicial, el criterio general, conforme a nuestra jurisprudencia, es que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el

ámbito de este derecho fundamental mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Esta regla no se aplica, también según nuestra doctrina, en los supuestos en que concurren motivos justificados para la intervención policial inmediata, que ha de respetar también el principio de proporcionalidad. De manera significativa hemos resaltado en la STC 70/2002, de 3 de abril, que «la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se exceptúa en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad» [FJ 10.b).3]. Bien entendido que «la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales» [FJ 10.b).5].

(...)

Tercero.—Una vez expuesta la doctrina relevante para efectuar el enjuiciamiento que nos ocupa, el siguiente paso de nuestro análisis debe dirigirse a determinar si un ordenador personal puede ser un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal, resultando entonces necesario para acceder a su contenido el con-

sentimiento de su titular o que se den los presupuestos que legalmente habilitan la intromisión, de acuerdo con los parámetros constitucionales antes desarrollados.

A tal fin conviene empezar recordando que este Tribunal ha reseñado, ya en su STC 110/1984, de 26 de noviembre, que «la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida» (FJ 3).

(...)

Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) —por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica—, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano.

(...)

Quinto.—Expuesto lo anterior, resulta conveniente analizar por separado las dos conductas que el demandante de amparo considera lesivas del derecho a la intimidad, comenzando por la del encargado del establecimiento de in-

formática, consistente en acceder a la carpeta llamada «mis documentos/mis imágenes» de su ordenador personal, en la que encontró diversos archivos fotográficos de contenido pedófilo que motivaron la presentación de la denuncia.

Según se desprende de los antecedentes, el recurrente acudió al establecimiento de informática que regentaba el denunciante y le hizo entrega de su ordenador portátil con el encargo de cambiar la grabadora que no funcionaba. Consta también acreditado que al recibir el encargo el titular del establecimiento preguntó al recurrente si el ordenador tenía contraseña de acceso, respondiendo éste negativamente y sin manifestar limitación alguna en el uso del ordenador y acceso a los ficheros que almacenaba. Una vez efectuada la reparación y para comprobar el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas el encargado escogió al azar diversos archivos para proceder a su grabación y posterior reproducción en el ordenador, lo que, al parecer, suele ser práctica habitual en estos casos, visualizando entonces las imágenes pornográficas de los menores que contenía. El testigo puso entonces tal circunstancia en conocimiento de la Policía Nacional que procedió a la intervención del portátil.

Como hemos afirmado anteriormente, corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado. En lo relativo a la forma de este consentimiento hemos puesto de relieve que puede manifestarse de forma expresa, prestándose entonces verbalmente, o bien tácita (...).

En el presente caso, (...) lo que sí se aprecia claramente en el recurrente es la concurrencia de una declaración expresiva de su voluntad de hacer entrega a dicho encargado de su portátil, poniéndolo a su disposición, para que éste procediera a su reparación (en concreto, para cambiar la grabadora que no funcionaba). Para ello le informa, incluso, como hemos visto, de que no precisa de contraseña alguna de acceso. Las razones que hayan podido llevar al recurrente a adoptar esta actitud, ya sean debidas a negligencia, descuido o desconocimiento del

carácter ilícito de los referidos archivos (en este sentido, se observa en las actuaciones que una de las alegaciones de su línea defensiva fue invocar precisamente un supuesto error de prohibición) escapan, evidentemente, al análisis que debe realizarse en este Tribunal Constitucional. Así las cosas, durante el desempeño de la función encomendada, el responsable del establecimiento informático descubrió casualmente el material pedófilo, en particular cuando, una vez reparado el ordenador, procedía a comprobar su correcto funcionamiento. A tal fin, escogió al azar diversos archivos para llevar a cabo su grabación y posterior reproducción, lo que le permitiría conocer el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas, práctica que, según se acreditó durante el juicio, constituye el protocolo habitual en estos casos. De lo expuesto, se deduce que dicho responsable no se extralimitó del mandato recibido estando amparado su proceder, que ha llevado al descubrimiento del material ilícito, por la propia autorización expresa del ahora demandante.

(...)

En consecuencia, podemos descartar que la conducta desarrollada por el denunciante vulnerara el derecho a la intimidad del recurrente (art. 18.1 CE), por haber sufrido este una supuesta intromisión indebida en su esfera íntima.

Sexto.—Procede seguidamente analizar la legitimación de la actuación policial, una vez que el propietario de la tienda de informática presentó la denuncia e hizo entrega del ordenador, al haber procedido a revisar su contenido sin autorización judicial.

(...) lo primero que cabe afirmar es que la autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento de informática, en la forma expuesta, no puede extenderse al posterior acceso a los archivos por parte de la policía. Tal como hemos afirmado anteriormente, el derecho a la intimidad personal se vulnera también cuando, aun autorizada su intromisión en un primer momento, se subvierten después los términos y el alcance para el que se otorgó.

(...)

Séptimo.—Descartada la existencia de una autorización por parte del recurrente que facultase a la policía para supervisar su ordenador personal, nos corresponde analizar si, en todo caso, su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal.

Puede afirmarse, sin necesidad de una mayor argumentación, que la conducta adoptada por la policía perseguía un fin legítimo, por cuanto se enmarcaba dentro de las investigaciones que ésta realizaba dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil. Al propio tiempo existe la habilitación legal necesaria para la realización, por parte de los agentes intervinientes, de este tipo de pesquisas, pues, como hemos visto, se encuentran entre sus funciones las de practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, pudiendo efectuar «un primer análisis» de los efectos intervenidos (en este sentido, se observa en el propio atestado policial cómo su instructor califica el informe realizado sobre el contenido del ordenador como «un análisis preliminar», sin perjuicio de la pericial que luego se solicita al grupo especializado de pericias informáticas). Finalmente, si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, circunstancia ésta que ha llevado a considerar, tanto al recurrente como al Fiscal, que se había producido en este caso una vulneración del derecho a la intimidad personal, podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

Dicho lo anterior, y con independencia de la necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión, avala esta última conclusión la circunstancia de que los funcionarios intervinientes actuaron ante la *notitia criminis* proporcionada por el propietario de una

tienda de informática, quien se personó en las dependencias policiales informando acerca del material pedófilo que había encontrado en un ordenador personal. Con esta actuación, los expresados agentes pretendían, con la conveniente celeridad que requerían las circunstancias, comprobar la veracidad de lo ya descubierto por este ciudadano, así como constatar si existían elementos suficientes para la detención de la persona denunciada. Hemos de valorar, además, que la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resulta relevante, no sólo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican, derivada ésta de la pena que llevan aparejados por referirse a víctimas especialmente vulnerables.

(...)

Por otra parte, adquiere especial relevancia en este caso la función que se encomienda a la policía judicial de asegurar las pruebas inculminatorias, debiendo destacarse que en estas infracciones, a diferencia de lo que generalmente ocurre con ocasión de otro tipo de intervenciones (p. ej. telefónicas o postales), el delito se comete en la red, por lo que el ordenador no sólo es el medio a través del cual se conoce la infracción, sino fundamentalmente la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba. En este supuesto, hay que tener en cuenta que la persona denunciada no estaba detenida cuando se practica la intervención, por lo que tampoco aparece como irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la «nube» de Internet. En todo caso, también aparece como un interés digno de reseñar la conveniencia de que por parte de los funcionarios policiales se comprobara con la conveniente premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes, máxime en este caso en que se utilizó una aplicación informática que permite el intercambio de archivos, o que, incluso, detrás del material pedófilo descu-

bierto, pudieran esconderse unos abusos a menores que habrían de acreditarse.

A estas apreciaciones, habría de añadirse que la actuación policial respetó el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito (del terminal informático se podían extraer —como así fue— pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación), imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y fue ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes. En este punto, merece subrayarse que el órgano judicial no estuvo durante un espacio prolongado de tiempo al margen de la iniciativa adoptada por la policía, pues ésta inmediatamente (a los dos días) dio cuenta al Juez de instrucción, pudiendo entonces éste hacer la conveniente ponderación sobre si dicha diligencia estaba o no justificada, después de oír, como hemos visto, al instructor del atestado instruido.

De todo lo cual cabe concluir que, siendo la actuación policial constitucionalmente legítima, el sacrificio del derecho fundamental afectado estaba justificado por la presencia de otros intereses constitucionalmente relevantes, no pudiendo apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal del recurrente.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA DOÑA ELISA PÉREZ VERA

(...) el punto en que mis discrepancias con la Sentencia se hacen insalvables es en el relativo a la valoración de la actuación policial. Ante todo, creo que nuestra decisión tendría que haber tomado como punto de partida la deficiente «calidad de la ley» en cuanto a la protección de la intimidad contenida en medios informáticos. Una insuficiencia en la previsión legal, a la que se refiere también la decisión aprobada por la mayoría en el fundamento jurídico 7, aunque sin extraer de ella ninguna consecuencia. Por mi parte entiendo que precisamente esa circunstancia debería haber llevado a este Tribunal a extremar su celo como garante de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución,

precisando los supuestos y las condiciones en que puede producirse una intervención policial en el ordenador personal de un ciudadano, como hemos hecho en otras ocasiones (como se hizo, por ejemplo, en las SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 184/2003, de 23 de octubre, en materia de intervención de las comunicaciones telefónicas).

La Sentencia en este punto se construye sobre la base de que al supuesto considerado le es de aplicación la doctrina general sobre la intimidad que se erige, así, en canon de enjuiciamiento. Pues bien, aceptando tal enfoque, e insistiendo en el carácter complementario que le corresponde a la doctrina de este Tribunal ante las carencias de la regulación legal, mi apartamiento de la aplicación que la Sentencia hace de la doctrina al caso concreto comprende tanto la fundamentación jurídica como el fallo al que conduce.

(...)

En la Sentencia se descarta correctamente la existencia de autorización por parte del recurrente, para considerar a continuación que «existe la habilitación legal necesaria para la realización, por parte de los agentes intervinientes, de este tipo de pesquisas, pues, como hemos visto, se encuentran entre sus funciones las de practicar las diligencias para comprobar los delitos, descubrir sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, pudiendo efectuar “un primer análisis” de los efectos intervenidos (en este sentido, se observa en el propio atestado policial cómo su instructor califica el informe realizado sobre el contenido del ordenador como “un análisis preliminar”, sin perjuicio de la pericial que luego se solicita al grupo especializado de pericias informáticas)» (FJ 7).

Ahora bien, lo que no dice la Sentencia pero resulta obvio es que tal habilitación legal lleva implícita la exigencia de que en su realización no se conculque ningún derecho fundamental, que es precisamente el tema debatido en este recurso. Por otra parte, el que el informe sobre el contenido del ordenador se califique como «análisis preliminar» en nada obsta al hecho, reconocido por la propia Sentencia, de que para su elaboración la policía accedió, no sólo a la carpeta «mis documentos» en la que había entrado el técnico encargado de su reparación, sino

a otra denominada «Incoming», perteneciente al programa de intercambio de archivos eMule. Ello supone una intromisión en el contenido del ordenador que va más allá de la primera toma de contacto que tal vez pudiera considerarse necesaria para establecer la verosimilitud del delito denunciado. Es más, según refiere la Sentencia, la policía pone el ordenador a disposición del grupo especializado de pericias informáticas de la policía judicial antes de que el atestado sea puesto en conocimiento del Juez de instrucción.

Todo ello se produjo, como es evidente, sin previa autorización judicial. Sin embargo, la Sentencia considera que ninguna vulneración de un derecho fundamental produjo tal actuación; y es que, según la Sentencia, «nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatare razones para entender que la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad» (mismo fundamento jurídico).

No puedo compartir esta afirmación ni el razonamiento que la sustenta. En efecto, para deducir la necesidad de la actuación policial se afirma que en el tipo de infracciones investigadas «a diferencia de lo que generalmente ocurre con ocasión de otro tipo de intervenciones (p. ej. telefónicas o postales), el delito se comete en la red, por lo que el ordenador, no sólo es el medio a través del cual se conoce la infracción, sino fundamentalmente la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba». Siendo esencialmente cierta la anterior afirmación no alcanzo a entender por qué, estando el ordenador físicamente en poder de la policía, las diligencias de investigación no podían esperar a que su realización contara con autorización judicial. Se añade a continuación en la Sentencia un dato que podría resultar relevante: cuando se practica la intervención la persona denunciada no estaba detenida «por lo que tampoco aparece como irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la “nube” de Internet» (mismo fun-

damento jurídico). Pues bien, entiendo que no correspondía al Tribunal Constitucional aportar una justificación de la actuación policial de índole técnica y no utilizada por las decisiones recurridas. Pero es que, además, el acceso a archivos de Internet (como los que incriminaban al recurrente) sólo puede realizarse si el terminal en cuestión está conectado a la red, por lo que en nada se hubiera puesto en riesgo la labor investigadora de la policía si, estando dicho terminal en su poder, se mantiene apagado hasta lograr la preceptiva autorización judicial. Por lo demás desde el día siguiente de la denuncia y de la entrega del ordenador el denunciado permaneció detenido en dependencias policiales, hasta que un día más tarde fue puesto a disposición judicial. De este modo durante veinticuatro de las cuarenta y ocho horas que tardó en dar cuenta al Juez de instrucción, la policía tuvo en dependencias policiales tanto el ordenador como al denunciado, cuyo comportamiento por tanto no podía poner en peligro ninguno de los elementos de prueba contenidos en aquél.

Con lo cual me resulta evidente que no existía la urgente necesidad que se aprecia en la Sentencia para obviar la autorización judicial. Estoy de acuerdo en que la entrada en el ordenador era una medida idónea e imprescindible para establecer todos los elementos del delito investigado. Pero no concurriendo la urgente necesidad de realizar esa intervención de manera inmediata, la misma debió llevarse a cabo con la autorización previa y el control de su ejecución por parte de la autoridad judicial, ya que durante el tiempo necesario para su obtención no existía riesgo de destrucción de las pruebas incriminatorias, ni se ponía en peligro la investigación policial. No habiéndose hecho así, tal actuación vulneró, en mi opinión, el derecho a la intimidad del actor, contaminando inexorablemente las pruebas obtenidas en la misma, sin que pueda considerarse sanada dicha vulneración por el conocimiento *a posteriori* por el Juez de instrucción de la iniciativa policial, como parece apuntar la Sentencia, ni por el hecho de que *a posteriori* pudiera valorarse en sí misma como necesaria.

Sentencia 174/2011 del TC, de 7 de noviembre

Ponente: **Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

Resumen: **Abusos sexuales sobre víctima menor de trece años. Imposibilidad de interrogatorio contradictorio**

Artículos: **181 Código Penal; 24 CE; 6.3.d) Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y 433, 448, 455, 707, 731 y 777 LECrim**

Abusos sexuales sobre víctima menor. Se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías a consecuencia de condena impuesta sin que se permitiese al acusado en ningún momento interrogar a la menor de edad y poder contradecir su testimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Resuelto el óbice procesal planteado, pasamos a hora a analizar, desde las perspectivas que han sido alegadas, la solicitud de nulidad del juicio con orden de retroacción para su repetición que el demandante fundamenta en la supuesta lesión de sus derechos a no padecer indefensión, a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa (art. 24 CE); lesiones que se habrían producido por no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo —ni en sede policial, ni en fase sumarial ni en el acto del juicio oral—, de una sola posibilidad de interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a su condena por abusos sexuales.

La cuestión planteada tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral —en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables—, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia).

No se trata de una cuestión nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual analizaremos y tomaremos en consideración a continuación. Pero sí lo es en la jurisprudencia de este Tribunal que, solo de forma tangencial, se ha referido a la misma en la STC 41/2003, de 27 de febrero, FJ 3, que abrió camino al testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento. De ahí su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones incriminatorias que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra». Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). No obstante, desde la

STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3.d) del art. 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49). Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en los pronunciamientos citados que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario».

En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como «una auténtica ordalía»; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

Cuarto.—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 inculcado, 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 (SSTEDH 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 se señala que «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 éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Quinto.—La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto analizado conducen directamente a la estimación del amparo, al no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo de las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena.

El análisis de las actuaciones pone de relieve que el mismo día en que la Guardia Civil

recibió declaración de la madre de la menor (23 de mayo de 2006), tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un Teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, perteneciente a la unidad técnica de policía judicial de Madrid, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente incriminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, el 13 de junio siguiente, la Juez de instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el Juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por la médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato.

La investigación se dio por concluida un mes después, el 13 de julio de 2006, sin llegar a recibir nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida en reforma y apelación por el demandante de amparo, que solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la Juez de lo penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio oral celebrado en junio de 2008 accedió a la solicitud del Fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual

fue considerada suficiente por la juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones incriminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médico-forense narró su exploración y formuló un juicio de credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración, dio cuenta de su desarrollo emitiendo, también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último declaró otra psicóloga que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

Por tanto, el acusado, que había solicitado reiteradamente el interrogatorio de la menor ofreciendo que éste se practicara adoptando las medidas procesales de protección de la misma previstas en la ley, no pudo en ningún momento, ni directa ni indirectamente, dirigirle pregunta alguna durante el proceso penal previo, sino sólo formular alegaciones sobre el desarrollo y contenido de su exploración policial. Pese a la limitada intervención que tuvo en fase de investigación, pues no se le convocó a la exploración policial ni a la judicial, no se utilizó ninguno de los mecanismos de interrogatorio en el juicio oral previstos en la ley que, evitando la confrontación visual, e incluso la presencia personal de la menor en el juicio, hubieran podido reequilibrar los déficits de defensa que se han descrito. Lo expuesto lleva a concluir con evidencia que en el proceso penal previo en el que fue juzgado y condenado el demandante no se respetaron sus derechos mínimos de defensa, es decir, no disfrutó de un proceso con todas las garantías, por lo que, conforme a su solicitud, debe estimarse el amparo pretendido a fin de que por un Tribunal imparcial se repita el juicio oral con pleno respeto de sus garantías procesales, sin perjuicio de la adopción de las medidas legales de protección que se consideren necesarias en beneficio de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución.

Sentencia 177/2011 del TC, de 8 de noviembre

Ponente: **Ramón Rodríguez Arribas**

Resumen: **Acceso a la justicia. Jurisdicción militar**

Artículos: **453.2 y 468.b) Ley Orgánica Procesal Militar y 24.1, 106 y 117.5 CE**

Se estima la cuestión de inconstitucionalidad avocada al Pleno por la Sala que había estimado en su día el recurso de amparo de origen (STC 202/2002, publicada en el nº 8 de la Revista) y se declara la inconstitucionalidad y nulidad de dos preceptos de la LO 2/1989, Procesal Militar por impedir someter a control judicial la adecuación a derecho de determinados actos administrativos sancionadores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Como hemos señalado previamente estamos ante un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de dos preceptos legales que regulan el objeto del recurso contencioso-disciplinario ordinario, con lo que no son admisibles ni el argumento sobre la necesidad de que los mismos provoquen una indefensión real efectiva ni tampoco aquel que basa la conformidad de los artículos impugnados a la Constitución en la aplicación flexible, por parte de la jurisdicción militar, de la regulación de los motivos de impugnación de las sanciones leves en el recurso preferente y sumario, regulado en preceptos no cuestionados.

Tercero.—Centrado el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad procede en primer lugar examinar la conformidad de los arts. 453.2, inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. De acuerdo con la doctrina constitucional de este Tribunal, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión tiene como elemento esencial de su contenido el acceso a la justicia, «consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado

cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse» (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5). Tal como dijimos en la STC 202/2002, de 28 de octubre, FJ 5, que otorgó el amparo y acordó elevar al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE «prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa (así, STC 149/ 2000, de 1 de junio, que cita las SSTC 197/1988, de 24 de octubre, 18/1994, de 20 de enero, 31/2000, de 3 de febrero)».

El apartado segundo del art. 453 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar acota el ámbito objetivo del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias del art. 61 de la Ley Orgánica del régimen disciplinario de las fuerzas armadas. El apartado tercero del art. 453 establece que «contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá in-

terponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el Título V de este Libro». Por su parte, el art. 468 del mismo texto legal dispone los motivos de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar, entre los que cita en su letra b) los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. El art. 518 de la citada ley orgánica, que regula el procedimiento preferente y sumario, establece que «contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo 453 de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario con las siguientes modificaciones».

Con la lectura de los preceptos citados comprobamos que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por cauce del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario utilizable si se alega vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas pero cerrado a los motivos de impugnación sean de legalidad ordinaria en cuyo caso ya concluimos en la STC 202/2002, de 28 de octubre, FJ 5, que el ciudadano no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación de la actuación administrativa, del acto sancionador con el Ordenamiento jurídico.

Pues bien, si ello es así no podemos sino concluir, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que la exclusión de control judicial de los motivos de legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE. No obstan para ello las exigencias de celeridad y pronta resolución que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa, como puso de manifiesto el Abogado del Estado en sus alegaciones, puesto que frente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art.

24.1 CE), concretamente desde la perspectiva del principio *pro actione* que es donde nos situamos, tenemos declarado que no resultan oponibles argumentos relativos a la celeridad y pronta resolución de los procesos que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa, ya que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución a todos los ciudadanos, sin que el valor imprescindible de la disciplina en una organización jerarquizada como las Fuerzas Armadas pueda ser aducido para justificar cualquier limitación al ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4). Pero no encontramos justificación que permita, con carácter general, impedir el acceso a la jurisdicción cuando se impugne una sanción impuesta por falta leve con base en motivos de legalidad ordinaria ni en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, ni en las alegaciones del Abogado del Estado. Efectivamente, no hay vinculación alguna entre el cumplimiento de la misión de las Fuerzas Armadas y la limitación general del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que suponen los artículos cuestionados para el sancionado por falta leve disciplinaria militar.

Cuarto.—Afirmada la vulneración del art. 24.1 CE por los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en cuanto que impiden el control judicial de las sanciones impuesta por faltas leves en su aspecto más reducido de legalidad ordinaria, hemos de apreciar también la infracción del art. 106.1 CE. De acuerdo con la doctrina constitucional el art. 106.1 CE establece un «principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial. Principio de fiscalización plena —sin inmunidad de poder— de la actuación administrativa (SSTC 66/1984,

de 6 de junio, 238/1992, de 17 de diciembre, 148/1993, de 29 de abril, 78/1996, de 20 de mayo, y 235/1998, de 14 de diciembre) que, para el caso de la Administración Pública, ha encontrado formulación expresa y específica en el art. 106.1 de la Constitución» (STC 31/2000, de 3 de febrero, FJ 5).

La inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra actos que resuelvan recursos por falta leve [art. 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar], salvo que se impugnen porque lesionen derechos fundamentales o libertades públicas, para lo que hay previsto el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (art. 518 del mismo texto legal), y la limitación del objeto del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario a «toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el artículo 61 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas» (art. 453.2 de la citada Ley Orgánica), configura en abstracto y objetivamente un ámbito de actuación administrativa exenta de control judicial, inmune a la revisión por jueces y Tribunales que garantice su conformidad con el ordenamiento jurídico y, en definitiva, su sometimiento a la ley, lo que también choca frontalmente con el principio que consagra el art. 106.1 CE de control judicial del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al ordenamiento jurídico.

Quinto.—Las vulneraciones de los arts. 24.1 y 106.1 CE por los arts. 453.2, en el inciso

«por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, tienen como consecuencia la no conformidad de estos últimos con el art. 117.5 CE, que establece la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales. Este Tribunal tiene declarado que el art. 117.5 CE. establece límites y exigencias muy estrictas a la Ley reguladora de la jurisdicción militar, que imponen al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, para dejarla sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (SSTC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3, y 113/1995, de 6 de julio, FJ 7, entre otras).

Que las sanciones impuestas por faltas leves no puedan ser recurridas por el cauce del procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario supone una vulneración de los arts. 24.1 y 106.1 CE carente de justificación constitucionalmente aceptable que choca, además, con el propósito del art. 117.5 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucionales y nulos los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468, apartado b), de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

Sentencia 179/2011 del TC, de 21 de noviembre

Ponente: **Pablo Pérez Tremps**

Resumen: **Prevaricación y cohecho. Detención judicial**

Artículos: **17 y 24 CE y 497 LECrim**

Prevaricación y cohecho. Detención. Vulneración del derecho a la libertad personal a consecuencia de detención judicial acordada sin adecuada ponderación de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que la justifique.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Entrando ya al fondo de la cuestión debatida, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina constitucional respecto de la exigencia de motivación de las medidas cautelares judiciales limitativas del derecho a la libertad a adoptar en el marco de un proceso penal. A esos efectos, existen pronunciamientos —los mayoritarios— en relación con la prisión provisional en los que se ha destacado que dicha medida cautelar ha de expresarse a través de una resolución judicial motivada, cuya motivación ha de ser suficiente y razonable, entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume y la realización de la administración de la justicia penal— a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la limitación de la libertad en que consiste dicha medida cautelar como una medida excepcional, subsidiaria y provisional. Para ello, la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido, haciéndose especial incidencia en que es a la jurisdicción ordinaria a la que compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, única que goza de la inmediación necesaria para ello, quedando limitada la tarea de este Tribunal, en su labor de protección del derecho fundamental a la libertad, a controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando adecuadamente los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal (por todas, STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4).

Este deber de motivación se ha hecho extensivo no sólo a las decisiones de prisión provisional incondicionadas, sino también a las

resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permiten eludirla (por todas, STC 14/2000, de 17 de enero, FJ 4) y a las decisiones de prohibición de salida del territorio nacional y la retirada de pasaporte, en tanto que puedan considerarse garantías que integran una medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional (por todas, STC 169/2001, de 16 de junio, FJ 4). Igualmente, en relación con otra medida cautelar limitativa de la libertad personal de posible adopción por parte del órgano judicial dentro del proceso penal, como son las órdenes de comparecencia periódica ante la autoridad judicial del imputado, también este Tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de que se adopten en resoluciones debidamente motivadas y fundadas, atendiendo a que la finalidad legitimadora de todas las medidas cautelares de naturaleza personal en el proceso penal debe ser asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la posterior presencia del mismo en juicio (por todas, STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2).

Por tanto, consistiendo la detención judicial en una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal, una de las exigencias necesarias para su constitucionalidad es que se exprese a través de una resolución judicial debidamente motivada en que se ponga de manifiesto el presupuesto habilitante de la medida y se pondere adecuadamente la concurrencia del fin constitucionalmente legítimo que justifique la limitación del derecho a la libertad personal. Este fin legitimador es en el caso de la detención judicial, conforme al ya señalado fin general legitimador de todas las medidas cautelares de naturaleza personal y en los términos específicamente previstos en el artículo 494, en relación con el artículo 492 LECrim, para esta medida cautelar, la concurrencia de circunstancias del hecho que hicieran presumir que la persona objeto de la medida no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial.

Este deber de motivación, que en cualquier caso es ineludible, sin embargo, como es ob-

vio, tiene una diferente exigencia de intensidad según la naturaleza, incidencia y prolongación temporal de la medida cautelar en el derecho a la libertad personal. De ese modo, si bien su intensidad es máxima en los supuestos de prisión provisional, puede ser menor, pero nunca desaparece, en los casos de detención judicial en que, por su propia previsión legal, es una medida limitada temporalmente a 72 horas, tras la cual el propio órgano judicial debe volver a pronunciarse bien para elevar la situación de detención a prisión bien para dejarla sin efecto (artículo 497 LECrim).

4. En el presente caso, como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto más detalladamente en los antecedentes, se pone de manifiesto que el recurrente, antes de dictarse el Auto de detención de 26 de junio de 2006, ya estaba personado en las diligencias previas desde el 18 de abril de 2006, en las que había comparecido voluntariamente, y le había sido tomada declaración como imputado el 20 de abril de 2006, quedando en libertad. Igualmente, se constata que el citado Auto de detención acordó la adopción de esta medida cautelar, argumentando que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 492.4 y 494 LECrim, «el Juez de instrucción debe acordar la detención cuando tenga motivos bastantes para estimar que una persona ha tenido participación en un hecho que presente los caracteres de delito, como ocurre en el presente caso, en que de lo actuado se desprende la posible existencia de un delito de cohecho».

Por último, también debe destacarse que esta decisión judicial de detención fue confirmada en apelación por el Auto de 4 de septiembre de 2006 con el argumento, frente a la queja de que no se había hecho expresa la concurrencia de circunstancias que hicieran presumir su incomparecencia en caso de ser llamado por la autoridad judicial, de que la valoración de la presunción de no comparecencia al llamamiento judicial «es algo que en todo caso corresponde al ámbito de la reflexión interna del Magistrado instructor, a la vista de los antecedentes del afectado por la medida y circunstancias de los hechos determinantes de la misma» (razonamiento jurídico segundo).

5. En atención a la doctrina constitucional expuesta, y tal como también solicita el Ministerio Fiscal, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a su libertad personal (artículo 17.1 CE).

En primer lugar, la argumentación vertida en el Auto de apelación para justificar que no se hubieran hecho expresas las razones para considerar que concurría el fin constitucional legitimador de la detención judicial acordada no resulta asumible desde la perspectiva que disciplina la libertad personal como derecho fundamental del ciudadano (artículo 17.1 CE). Afirmar que la valoración de la presunción de no comparecencia a un llamamiento judicial, como requisito legitimador de la constitucionalidad de una medida privativa de libertad, es algo que corresponde «al ámbito de la reflexión interna del Magistrado instructor», supone ignorar elementales exigencias constitucionales, ya puestas de manifiesto anteriormente, de que ese proceso de reflexión interna debe quedar debidamente plasmado y razonado en la resolución judicial que acuerde la adopción de la medida cautelar. El deber de motivación, tal como ha reiterado este Tribunal (por todas, STC 21/2008, de 31 de enero, FJ 3), no sólo es garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), entre los que lógicamente ha de incluirse a los Jueces y Magistrados en tanto que encargados de administrar la justicia emanada del pueblo (artículo 117.1 CE), sino una exigencia estructural del ejercicio del poder judicial de que sus Sentencias deben ser siempre motivadas (artículo 120.3 CE), lo que se convierte en una garantía constitucional del ciudadano, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), y, en los términos ya señalados anteriormente, cuando aparezca referido a presupuestos y requisitos habilitantes para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales sustantivos, como parte integrante de éstos. En ese sentido, la esencialidad de este deber de motivación en relación con medidas cautelares limitativas del derecho a la libertad personal a adoptar en el proceso penal es tal que este Tribunal ha se-

ñalado que no cede tampoco en casos en que haya recaído una declaración de secreto sobre las actuaciones (por todas, STC 143/2010, de 21 de diciembre, FJ 2).

6. A partir de lo anterior, el Auto de detención, como ya se ha señalado, se limitó a constatar —como presupuesto necesario, pero no suficiente— la existencia de indicios de criminalidad en la conducta del recurrente, pero en ningún caso, en contravención de lo dispuesto en el artículo 494, en relación con el artículo 492 LECrim, el fin constitucional legitimador que, junto con aquel presupuesto, justificara la adopción de una medida limitativa del derecho a la libertad personal, como era la concurrencia de circunstancias que hicieran presumir que el recurrente no comparecería cuando fuera llamado por la autoridad judicial. La ausencia de dicha ponderación, teniendo en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso, es determinante para entender vulnerado el artículo 17.1 CE.

En efecto, tal como se ha señalado en relación con la prisión provisional y la constatación del peligro de fuga, como fin constitucional legitimador de esta medida equiparable en la detención judicial al riesgo de incomparecencia, es preciso tomar en consideración además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, matizando que, si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la medi-

da cautelar pueden justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del afectado por la medida y los datos del caso concreto (por todas, STC 122/2009, de 18 de mayo, FJ 2).

Pues bien, en el presente caso, y desde la perspectiva de control externo que debe proyectar este Tribunal sobre la motivación plasmada en la resolución impugnada, la mera referencia en el Auto de detención a circunstancias objetivas como son la investigación de un hecho constitutivo de un delito de cohecho y la eventual participación en el mismo del recurrente no pueden ser consideradas suficientes, tal como también sostiene el Ministerio Fiscal, para entender cumplido el deber de ponderación de los elementos concurrentes en el hecho habida cuenta de las peculiaridades que presentaba este supuesto. La circunstancia, por un lado, de que el recurrente hubiera comparecido voluntariamente ante el Juzgado, por otro, de que ya estuviera imputado en el mismo, acudiendo a declarar en tal condición también voluntariamente cuando fue llamado para ello, y, por tanto, que aun conociendo que estaba siendo objeto de investigación por dicho delito hubiera una colaboración con el órgano judicial, eran lo suficientemente relevantes para que, al menos, debieran haber sido objeto de ponderación respecto de la necesidad de adoptar la decisión de detención frente a otras alternativas menos lesiva para el derecho a la libertad del recurrente.

Sentencia 180/2011 del TC, de 21 de noviembre

Ponente: **Pablo Pérez Tremps**

Resumen: **Detención judicial. Cómputo del plazo**

Artículos: **17 y 24 CE y 497 LECrim**

Detención judicial: Se otorga el amparo solicitado debido a la vulneración del derecho a la libertad por prolongación del plazo de privación de libertad más allá del legalmente previsto al haberse iniciado el cómputo del plazo de detención judicial no desde el momento de su ejecución material por la policía sino, erróneamente, desde su puesta a disposición judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si los Autos impugnados en los que se acuerda y confirma, respectivamente, la posibilidad de prórroga de la situación de detención judicial del recurrente han vulnerado sus derechos a la libertad (artículo 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haber implicado una prolongación de la situación de privación de libertad más allá del plazo legalmente previsto de 72 horas.

(...)

3. Entrando al fondo de la cuestión debatida, y tomando en consideración lo ya señalado de que la medida controvertida en este amparo —la detención judicial— se trata de un supuesto de privación de libertad desarrollado legislativamente conforme a lo previsto en el artículo 17.1 CE y de que el único objeto de impugnación en este amparo es la eventual extralimitación temporal de la medida, ha de señalarse que es doctrina reiterada de este Tribunal que el artículo 17.1 CE, al establecer que «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en esta artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley», implica que la ley, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho a la libertad, teniendo un papel decisivo al conformar no sólo el presupuesto habilitante de la medida sino también el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación. Por ello, este Tribunal ha concluido que el derecho a la libertad se vería conculcado cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de una ley o cuando se opera contra lo dispuesto en la misma, destacando que los plazos de privación de libertad han de cumplirse estrictamente por los órganos judiciales y que en caso de incumplimiento se vería afectada la garantía constitucional de la libertad personal (por todas, STC 99/2006, de 27 de marzo, FJ 4).

En este contexto, la normativa legal en materia de plazos de la detención judicial está prevista en el artículo 497 LECrim, en cuyo párrafo

primero se dispone, para las situaciones en que la detención no haya sido practicada por autoridad judicial, que «[s]i el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuera el propio de la causa (...) elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado». Por su parte, el párrafo segundo del artículo 497 LECrim, y ya específicamente para los supuestos de detención judicial, establece que «[l]o propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado».

4. En el presente caso como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto más detalladamente en los antecedentes, se pone de manifiesto, en primer lugar, que el órgano judicial, con sede en Marbella, dictó Auto de 26 de junio de 2006 acordando la detención del recurrente, autorizando su traslado hasta las dependencias policiales en Málaga, lo que se llevó a efecto por agentes del Cuerpo Nacional de Policía de la comisaría de Estepona el día 27 de junio de 2006, sobre las nueve horas y cincuenta minutos, quienes hicieron entrega del detenido en la comisaría de Málaga a las once y quince minutos de ese mismo día. En segundo lugar, también se destaca que por Auto de 28 de junio de 2006 se decretó la permanencia del recurrente en calidad de detenido en las dependencias de la comisaría de policía de Málaga a disposición del Juzgado, ordenando su presentación el día 1 de julio de 2006 a las 9:30 horas de la mañana para recibirle declaración y legalizar su situación personal, argumentando que no se había superado el plazo máximo de detención previsto en los artículos 17 CE y 497 LECrim. Del mismo modo, se acredita que al recurrente se le tomó declaración judicial el día previsto y que por Auto de ese mismo día 1 de julio de 2006 se acordó su situación de prisión provisional eludible mediante fianza.

Por último, también se constata que esta decisión judicial de prolongación de la situación de detención fue confirmada en apelación por el Auto de 7 de septiembre de 2006 con el argumento, frente a la queja de que se había prolongado la detención judicial más allá del plazo legalmente

previsto de 72 horas, de que conforme a la literalidad del artículo 497 LECrim, ese plazo no se debía computar desde el momento en que se ejecutó materialmente la detención sino desde que desde que el detenido le hubiera sido entregado al Magistrado instructor, lo que no se verificó hasta las 20:30 horas del día 28 de junio de 2006.

5. En atención a la doctrina constitucional expuesta, y tal como también solicita el Ministerio Fiscal, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a su libertad personal (artículo 17.1 CE) por haber prolongado la situación de privación de libertad del recurrente fuera del plazo de 72 horas previsto legalmente en el artículo 497 LECrim.

En primer lugar, la argumentación vertida en el Auto de apelación para justificar que, conforme a la literalidad del artículo 497 LECrim, el cómputo del plazo de las 72 horas de la detención judicial debe realizarse desde que el detenido le hubiera sido entregado al Magistrado instructor ni resulta inequívoco desde una interpretación literal de dicho precepto ni, en cualquier caso, es asumible desde la perspectiva que disciplina la libertad personal como derecho fundamental del ciudadano (artículo 17.1 CE). Ciertamente, tal como ya se ha trascrito más arriba, el párrafo primero del artículo 497 LECrim, al regular la actuación de la autoridad judicial en los casos en que le sea entregado un ciudadano objeto de una detención por un particular o por autoridad o agente de policía judicial, dispone que en el plazo de 72 horas «a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado» deberá regularizar su situación, elevándola a prisión o dejándola sin efecto. Igualmente, el párrafo segundo del artículo 497 LECrim, y ya específicamente para los supuestos en que la detención haya sido acordada judicialmente, dispone que el Juez deberá hacer «lo propio, y en idéntico plazo». Por tanto, desde la literalidad del precepto, y teniendo en cuenta la remisión del párrafo segundo al párrafo primero del artículo 497 LECrim, lo único que es inequívoco es que la ley, en los casos como el presente de detención judicial, impone que el Juez «en idéntico plazo» —es decir, 72 horas— haga «lo propio» —esto es, elevar la detención a prisión o dejarla sin

efecto—. Pero, en ningún caso, que el cómputo de esas 72 horas deba realizarse «desde que el detenido le hubiese sido entregado».

6. Un vez descartado que la literalidad del artículo 497 LECrim lleve a una única conclusión interpretativa sobre el momento a partir del cual debe realizarse el cómputo de las 72 horas, además, como ya se ha señalado, el pretender desplazar el comienzo de ese cómputo desde el momento en que efectivamente se produjo materialmente la detención en ejecución de la decisión judicial hasta que el detenido sea materialmente puesto a disposición judicial, no sólo resulta contradictorio con la propia naturaleza de la detención judicial y su delimitación con la detención gubernativa, sino que también es lesiva de la efectividad de la garantía constitucional del derecho a la libertad (artículo 17.1 CE), en relación con la previsión del establecimiento de una limitación temporal precisa de esta concreta medida cautelar.

En efecto, el párrafo primero del artículo 497 LECrim establece el momento de la entrega del detenido al Juez como momento inicial para el cómputo del plazo para que la autoridad judicial regularice la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que esa puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía judicial *a posteriori* de la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el párrafo segundo del artículo 497 LECrim es una privación de libertad que no trae causa de una decisión ajena a la propia autoridad judicial y, por tanto, la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, y en los términos señalados por el Ministerio Fiscal, tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía en este caso era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención.

Esta conclusión no puede ser objetada con el argumento de que la autoridad judicial no podría adoptar una decisión sobre la situación del detenido si previamente no se le ha hecho entrega material del mismo. Con carácter general, en la medida en que en los casos de detención judicial la policía no deja de ser un mero instrumento de ejecución de lo acordado judicialmente, ya desde el mismo momento de la detención, la autoridad judicial, como no puede ser de otro modo, tiene una plena disponibilidad sobre la situación del detenido.

(...)

Por otra parte, la pretensión de que el cómputo del plazo se inicie sólo con la entrega material del detenido a la propia autoridad judicial, implicaría la existencia de un periodo de situación de privación de libertad —la que transcurre entre la ejecución material de la detención judicial por parte de la policía y la efectiva entrega a la autoridad que ordenó la detención— en que a pesar de contarse con un presupuesto habilitante —la orden judicial de detención— sin embargo, no contaría ni con la limitación temporal propia de la detención gubernativa —que no lo es por no

haberse decidido la detención por dicha autoridad— ni con la de la detención judicial, por pretenderse excluir de su cómputo. Esto supondría consagra por vía interpretativa un supuesto de privación de libertad de tiempo potencialmente ilimitado y, por ello, lesivo del artículo 17.1 CE.

Por tanto, desde la perspectiva del artículo 17.1 CE, el plazo de 72 horas a que, por remisión, se refiere el párrafo segundo del artículo 497 LECrim en los supuestos de detención acordada por autoridad judicial, debe computarse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención. Esto determina que, en el presente caso, al haber tenido lugar la ejecución material de la detención sobre las nueve horas y cincuenta minutos del día 27 de junio de 2006 y, por tanto, finalizar el plazo máximo legal a las nueve horas y cincuenta minutos del día 30 de junio de 2006, la decisión judicial de prorrogar la detención hasta las nueve horas y treinta minutos del 1 de julio de 2006 vulneró el derecho del recurrente a su libertad personal (artículo 17.1 CE), para cuyo restablecimiento, habida cuenta de la cesación de los efectos provocados por dicha decisión, bastará con la anulación de las resoluciones impugnadas.

Sentencia 181/2011 del TC, de 21 de diciembre

Ponente: Adela Asúa Batarrita

Resumen: Euroorden. Ampliación de euroorden y trámite de audiencia

Artículos: 14 y 24 Ley de Orden europea de detención y entrega y 24 CE

Euroorden: Se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión debido a la tramitación *inaudita parte* de la solicitud de ampliación de una orden europea de detención y entrega, sin que constituya óbice alguno a la necesidad de contar con un trámite de alegaciones el hecho de que el reclamado se encuentre ya en el país que solicitó su entrega, ni que la Ley española de 2003 guarde silencio sobre este extremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) es importante poner de relieve que la cuestión que se dirimía en la causa seguida en la Audiencia Nacional era una solicitud de autorización, cursada por las autoridades holandesas a través de una orden europea de detención y

entrega, para enjuiciar a quien ya fue entregado por las autoridades españolas por hechos distintos a aquellos que motivaron la entrega inicial, y que para resolver esa modalidad de solicitud —que viene denominándose «ampliación de entrega»— la Ley 3/2003, de 14 de marzo, no

contempla expresamente un trámite de alegaciones en el que la persona reclamada, por sí misma o a través de Letrado, pueda oponerse a tal pretensión. Así, el artículo 24.3 de la citada ley, en el que se regula la ampliación de entrega, se limita a expresar que la solicitud de autorización emitida por el Estado emisor deberá aceptarse «por la autoridad judicial de ejecución en el plazo máximo de treinta días, si la infracción que motiva la solicitud fuese motivo de entrega de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, y sin perjuicio de las garantías a que se refiere el artículo 11 de esta Ley». Salvo el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 3, y las exigencias de que los delitos por los que se solicita la autorización fuesen motivo de entrega y de que se respeten las garantías previstas en su artículo 11, la Ley 3/2003 tampoco hace mención expresa de los requisitos que deben satisfacerse para acordar la ampliación de entrega. Contrasta ese silencio con lo previsto para la tramitación de una solicitud ordinaria de entrega por los órganos judiciales españoles, en la que, según dispone el artículo 14 de la mencionada ley, deberá celebrarse una audiencia de la persona detenida ante el Juez Central de Instrucción, con asistencia del Ministerio Fiscal y del Abogado de la persona cuya entrega se solicita, en la que podrá consentir u oponerse a la entrega, y proponer los medios de prueba relativos a la concurrencia de las causas de denegación o condicionamiento de la entrega.

En dicho artículo 14 se contiene referencia expresa a la posibilidad de que la persona detenida renuncie a acogerse al principio de especialidad, principio conforme al cual el Estado de emisión de la orden no puede ampliar el enjuiciamiento o, en su caso, la ejecución de una pena a otros delitos distintos de los específicos que motivaron la solicitud de entrega. Concretamente el artículo 14.2 dice:

«2. En primer lugar, se oír a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega.

Si la persona detenida consintiera en su entrega, se extenderá acta comprensiva de este extremo, que será suscrita por la persona detenida, el secretario, el representante del Ministerio Fiscal y el juez. En la misma acta se hará constar

la renuncia a acogerse al principio de especialidad, si se hubiera producido.

En todo caso, el Juez Central de Instrucción comprobará si el consentimiento a la entrega por parte de la persona detenida ha sido prestado libremente, y con pleno conocimiento de sus consecuencias, y en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad. A continuación si no hubiera consentido el juez oír a las partes sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega».

En la solicitud de ampliación de entrega que estamos examinando, la persona reclamada ya se halla en el Estado de emisión en virtud de una previa decisión de las autoridades españolas, pero esta circunstancia no permite fundamentar que pueda prescindirse de un trámite de alegaciones, ya oral, ya escrito, ante el órgano judicial de cuya decisión depende la autorización para el enjuiciamiento, por hechos distintos a los que motivaron la entrega inicial. Tanto la legislación española como ya la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, de la que aquélla trae causa, han mantenido el principio de especialidad como criterio rector de las ampliaciones de entrega, lo cual implica que la decisión al respecto no puede considerarse como un trámite automático carente de límites, sino que también aquí deben respetarse las garantías propias de los actos de entrega. Tal como el artículo 24.3 de la Ley 3/2003 expresa, salvo que España, como Estado de ejecución, hubiera comunicado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable a prescindir del citado principio, y junto a otras excepciones tampoco aplicables al caso concreto, el consentimiento o autorización para la ampliación de entrega no podrá presumirse por el Estado emisor, sino que deberá formalizarse una solicitud a tal fin, que deberá autorizar el Estado español.

Podemos concluir, de este modo, que la solicitud de las autoridades holandesas no permitía una concesión automática, sino que, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 3/2003 y no habiendo renunciado el demandante de amparo al principio de especia-

lidad [artículo 24.4.a) y b) de la misma norma], debía la Audiencia Nacional tramitar dicha solicitud ateniéndose a los requisitos, garantías y limitaciones que establece la citada ley para la entrega ordinaria. A esa misma conclusión ha llegado, por lo demás, la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en el presente caso, habiendo hecho depender la ampliación de entrega —tal como queda reflejado en la motivación del Auto que ahora se impugna— no sólo del sometimiento de la misma a las garantías previstas en el artículo 11 de la referida Ley 3/2003, sino asimismo de la inexistencia de las causas de denegación previstas en su artículo 12. Pues bien, si la ampliación de entrega ha de hacerse depender de tales circunstancias, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) impone ofrecer a la persona reclamada la posibilidad de intervenir en el procedimiento con el fin de poder argumentar sobre el cumplimiento de tales garantías y la concurrencia o ausencia de causas de denegación. No puede olvidarse a este respecto que la orden europea de detención y entrega, como la extradición, conlleva relevantes efectos perjudiciales para el afectado, como la posible condena por delito y afectación consiguiente a su derecho a la libertad personal (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; y 30/2006, de 30 de enero, FJ 4). En el presente caso, tal afección se concreta en una solicitud de enjuiciamiento —dependiente, en respeto al principio de especialidad, de la autorización de la Audiencia Nacional— por hechos delictivos muy graves que pueden dar lugar a una condena de reclusión perpetua conforme a las leyes penales holandesas.

4. Sentada la necesidad de garantizar el derecho de defensa del reclamado, la ausencia de referencia expresa en la Ley 3/2003 a la realización de un trámite de alegaciones no ha de erigirse en obstáculo insalvable para que los órganos judiciales deban posibilitar su intervención en el procedimiento, por lo que es obligado realizar una interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones que regulan la ampliación de la entrega.

Aunque la Ley no disponga expresamente de un trámite de audiencia, del conjunto de la regulación puede derivarse, como ya hemos

puesto de manifiesto, la necesidad de tramitar tal solicitud atendiendo a los límites, criterios y garantías que rodean la decisión de entrega ordinaria. En esa medida, la exigencia de que la persona afectada pueda intervenir ante el órgano judicial que ha de acordar la autorización resulta evidente a la luz del artículo 24 CE, y permite acomodar de modo coherente la decisión judicial al principio de especialidad establecido en el artículo 24.3 de la referida Ley 3/2003.

Como ya hemos puesto de relieve, en el presente caso la Audiencia Nacional tramitó la petición de las autoridades holandesas como si de una solicitud de entrega ordinaria se tratase, haciendo depender su aquiescencia a la misma también de la inexistencia de las causas de denegación previstas en el artículo 12 de la Ley 3/2003, tal como se aprecia de la mera lectura del Auto de 30 de enero de 2009, ahora recurrido en amparo. Sin embargo, ni el Juzgado Central de Instrucción ni, después, la Sala de lo Penal, posibilitaron la intervención del demandante en el procedimiento, por sí mismo o a través de un Abogado para, si así fuera lo conveniente a sus intereses, plantear la eventual existencia de causas de denegación y oponerse a la ampliación de entrega. De hecho, sólo se dio traslado de las actuaciones al Ministerio público y la designación de Abogado de oficio instada por la Sala se produjo un día antes de la fecha del Auto que acuerda la ampliación de entrega, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, a los solos efectos de su notificación.

A tenor de lo afirmado, debemos concluir que el órgano judicial debió haber proporcionado al recurrente de amparo las condiciones necesarias para el ejercicio de su derecho de defensa frente a la solicitud cursada por las autoridades holandesas y que, al no haber actuado conforme a tal exigencia, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE). Procede, en consecuencia, la estimación de dicha queja y la anulación del Auto de 30 de enero de 2009 que acuerda la ampliación de entrega, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del citado Auto, a fin de que se dicte una nueva resolución acorde al derecho vulnerado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 199/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de marzo

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

Resumen: **Entrada y registro**

Artículos: **368 Código Penal; 182 CE y 569 y 729.2 LECrim**

Condena por delito contra la salud pública para la que resultó decisiva la diligencia de entrada y registro que es considerada ajustada a Derecho por la Sala, deteniéndose en la problemática que se plantea con la exigencia de la presencia del interesado cuando se practican registros simultáneos. Se analiza, asimismo, la cuestión de los límites a la facultades del tribunal en orden a la práctica de prueba en el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—(…)

En principio la proposición de pruebas en el proceso penal ha de hacerse en el momento especialmente previsto por la Ley, que garantizan el principio de igualdad entre las partes y, al propio tiempo, favorecen las exigencias de la lealtad procesal.

Desde esta perspectiva constitucional ha de admitirse, en atención al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión, que la posibilidad de proponer prueba en el proceso penal ha de entenderse amparada hasta el mismo acto del juicio oral como expresamente permite para el procedimiento abreviado el art. 786.2 LECrim siempre que ello esté razonablemente justificado, no suponga un fraude procesal, y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de las partes (STS 1060/2006 de 11-10). La razón es que al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a testigos, peritos etc. e incluso y

acto seguido de su proposición, todavía pueden proponer otras que las desvirtúen, no ocurre así cuando sí se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, pues dice la STS 29-9-98 «ya no se puede someter a la prueba tan extemporáneamente incorporada más que a contradicción dialéctica pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de acusados, testigos, peritos o de otra prueba, también “in extremis”, de signo contrario, causando así a la parte que no la propuso una verdadera y material indefensión».

Ahora bien el caso presente ofrece la peculiaridad que las copias de las actas de aprehensión ya estaban aportadas a las diligencias desde el primer oficio policial solicitando el mandamiento de entrada y registro, limitándose el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral a presentar las originales, que fueron admitidas por la Sala con base al art. 729.2 LECrim. En este sentido la STS 23-11-2007 recuerda con cita en la STS 599/94 de 21-3 que «si bien es cierto que el art. 729.22 LECrim autoriza al Tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la

comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un Tribunal imparcial (art. 6 CEDH y 24 CE). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el Tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2 LECrim no puede ser utilizado por el Tribunal en contra del acusado, como lo pretende la recurrente. Y, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva del acusador particular en un proceso penal no implica que el Estado deba asumir (el costo de) las pruebas que aquél necesite para hacer valer su pretensión». Igualmente, se ha precisado (STS 918/2004 de 16-7), que: «el art. 729 LECrim, incluido en la normativa general que regula el procedimiento ordinario, contempla varias excepciones a la regla general del art. 728 LECrim sobre la práctica de las pruebas en el juicio oral, respetando el equilibrio de las partes propio del sistema acusatorio para preservar la imparcialidad del juzgador. El art. 729.2 y 3 LECrim, como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejerce una facultad ordinaria de resolución que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación». En particular existe un consolidado cuerpo de doctrina, antes y después de la STS 2706/93 de 1-12, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729.2 LECrim (SSTS 22-1-92, 21-3-94, 23-9-95, 4-11-96, 11-11-98, 15-5-99, 1186/2000 de 28-6, 328/2001 de 6-3), reconduciendo su contenido al menos «lesivo» del art. 729.3, cuya limitación a la excepcionalidad de la prueba para valorar exclusivamente las pruebas testificales ha sido superada por el principio de defensa contenido en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos suscritos por España.

En el caso que se discute las fotocopias que obraban en autos no habían sido impugnadas en momento alguno por las partes, por lo que no se justifica qué indefensión ha podido producir a estas la incorporación de los originales, máxime cuando el tribunal de instancia admitió estos en aquellos extremos en que ambas coincidieran, en cuanto a que los elementos a tener en consideración son los dados que aparecían en las copias que son reproducción de esos originales y no aquellos que aparecen en el dorso de algunas paginas y que no constan en las actuaciones (...).

Décimo.—El motivo quinto por infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim) vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que produzca indefensión, con derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, así como a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

El recurrente desglosa dos submotivos que desarrolla separadamente:

(...)

a) En relación al submotivo a) del art. 569 LECrim establece que el registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente.

Esta exigencia legal supone determinar quién sea el sujeto cuya presencia reclama el precepto referido.

La diligencia de entrada y registro es una diligencia que supone una injerencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que se configura como prueba anticipada por la imposibilidad de su reproducción en el acto del juicio oral, de ahí que en la determinación de quién era el sujeto que debe estar presente en el registro deben tenerse en cuenta esos dos aspectos de la diligencia, de una parte la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y de otra la configuración de la misma como una prueba.

Desde esta perspectiva la condición de interesado no puede centrarse en la titularidad de la vivienda que constituye el domicilio, sin más especificaciones, ya que el concepto de titularidad es amplio y específico de vinculación con el inmueble registrado. En dicho concepto además

se incluyen una diversidad de situaciones jurídicas de relación con la vivienda en la que la vinculación es meramente formal, y por tanto puede resultar que ni tan siquiera coincida la condición de titular con la de usuario u ocupante.

Por otra parte y atendiendo al segundo aspecto al que nos referíamos, la identificación del sujeto interesado que debe estar presente en el registro domiciliario por imposición del art. 569 LECrim debe realizarse en atención al interés que viene a prodigar el precepto mediante la exigencia de la presencia obligatoria en la diligencia de entrada y registro. En dicha diligencia el sujeto va a sufrir una actuación limitadora de su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, pero con una específica finalidad de investigación de un hecho delictivo.

De lo expuesto se deduce que el interés que viene a proteger el art. 569 opera en dos planos distintos, si bien igualmente relevantes: la afectación del derecho a la intimidad del domicilio y del derecho de defensa en cuanto a la posibilidad real y efectiva de intervenir en la diligencia de la que pueden derivarse consecuencias incriminatorias.

En la delimitación de ese interés no puede obviarse la finalidad investigadora del registro. El resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de los efectos relevantes para la investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba preconstituida, por la evidente imposibilidad de reproducirla en el acto del juicio oral, de forma que el único modo que tiene el imputado de hacer efectivos sus derechos de defensa y de contradicción es la intervención en el registro, ya que en el acto del plenario la contradicción a la que se va a someter es únicamente formal, y en ningún caso podrá ya cuestionar la materialización de la diligencia.

La jurisprudencia de esta Sala Segunda ha abordado esta cuestión de forma diversa. En algunas resoluciones ha señalado que el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECrim no es necesariamente la persona imputada sino el titular del domicilio registrado, cuyo interés afectado es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria que se sacrifica con tal diligencia (en tal sentido se pronuncian las SSTS 18-7-98, 16-7-2004, 3-4-2009).

Por el contrario otras sentencias entienden que la expresión interesado, cuya presencia exige el art. 569 LECrim debe entenderse la persona que es objeto de la pesquisa policial, ya que es la directamente interesada en el resultado del registro por las repercusiones procesales y penales que de su desarrollo se derivarán (SSTS 27-10-99, 30-1-2001, 26-9-2006).

La sentencia de 27-1-2009 se refiere a la cuestión planteada, afirmando que el interesado al que se refiere el art. 569 LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos; y en caso de no estar presente el interesado, siendo posible, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de un resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes en cuanto totalmente desorientadas de la primera. Afirma no obstante que desde el punto de vista del derecho de contradicción, interesado es también el imputado, pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina su nulidad, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción.

En la STS 968/2010 de 4-11 se precisa que la ausencia del interesado tampoco ha sido determinante —se dice STS 751/2006 de 7-7— aunque sea razonable la protesta en el plano de la legalidad ordinaria porque la presencia de otros ocupantes es bastante para garantizar lo que fue objeto de ocupación y demás incidencias de la diligencia practicada en los términos constatados por el fedatario judicial.

La inocuidad de la ausencia, cuando concurren circunstancias especiales, se declaró también en la STS 967/2009 de 7-10, en la que se proclamó que nuestro sistema de garantías constitucionales —decíamos en la STS 777/2009 de 24-6— no incluye como presupuesto legitimante la presencia litisconsorcial de todos y cada uno de los moradores de la vivienda que es objeto de registro.

Y en la STS 771/2010 de 23-9 recordamos que ciertamente la jurisprudencia es uniforme en exigir la presencia del interesado —persona investigada— en la realización del registro en

aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehúse su presencia en la diligencia. Tal presencia, si es posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe rodearse toda diligencia de prueba y más por las características de los registros domiciliarios en los que la ausencia de contradicción en el acto del mismo en que se lleva a cabo no puede cumplirse por la actividad contradictoria que posibilita el debate del juicio oral. Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim (SSTS 833/97 de 20-6, 40/99 de 19-1, 163/2000 de 11-2, 1944/2002 de 9-4-2003).

Ahora bien esta Sala Segunda ha admitido la regularidad de la ausencia del interesado detenido cuando se encontraba presente en un registro en otro domicilio (STS 3-10-2009), siendo precisamente estos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente los que constituyen una de las excepciones, al requisito de la presencia del interesado ya detenido, admitidas por nuestra jurisprudencia, STS 947/2006 de 26-9, que se refiere al caso de que se efectúen simultáneamente varios registros en distintos lugares, lo que, obviamente, imposibilitaría la presencia simultánea del «interesado» en varios domicilios a la vez.

Esta sería la situación contemplada en las presentes diligencias, en las que se solicitó la entrada y registro para su práctica simultánea en varios domicilios.

Sentencia 273/2011, Sala Segunda del TS, de 8 de abril

Ponente: **Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Entrega vigilada**

Artículos: **368 Código Penal y 263 LECrim**

Delito contra la salud pública y entrega controlada de paquete postal con cocaína. Se expone la doctrina general sobre la diligencia de entrega vigilada con especial consideración del extremo relativo a la apertura judicial del paquete que la contenía a presencia del destinatario, sin que sea necesaria la asistencia de letrado, al no estar detenido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Antes de dar respuesta a esta cuestión, hemos de recordar que la Conferencia Internacional sobre el «Uso indebido y el Tráfico ilícito de drogas» fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y se celebró en Viena con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un «Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras». El Capítulo III se llamaba «supresión del tráfico ilícito» y en su art. 18 se subraya la eficacia de la «entrega vigilada»

como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final.

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, *corpus iuris* de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el art. 1, exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos.

La consecuencia en nuestro derecho interno fue el nuevo art. 263 bis de la LECrim, introducido por el LO 8/1992 de 23 de diciembre, modificado por la LO 5/1999, de 13 de enero, que

entre otras innovaciones *excluye la aplicación del art. 584 de la LECrim* en la interceptación y apertura de envíos puntuales sospechosos de contener estupefacientes.

En el marco europeo, el sistema Schengen de 1985 a cuyo «Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990» al que España se adhirió, el 25 de junio de 1991 (BOE 5 abril 1994), establece en su art. 73 que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo en concreto el párrafo 3 que «cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir».

Estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de esas legislaciones.

De manera que el citado artículo 73 del Tratado de Schengen autoriza a las partes contratantes a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para descubrir a los autores de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y control de las actuaciones en sus respectivos territorios, por lo que tenemos que reiterar que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas, por lo que no es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los

actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece.

Cuarto.—Esta Sala Casacional ya se ha pronunciado en un asunto semejante, en la STS 1085/2000, de 26 de junio. Para resaltar tal similitud, conviene señalar que en tal precedente decíamos: «el recurrente alega que no estaba presente su letrado [en la diligencia de apertura del paquete] y de tal ausencia deriva la nulidad de toda la diligencia con la violación de los derechos citados». Pues, bien, la doctrina mantenida entonces, que ha de ser ahora reiterada, es la siguiente: «el motivo tampoco puede prosperar, el art. 520 de la LECrim fija con claridad y detalle el régimen y *status* del detenido, especificándose, en relación a la presencia de letrado que éste debe asistirle “... a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto...”. La apertura del paquete en sede judicial no es una diligencia de declaración ni de identidad, es sólo la incorporación a la instrucción del objeto del delito. En tal sentido el propio art. 584 de la LECrim sólo exige la presencia del interesado».

Por si fuera poco, tal presencia está excluida en el protocolo de apertura preliminar con objeto de procederse a la entrega vigilada, como ya hemos señalado, en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Carecería de sentido que en tal instante pudiera abrirse con la sola garantía judicial, sin la asistencia del destinatario, y después, una vez que llega al mismo, se refuercen esas propias garantías, adicionándose a la presencia del interesado —única por cierto exigida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la adicional asistencia letrada. Y asimilándolo con otras diligencias sumariales, ocurre lo propio, ya que no estando detenido el imputado, no es exigida tampoco la presencia letrada *ad exemplum* en un registro domiciliario.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado (...).

Sentencia 386/2011, Sala Segunda del TS, de 18 de abril

Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Resumen: **Entrada y registro**

Artículos: **368 Código Penal; 182 CE; 545 LECrim y 213 Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana**

Tráfico de drogas y diligencia de entrada y registro: Acreditada la legitimidad de la entrada por la policía en vivienda tras una explosión e incendio, la aplicación de la doctrina del hallazgo inevitable conduce asimismo a afirmar idéntica legitimidad del posterior registro practicado una vez obtenido el correspondiente mandamiento judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. En el motivo cuarto se alega la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución Española, y en consecuencia la derivada ilicitud de los hallazgos obtenidos por la Policía, que constituyen el soporte probatorio del relato histórico en lo que atañe a la posesión y tenencia de elementos y sustancias estupefacientes, y a la ocupación del documento oficial falsificado.

Alega el recurrente que la primera entrada de la Policía en su domicilio no tenía justificación una vez que los bomberos habían sofocado el incendio y revisado la casa. La argumentación ya expuesta ante la sala de instancia y resuelta desestimatoriamente por ella reitera la misma tesis sin desvirtuar los argumentos desestimatorios de la Sentencia.

En efecto, en la vivienda se había producido una gran explosión, seguida de incendio, que exigió como primera medida la intervención de los bomberos para la extinción de las llamas. Pero una vez hecho su trabajo no por ello quedaba impedida la Policía de realizar el suyo, entrando en el lugar donde había habido una gran explosión, de origen todavía en ese momento desconocido. La Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo obliga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a actuar «con la decisión necesaria y sin demora cuando de ella dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance». Y el art. 21.3 de la

Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero específicamente declara causa legítima para la entrada en un domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente «u otros semejantes de extrema y urgente necesidad». Obvio es decir que un incendio precedido de una gran explosión justifica la entrada de la Policía, como acción necesaria, oportuna y proporcionada y que la acción de los bomberos que entraron en primer lugar para apagar el fuego como necesidad inmediata no exime a la Policía de inspeccionar y comprobar lo necesario para eliminar en su caso la permanencia del riesgo, máxime cuando el origen de la explosión no estaba todavía determinada y no era descartable por tanto su repetición.

A partir de esa legítima entrada policial, los Agentes encontraron productos altamente inflamables y sustancias que pudieran ser estupefacientes; hallazgo inevitable a la vista de los Agentes que les determinó a variar la naturaleza de su inspección, por lo cual, dando cuenta al Juzgado de Instrucción de los indicios existentes, solicitaron del órgano judicial un mandamiento de entrada, concedido por Auto motivado, dirigido ya a la realización de un registro para la búsqueda de datos y elementos relevantes en la investigación criminal de un posible delito de tráfico de drogas.

No hay por tanto vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la primera entrada, justificada por la explosión e incendio en la vivienda, ni tampoco en la segunda entrada ordenada por decisión judicial, que permitió la ocupación de los elementos y sustancias cuya posesión por el acusado la Sentencia declara probados.

Sentencia 304/2011, Sala Segunda del TS, de 19 de abril

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Conspiración para delinquir**

Artículo: **579 Código Penal**

En un supuesto que trascendió a la opinión pública (dos miembros de ETA que recababan información en la zona de AZCA, Madrid, para determinar el lugar más adecuado para la colocación de un coche-bomba), se delimita el concepto de conspiración para delinquir en el contexto concreto de la actuación de grupos terroristas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Desde que la idea delictiva surge en la mente de una persona hasta su ejecución ha de recorrerse un camino, conocido por *iter criminis*, en que se han distinguido varias etapas: ideación, preparación, ejecución y consumación. La primera no es punible, pues la idea no ha salido de la persona y «los pensamientos no delinquen». Se hace necesario una exteriorización de la idea criminal para su punición. Con la etapa de la preparación comienza la fase externa y se integra por los denominados actos preparatorios que, en general, son impunes, a excepción de las denominadas resoluciones manifestadas, conspiración, proposición y provocación en los casos previstos en la ley penal. La dificultad surge a la hora de deslindar los actos preparatorios de los que suponen actos de ejecución, pues ésta supone la realización de actos dirigidos, directamente, a la realización del delito.

En este supuesto lo que hay que dilucidar es si los actos realizados por los acusados evidencian una superación de la fase de ideación para integrarse en la fase de preparación.

Si la fase de ideación se caracteriza por la del mero pensamiento de la comisión de un hecho delictivo, sin traspasar esa barrera personal de la ideación, la de preparación supone que la idea de delinquir ha sido ya acordada y se trata de exteriorizar a terceros esa idea para provocar el delito en otro, (provocación), para proponérselo, (proposición), o para acordar con otros su realización (conspiración).

Para la resolución de la presente impugnación hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante un supuesto de criminalidad organizada que se caracteriza, entre otras circunstancias, por la estructura organizada de la banda que realiza la acción delictiva y la jerarquización de los órganos de dirección y de voluntad, de manera que es la estructura jerárquica de la banda la que ordena la realización de hechos delictivos respecto a los que es necesario efectuar concretos controles, localizaciones de lugares idóneos para la acción cuya realización se asume como acto propio de la banda. En este sentido ordenan a los acusados, los cuales en tanto integrantes de la banda asumen sus contenidos delictivos y las órdenes que reciben. Estos miembros de la banda no adoptan el acuerdo sino que lo ejecutan, siendo la banda quien decide la realización de una acción típica de un hecho delictivo y, previamente, la realización de determinados actos de preparación del delito, tales como localización del lugar de mayor efectividad para la acción pretendida. En el supuesto del hecho probado la concreción del hecho delictivo es clara, la realización de un atentado terrorista en una zona de Madrid. Los acusados asumen la acción, saben que la acción que se les solicita contribuye eficazmente a la realización del hecho dispuesto por la banda —un atentado con coche bomba— y los acusados exteriorizan su voluntad de realizar el hecho desde el momento en el que alquilan el coche, se desplazan a Madrid, buscan la localización del lugar de colocación del coche bomba, con el evidente propósito de participar en el hecho diseñado por la banda armada.

En el hecho probado hay, desde luego, actos que evidencian una exteriorización de la ideación criminal tendentes a la realización del hecho, actos que rayan el comienzo de la ejecución, de manera que sólo pende, se afirma en la fundamentación, la orden de su realización, pues los acusados han reconocido el lugar y visitado emplazamientos. El criterio de la inexistencia de la preparación no es, como argumenta la sentencia, que no se hubiera dado la orden de actuar, pues en este supuesto de existir esa orden cualquier acto posterior ya supondría adentrarnos en el comienzo de la ejecución, pues la decisión está tomada y lo que resta ya comienza la ejecución del delito, cualquiera que fuera la teoría que se siguiera para delimitar los actos de preparación con los de ejecución.

En este supuesto existen unos actos que superan la mera ideación, el mero pensamiento en realizar un delito. El delito está concretado,

también el lugar de realización y el dispositivo de ejecución decidido (coche bomba). El acto de los acusados, verificar datos y comprobar y localizar posibles ubicaciones, exterioriza una voluntad de actuar en el sentido concretado. Se afirma en la sentencia objeto de la impugnación que no existe concierto de voluntades, pero el hecho probado refiere esa voluntad exteriorizada en la ejecución de actos dirigidos a la futura ejecución.

Consecuentemente, procede estimar el recurso opuesto por el Ministerio fiscal y casar la sentencia para declarar concurrente en la segunda sentencia un delito de conspiración para el delito de estrados terroristas a la pena de 4 años de prisión para cada uno de los acusados a los que se refiere el hecho probado. La pena impuesta lo es en el tramo mínimo de la procedente una vez rebajada en dos grados (art. 579 y 572 Cp).

Sentencia 444/2011, Sala Segunda del TS, de 4 de mayo

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Presunción de inocencia y valoración de la prueba en juicio con Jurado**

Artículos: **139 Código Penal; 465 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y 24.2 CE**

Presunción de inocencia y valoración de la prueba en juicio con Jurado: Causa seguida ante el tribunal del Jurado por hechos constitutivos de un delito de asesinato que desemboca en una sentencia de condena confirmada posteriormente en apelación por el Tribunal Superior de Justicia. La Sala estima el recurso de casación considerando vulnerada la presunción de inocencia ante el indebido uso que se hizo de las declaraciones sumariales en juicio con jurado considerándolas preferentes a las del plenario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

7.—(...)

B) El artículo 46.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado es una consecuencia de la inequívoca voluntad del legislador dirigida a que el Jurado decida únicamente en virtud de la prueba practicada en su presencia en el acto del juicio oral. A dicho objetivo se dirige la prohibición de que se remita al Tribunal del Jurado testimonio de actuaciones reproducibles como lo son las declaraciones del acusado, de testi-

gos o de peritos, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para compatibilizar tal objetivo con el que inspira la norma recogida en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el citado artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado autoriza a interrogar a dichos acusados, testigos o peritos, recabando de ellos la explicación de la supuesta contradicción entre lo que manifiestan ante el Jurado o lo que manifestaron con anterioridad. Para que el

Magistrado Presidente pueda determinar la pertinencia del requerimiento al acusado, testigo o perito, necesita conocer la veracidad de la contradicción alegada por la parte en su interrogatorio. A tal efecto la parte deberá haberse provisto del adecuado testimonio de aquella precedente declaración. Y, antes de formular la pregunta, debe facilitarlo al Magistrado-Presidente, el cual, en su vista, puede decidir fundadamente la admisibilidad del requerimiento de aclaración.

Con esta regulación no se busca que el Jurado conozca el contenido de las declaraciones anteriores. Antes, al contrario, la razón de ser de tal norma, que excluye la remisión de oficio al Tribunal, es evitar ese conocimiento. A ello no se opone que, una vez exhibido el testimonio de que dispone la parte, se una al acta. Porque ello no tiene otra finalidad que abrir la posibilidad de control en la apelación sobre la decisión de admisión o denegación de los requerimientos de aclaración. Esa es la finalidad de la norma y ahí agota sus efectos (cfr. SSTs 555/2010, 7 de junio).

C) En el supuesto que nos ocupa, los dos testigos de cargo que han sido decisivos para la afirmación de la responsabilidad criminal de Alexander, reconocieron a éste, en la fase de investigación, como uno de los que agredieron a la víctima y rompieron los cristales del establecimiento. Pero esos mismos testigos dirigieron una carta al Letrado de la defensa, en la que expresaban sus fundadas dudas acerca del reconocimiento que habían efectuado con anterioridad. Tales dudas se reiteraron en el plenario, rectificando ambos de forma patente y manifiesta el reconocimiento precedente.

En este contexto, la valoración por el Tribunal Superior de Justicia de la contradicción observada, no puede resolverse invocando la «... *gran cautela*» con la que deben observarse las declaraciones del plenario o insinuando, sin otro respaldo probatorio, el posible temor de los declarantes a futuras represalias, derivadas de la violencia del barrio en el que ambos trabajan. Tampoco es aceptable la mención que se hace en el FJ 5.º a la sentencia dictada por el Juzgado de Menores y por la que resultó condenado Isaac, uno de los coautores del hecho enjuiciado. Su incorporación *in totum* al material inculpatario ponderado por el órgano de instancia contraría

elementales exigencias derivadas del principio de contradicción y del derecho de defensa. La Sala no puede identificarse con el razonamiento de que esa sentencia actúa como «... *un indicio más que unido a los anteriormente expresados constituyen prueba de cargo válidamente obtenida y suficiente a los efectos de destruir la presunción de inocencia*». El desenfoque que esa afirmación implica, desde el punto de vista del significado de la valoración probatoria y del concepto mismo de elemento de prueba, refuerza, si cabe, las razones para la estimación de la queja del recurrente.

La función de esta Sala, en la actuación del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, no puede limitarse a constatar —decíamos en nuestra STS 49/2008, 25 de febrero— la coherencia del *factum* en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera, de un suceso histórico. Por el contrario, ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada. El control del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente inculpatario.

Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta

Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria des-

plegada por las partes (cfr. SSTs 1125/2010, 15 de diciembre; 1014/2010, 11 de noviembre y 985/2010, 3 de noviembre, entre otras).

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso.

Sentencia 434/2011, Sala Segunda del TS, de 17 de mayo

Ponente: **José Antonio Martín Pallín**

Resumen: **Apropiación indebida. Prueba de descargo**

Artículos: **24 CE y 652, 726 y 741 LECrim**

Condena por delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con delito continuado de falsedad en documento mercantil, anulada por la sala por no valorar la prueba de descargo aportada vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. El motivo nos enfrenta a una posible falta de tutela judicial efectiva ya que pudiera haberse omitido la valoración de pruebas de descargo que cubriesen todo el material probatorio, lo que no permitiría entrar en contrastes con otros elementos de prueba. Si repasamos someramente los hechos, se puede comprobar que todo transcurre en el seno de una relación de confianza entre el acusado (director de una sucursal bancaria) y el denunciante, cliente del banco (fallecido con posterioridad a los hechos) cuya acción mantiene su hermano. No creo que exista inconveniente en reconocer que entre ambos se había establecido una cierta relación de confianza, por lo que las alegaciones del acusado para intentar demostrar que todo había sido realizado con el conocimiento y consentimiento del fallecido adquiere una especial relevancia.

2. En este sentido, esgrime un documento que existe en las actuaciones (folio 235) y que pudiera acreditar la inexistencia de engaño alguno e incluso el consentimiento para imitar la firma. Dicho documento lleva fecha de 16 de abril de 2003 y aparece firmado por el denunciante. En él se manifiesta que «Ante el próximo

traslado del empleado (nombre del acusado) manifiesto estar conforme con los saldos al día de la fecha y con las operaciones realizadas hasta la misma, habiendo sido todas ellas a petición mía personal o telefónicamente y para que así conste firmo el presente documento». Existe pie de firma.

3. Como puede observarse, todas las operaciones imputadas son anteriores a la fecha del documento y abarcan desde junio del año 2000 hasta el 26 de enero de 2001 (cuatro operaciones en total) cuyo importe total, según la sentencia, asciende a 30.174,46 €. Los hechos que se consideran constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso con un delito continuado de estafa. Con posterioridad a la fecha de dicho documento, la persona que figura como firmante (Carlos Miguel) falleció. Su hermano y heredero presenta denuncia de los hechos el 21 de enero de 2005.

4. El contenido literal de dicho documento tiene una indudable influencia en la calificación jurídica de los hechos, pues no es lo mismo actuar a espaldas del titular de la cuenta y cliente del banco, que moverse en un marco de confianza que hubiera podido llevar al fallecido a firmar documentos en blanco. La sentencia, que tiene en cuenta las pericias caligráficas de los docu-

mentos declarados falsos, nada dice sobre el que ha planteado la parte recurrente. La sentencia está fundada sobre unos hechos que tienen perfiles delictivos pero pudieran quedar despojados de ilicitud penal si el contenido del documento de autorización (16 de abril de 2003) es verdadero. En todo caso, debería de pronunciarse, sobre si el documento ha sido manipulado en parte o carece de toda fiabilidad.

5. Para que pueda admitirse como cumplida la exigencia de motivación de la prueba y la fijación de los hechos, en función de su carga o efectividad probatoria, es necesario que la Sala sentenciadora tome en consideración tanto aquellas que se esgrimen por la acusación, como

elemento inculpatario, como las que pudieran tener el efecto de anular la apariencia probatoria de las primeras. El silencio sobre el valor de este documento es total, aunque se pudieran tener en cuenta los datos que facilita la parte recurrida en su impugnación del motivo, pero ello es tarea que corresponde a la Sala sentenciadora que no podemos suplir en este trámite. En consecuencia, estimamos que no se ha valorado la prueba de descargo, lo que lesiona el principio de tutela judicial efectiva. Ello da lugar a la anulación de la sentencia para que se dicte otra tomando en consideración todo lo expuesto con anterioridad

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 450/2011, Sala Segunda del TS, de 18 de mayo

Ponente: **Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Condena en apelación. Asesinato y robo**

Artículos: **139, 238 y 242 Código Penal; 24 CE y 739 y 846 LECrim**

Causa seguida contra varios acusados ante el Tribunal del Jurado por asesinato, robo con violencia y robo con fuerza. La Sala expone y aplica la doctrina del TC y del TEDH sobre la necesidad de practicar vista para poder condenar en apelación con base en pruebas personales, sin que sea suficiente observar el trámite de la última palabra para considerar cumplida la exigencia de audiencia al acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. El Tribunal Constitucional, a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, en efecto, ha establecido una doctrina, asentada a través de otras muchas (cfr. SSTC 120/2009, de 18 de mayo; 184/2009, de 7 de septiembre; 184/2009, de 7 de septiembre; o 127/2010, de 29 de noviembre), vinculándola al derecho a un proceso con todas las garantías, recogiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso,

decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal.

(...) cuando el tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la *culpabilidad o inocencia* del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados

o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia; 29 de octubre de 1991, caso Jan -Å ke Andersson c. Suecia; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia).

(...)

Más recientemente, el TEDH (SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovic c. Moldavia; 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España; y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España) reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.

(...)

Pero, desde una perspectiva de delimitación negativa, recuerda el TC (STC 272/2005, de 24 de octubre) que, por el contrario, no será aplicable el canon expuesto y, por tanto, «no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales».

(...)

3. Por otra parte, la exigencia de que el tribunal oiga al acusado directamente, valorando de este modo las pruebas de carácter personal para establecer su declaración de culpabilidad, *no puede confundirse* con el ejercicio al derecho a la *última palabra* por parte del acusado.

(...)

Es decir, y resumiendo, que el Tribunal no puede aceptar el argumento según el cual el hecho de que el acusado hable el último puede satisfacer tal exigencia. Y subraya que si el derecho del acusado a hablar el último reviste una importancia cierta, no puede sin embargo ser confundido con su derecho a ser escuchado, durante los debates, por un tribunal.

(...)

4. En nuestro caso, conforme al veredicto del Tribunal del Jurado, su Presidente dictó sentencia declarando probado, entre otros extremos: «(...) 6. *Cuando en el curso de los hechos Trinidad se percató de que el agresor era su vecino Ernesto y que cometía los hechos de común acuerdo con Josefa, el acusado Ernesto decidió unilateralmente* terminar con la vida de Trinidad. 8. *La acusada Josefa no participó en la decisión de terminar con la vida de Trinidad, ni la compartió ni alentó dicha decisión en modo alguno*».

Y la misma sentencia en su fundamento de derecho segundo precisó que «el Jurado, para formar su convicción que le ha llevado a estimar probados los hechos antes relatados... *ha tenido en cuenta las declaraciones* de ambos acusados, declaraciones de los testigos, pruebas periciales y prueba documental practicadas en el acto del juicio, y toda esta prueba se ha producido con todas las garantías de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de partes, por lo que constituye prueba de cargo válida y eficaz para desvirtuar el derecho constitucional de la presunción de inocencia».

(...)

5. Sin embargo, la sentencia recurrida en casación, es decir la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —ciertamente tras haber concedido el derecho a la última palabra a los recurrentes en la Vista— estimando el

motivo primero de apelación formulado por las acusaciones pública y particular, concluyó que los transcritos hechos probados sexto y octavo supusieron «un previo juicio de inferencia, no ajustado a las reglas del criterio humano, ni a las reglas establecidas por la jurisprudencia en lo concerniente a la participación delictiva, según se desprende del resto de los hechos declarado probados por el Tribunal, unido a la motivación del veredicto».

(...)

7. La convicción del Tribunal de primera instancia se formó, por lo tanto, sobre la base de la credibilidad que le merecieron aquellas *pruebas personales*, declaraciones de los acusados y testimonios que percibieron, viéndolos y oyéndolos en el plenario, y aceptándolos como plausibles, sobre los datos indiciarios únicos, y de no suficiente consistencia —como veremos— para reputar aquella arbitraria o contraria a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia, que atendió el Tribunal de Apelación, *careciendo de toda inmediación*, reintroduciendo a pesar de ello en el *factum* un hecho no probado y eliminando dos que sí fueron declarados probados.

(...)

8. Conforme vimos, lo cierto es que la Sala de Apelación quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Tribunal del Jurado las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente —con una profundidad distinta y muy superior a la que proporciona el formal derecho a la úl-

tima palabra— a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho de la recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE conforme a la expuesta doctrina del TC y del TEDH.

La declaración de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha de ir acompañada, en el presente caso, de la declaración de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (cfr. SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 12; 197/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 212/2002, de 11 de noviembre; FJ 4; 68/2003, de 9 de abril, FJ 4; 118/2003, de 16 de junio, FJ 6; 50/2004, de 30 de marzo, FJ 4; y 168/2005, de 20 de junio, FJ 4), puesto que las actuaciones ponen de manifiesto, tal como se ha expuesto con mayor detalle antes, que la única actividad probatoria desarrollada sobre los hechos fue de carácter personal, consistente en las declaraciones testificales y de los acusados, siendo así que la ponderación de dichos medios de prueba por el Tribunal de Apelación —descartando su contenido negativo— no estuvo rodeada de las debidas garantías de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, y resultando insuficientes, por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, las inferencias que realiza el mismo, corrigiendo las alcanzadas por el Tribunal de instancia a partir de aquellas pruebas de carácter personal practicadas, por lo que la Sentencia condenatoria carece de soporte constitucionalmente apto para enervar la presunción de inocencia.

Sentencia 448/2011, Sala Segunda del TS, de 19 de mayo

Ponente: Joaquín Giménez García

Resumen: Tráfico de drogas. Escasa entidad

Artículos: 368 Código penal

Se ofrece un listado de las primeras sentencias que aprecian el nuevo tipo privilegiado del delito de tráfico de drogas atendiendo a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del autor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En general y con la STS 374/2011, la aplicación jurisprudencial que viene efectuándose de este tipo privilegiado, desde la doble perspectiva contemplada en el tipo: escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable, se ha traducido en supuestos que se refieran a «venta al menudeo», es decir, el último eslabón de la red clandestina de venta, efectuado normalmente por drogodelinquentes, es decir, por persona que financia su toxicomanía con la venta de papelinas, requisito este último que no puede estimarse de concurrencia inexcusable.

En tal sentido se pueden citar las siguientes resoluciones de esta Sala que han aplicado este tipo privilegiado.

STS 32/2011, primera que aplicó el tipo privilegiado. De la misma, retenemos el siguiente párrafo contenido en el penúltimo párrafo del FJ tercero en el caso de «... ofrecimiento en venta por el condenado a funcionarios policiales de paisano de sustancias estupefacientes, en concreto, se le ocupó en posesión de 0,650 gramos de cocaína con una concentración del 14,4 % y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina, diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente tenía destinadas a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56,94 euros...».

Se dice en la sentencia que se está en presencia de un vendedor de papelinas que constituye el último eslabón de la venta al menudeo siendo adicto al consumo de drogas, considerándose que esta situación encaja en el tipo privilegiado, teniendo en cuenta la escasa gravedad del hecho y la menor culpabilidad del sujeto.

STS 51/2011, de 11 de febrero, en el caso de la ocupación de cinco papelinas de heroína con un peso total de 1,8 gramos con valor económico no establecido y por persona emigrante que se dedicaba a la venta al menudeo, y por lo tanto situado en el último eslabón de la cadena existiendo duda sobre su condición de consumidor.

STS 168/2011, de 22 de marzo, en este caso se trataba según el *factum* de una mujer,

Marina, conocida por Paola que trabajaba en un club de alterne y que facilitaba a los clientes que acudían al mismo, y le demandaban, cocaína. Según el relato en el registro de su taquilla se le encontraron 28 papelinas con un peso total de 11,346 gramos de cocaína con una concentración del 24,8% y un valor en el mercado de 899,93 euros y 10 euros. Dicha sustancia la tenía para su entrega a los clientes.

Ya en la fundamentación, al resolver el motivo séptimo del recurso de la insinuada Marina se razona que la petición de la recurrente de que se le aplicase el tipo privilegiado del art. 368.2.º CP «... es razonable y lo apoya el Fiscal. En la hipótesis concernida, aunque no nos enfrentemos, a un acto aislado de tráfico, sino a múltiples actos, no impide considerar el hecho de escasa gravedad por tratarse de venta al menudeo, llevado a cabo por persona adicta y en el marco de una relación de prostitución, cuyas condiciones de trabajo vienen impuestas por la disciplina de los encargados del local...».

En consecuencia se estimó este motivo y se le impuso la pena de un año de prisión y seis meses y multa de 600 euros, frente a la condena de tres años de prisión que se le impuso en la instancia.

STS 241/2011, de 11 de abril, en el caso de vendedor de una sola papelina de cocaína sin ocupársele más sustancias, siendo el sujeto extranjero, en situación irregular en España.

STS 242/2011, de 6 de abril, en el caso de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último eslabón de venta al menudeo con una invocada —pero no probada— adicción a sustancias estupefacientes.

STS 298/2001, de 19 de abril, en el caso de venta de una papelina de cocaína de 0,51 gramos y concentración del 49,93%, por importe de 30 euros.

STS 337/2011, de 18 de abril, en el caso de la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0,090 gramos y una concentración del 85'5%, con un valor en el mercado de 13,07 gramos.

Cuarto.—Pues bien, en el presente caso se está en presencia de una única venta de una papelina de cocaína de 0,421 gramos con una concentración del 17,50% lo que da un neto de cocaína de 73 miligramos, cantidad que si bien está por encima del umbral a partir del cual no cabe la aplicación del principio de insignificancia —véanse Plenos no Jurisdiccionales de esta Sala de 24 de enero de 2003 y 5 de febrero de 2005—, es claro que se está ante una venta «*al menudeo*», de escasa gravedad, por lo que es claro que concurre la menor antijuridicidad de la acción pues no de otra forma debe calificarse la referencia a la «*escasa entidad del hecho*» a que se refiere el párrafo 2.º del art. 368 CP.

Por lo que se refiere a «*las circunstancias personales del culpable*», que es el segundo criterio al que se refiere el tipo privilegiado, es claro que por tal debe entenderse una menor culpabilidad de la acción delictiva, pudiéndose considerar como supuestos que acreditarían tal menor culpabilidad los supuestos de marginalidad, los de traficantes al menudeo que financian

su propia adicción con la venta de pequeñas cantidades y, en general cualquier dato que no pueda dar lugar a la aplicación de circunstancias de atenuación ex art. 21 Cpenal.

En el presente caso, en relación a las circunstancias personales solo aparece en la sentencia la condición de extranjero pero sin que conste ningún dato más. En tal situación, estimamos que es suficiente con la menor antijuridicidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que no es preciso que concurren de forma conjunta la menor antijuridicidad y la menor culpabilidad, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro.

Al respecto hay que recordar que el tipo privilegiado tiene una vocación de aplicación más generalizada y no excepcional, excepcionalidad que, por cierto, aparecía en el texto del Proyecto de Ley y que ha desaparecido en el texto legal, aun dentro de su aplicación discrecional y por tanto motivada.

Sentencia 543/2011, Sala Segunda del TS, de 15 de junio

Ponente: José Ramón Soriano Soriano

Resumen: Intervenciones telefónicas. Prueba ilícita

Artículos: 368 Código Penal; 111 Ley Orgánica del Poder judicial y 18 CE

Tráfico de drogas. Se hace aplicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala de 26 de mayo de 2009 para declarar la irregularidad de las intervenciones telefónicas provenientes de otras diligencias que pese a ser impugnada en tiempo y forma no fue debidamente atendida por el juzgador de instancia ocasionando la nulidad de la prueba refleja.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Distinto es el otro aspecto de la queja planteada. Ésta se fundamenta en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009 y SSTS núm. 496/2010 de 14 de mayo y núm. 744 de 26 de julio. En dicho Pleno se establecen las siguientes premisas:

a) En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

b) En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de pruebas en otro pro-

cedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad del aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

c) Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de prueba.

3. No puede pretenderse que por el hecho de que el proceso que nos ocupa se incoe, en virtud de un oficio policial, y no por testimonios de otro proceso (272/2008 del Juzgado núm. 2 de Ordes) le resulte inaplicable el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, pues es lo cierto que el contenido de dicho oficio (ver folios 4 a 21 de la causa), esto es, la mayor parte de su contenido, en particular el dedicado a los indicios que justificarían la medida injerencial, lo integran transcripciones de conversaciones telefónicas obtenidas en el otro proceso, es decir, el seguido en Ordes, como apunta la Policía en el oficio, el Juez en el auto y el Fiscal en su escrito de calificación. Ciertamente que no se trae testimonio de las transcripciones telefónicas obrantes en el Juzgado, sino que es la policía quien aporta el testimonio de las mismas que en su día entregó al Juzgado de Ordes y allí debe figurar, en cuanto fruto de las investigaciones seguidas ante aquel órgano jurisdiccional.

El recurrente interesó como prueba en todo momento, especialmente en su escrito de calificación provisional, la aportación de testimonio de las diligencias 272/2008 del Juzgado núm. 2 de Ordes, o más concretamente el primer oficio petitorio de la intervención y el auto habilitante. El recurrente sólo pudo aportar como prueba documental, según sostiene, testimonio de un auto de prórroga, en el que se tuvieron en consideración los resultados de las conversaciones intervenidas.

La petición quedó expresa y formalmente planteada, y mereció el rechazo o denegación por parte de la Audiencia. Reproducida que fue al inicio de las sesiones del juicio oral también fue rechazada.

El M.º Fiscal por su parte, no interesó la prueba documental a pesar de la impugnación realizada por los ahora recurrentes en tiempo y forma, y es el caso que a la sazón se carece de la menor referencia acerca de la legitimidad de la primera intervención telefónica en las tan repetidas diligencias 272 seguidas en el Juzgado núm. 2 de Ordes. Los elementos indiciarios contenidos en el oficio hacen referencia en su mayoría al resultado de las conversaciones telefónicas previas. Los seguimientos, vigilancias y hallazgos estaban directamente relacionados con tales intervenciones, según manifestó la fuerza policial en juicio.

Junto a tales datos sólo se añade el del aparente y anómalo nivel de vida o gastos inusuales realizados, desacompañados para los hipotéticos ingresos de los sospechosos. Mas, tales datos sólo constituían una simple sospecha no contrastada, ya que es después de la solicitud injerencial cuando se interesa del Juzgado de La Coruña la autorización para investigar las cuentas de los sospechosos, sus declaraciones de Hacienda y demás informaciones susceptibles de reflejar su situación económica y relacionarla con los vehículos utilizados o en general con el nivel de vida que disfrutaban los investigados.

4. Consecuentes con lo dicho no cabe calificar de regular y legítima la intervención telefónica acordada y sus prórrogas, así como todas las pruebas reflejas o derivadas obtenidas por esa vía o desde ese viciado origen (art. 11.1 LOPJ). La averiguación de la existencia y ubicación del trastero donde apareció la mayor parte de la droga también tuvo su origen en las intervenciones telefónicas precedentes a esta causa.

No cabe, por otro lado, calificar de prueba de cargo, ni aun con carácter indiciario, la negativa de los acusados a declarar o a responder a las preguntas del Fiscal, o a no dar explicaciones de los movimientos desplegados con ocasión de tal actividad ilícita. El tribunal de instancia improcedentemente nos dice que tal postura (de silencio) se traduce en la aceptación tácita de las conversaciones transcritas en la causa, tesis inaceptable, ya que desde un principio instaron su nulidad por infringir el derecho a la presunción de inocencia, amén de ejercitar un derecho fundamental (art. 24 CE) a no declarar contra

sí mismos. Sólo en excepcionales ocasiones, dependiendo del contexto, puede el silencio operar como refuerzo incriminatorio si se omite una explicación satisfactoria, cuando sería fácil ofrecerla.

Dicho motivo deberá estimarse con la consecuencia inmediata e indisolublemente unida de la ausencia de prueba suficiente de naturaleza incriminatoria capaz de fundar una sentencia de condena.

Sentencia 608/2011, Sala Segunda del TS, de 15 de junio

Ponente: **Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Prueba pericial anticipada. Delitos contra la salud pública**

Artículos: **368 Código Penal; 242 CE y 456, 467, 471, 476, 657 y 732 LECrim**

Delito contra la Salud pública. La Sala confirma la corrección del Tribunal de instancia al admitir y valorar a instancia del Fiscal la prueba pericial practicada en modo anticipado a instancia de la defensa para acreditar la adicción a las drogas y posteriormente renunciada en la fase de juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En segundo lugar, alega el recurrente, al amparo del art. 849.1 LECr, en conexión con el 5.4 LOPJ, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Se sostiene que se infringió el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se *admitió la prueba*, consistente en el informe emitido por el Servicio de Drogas del Instituto de Medicina Legal de Valladolid, a la que *renunció* tal parte, de modo que nunca se debió haber tomado en cuenta por el tribunal de instancia.

2. Examinadas las actuaciones se comprueba que en el escrito de conclusiones provisionales, el Sr. Tomás propone «que por el médico forense se emita informe sobre la adicción del acusado al «speed» y su afectación a sus facultades intelectivas y volitivas, determinando si es posible el tiempo de tal adicción, examinando al mismo y tomándole en su caso muestras de cabello para realizar los análisis necesarios».

Por auto de 13-9-10 se decreta la práctica de la citada prueba pericial anticipada, acordán-

dose a tal fin el examen del acusado y la toma de muestras por el médico forense y su remisión para su análisis.

La prueba pericial se practica con anterioridad al juicio con el resultado que obra a los folios 35, 36, 41, 42, 43, 60, 61 y 62 del rollo de Sala.

En el trámite de la prueba documental, la defensa del acusado renuncia a los mencionados folios, pero frente a esa postura, el Ministerio Fiscal hace suyo su contenido por ser el resultado de una prueba ya practicada y perfectamente válida.

La salvaguarda del principio procesal de «adquisición probatoria» llevó con acierto a la sala de instancia a no prescindir de la prueba renunciada por la defensa proponente, en cuanto que estaba ya practicada, obraba en el procedimiento y fue introducida expresamente en el juicio oral por el Ministerio Fiscal, respetando con ello el principio de contradicción. En tales condiciones ninguna indefensión puede ser alegada.

El motivo ha de ser desestimado.

Sentencia 903/2011, Sala Segunda del TS, de 15 de junio

Ponente: **Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Sobreseimiento libre. Doctrina y requisitos**

Artículos: **636, 637, 791 y 848 LECrim**

Auto de sobreseimiento libre: Se expone la doctrina general sobre el sobreseimiento libre cuyos requisitos fueron incumplidos en el caso de autos dando lugar a la estimación del recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Decíamos, en un caso similar citado por el recurrente, en la STS 1524/2004, doctrina jurisprudencial vigente, que cuando se recurre un auto de sobreseimiento libre (artículo 848.2 LECrim) el juicio de revisión casacional debe extenderse a comprobar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el fundamento de la imputación a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias (artículos 386 y 779.1 ambos LECrim), luego en estos casos necesariamente la infracción de preceptos penales sustantivos es de segundo grado o por alcance teniendo en cuenta la existencia o no de fundamento de la imputación. La existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral. Pues bien, es preciso deslindar las funciones del instructor y las del tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción y adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diafanidad manifiesta, entrando en juicios de inferencia, cuya decisión exige la celebración de verdaderos actos de prueba bajo el imperio de los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24 CE). Naturalmente cuando hablamos de instructor debemos necesariamente comprender la revisión de sus actuaciones llevada a cabo por el órgano de apelación porque éste mediante dicha función se inserta en la fase de

instrucción y no en la de enjuiciamiento, lo cual es una precisión necesaria en estos casos.

Situados en la órbita de la regla 4.^a del artículo 779.1 LECrim, que manda seguir el procedimiento por el trámite de preparación del juicio oral cuando el delito que pueda constituir el objeto del proceso sea de los previstos en el artículo 757, debemos señalar que este llamado «juicio de acusación» tiene únicamente el alcance de determinar una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos del caso, verificados por el instructor, y proyectar sobre los mismos una valoración jurídica que permita concluir que son constitutivos de delito, lo que equivale a la procedencia de dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos en los artículos 637.1, 641.1 y 637.2, todos ellos LECrim. Por lo tanto la función del Tribunal de Casación tampoco puede rebasar el control de legalidad conforme al alcance de la resolución revisable, es decir, examinar si el supuesto es de tal claridad y diafanidad que el sobreseimiento es patente o debe seguirse la tramitación y celebrarse el juicio. No podríamos en ningún caso entrar en el fondo de la cuestión en relación con unos hechos que se presentan como probables y establecer una calificación de los mismos que indudablemente proyectaría un prejuicio en relación con los jueces encargados del enjuiciamiento del caso. Por ello basta con comprobar que el sobreseimiento debe excluirse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

Tercero.—Esto es lo que sucede en el caso y el Ministerio Fiscal aporta suficientes argumentos para ello. En primer lugar, porque los hechos probables se refieren, según el instructor y por lo que hace al recurrido, a que «faltando a las más elementales normas de diligencia profesional exigible, hizo constar en la escritura pública de fecha 03/12/08... que comparecía en tal acto la mencionada..., “como apoderada de la enti-

dad ADIF, ADMINISTRADORA DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS... en virtud de escritura pública de poder de fecha 5 de mayo de 2008 con el número 1406 de protocolo”; sin que jamás le hubieran sido exhibidos tales poderes al Sr. NOTARIO, como no podía ser de otra manera, puesto que no existían realmente» (auto del juzgado de 03/11/09, ratificado en el posterior de 19/01/2010), hechos que la Audiencia no puede desvirtuar sin la concurrencia de actos de prueba desarrollados en el juicio oral. En cuando a su inicial valoración jurídica, ex artículo 391 CP, frente a los argumentos de la Audiencia, el Ministerio Fiscal aduce que la imprudencia cualificada de grave «no versa sobre el extremo de considerar que el imputado diera fe pública de algo inexistente, en este caso del apoderamiento de otro imputado, ya que de ser así, la conducta no podría ser calificada de imprudente, sino de dolosa. Es indudable al respecto que si el imputado hubiera consignado en la escritura pública que le fue exhibido y valoró un apoderamiento inexistente y ficticio no existe omisión del deber de cuidado exigible en el ejercicio de la función pública, sino constituiría una conducta intencional y consciente de faltar a la verdad en la narración de los hechos consignados en el documento. Es evidente que el Ministerio Público es consciente que el apoderamiento mencionado en la escritu-

ra autorizada por el imputado, objeto del delito, es inexistente y ficticio, lo que no obvia para considerar que frente a la diligencia efectuada por el imputado respecto al resto de otorgantes, en los que se cumplen las prescripciones legales exigidas como Notario, incumple de forma flagrante y grosera sus obligaciones respecto a la imputada Candelaria, omitiendo la diligencia más elemental para cerciorarse de la capacidad y representación que ostentaba». Estos son los términos del debate que suscita la acusación, que refuerza en el desarrollo del motivo con cita de la legislación notarial aplicable y de la Ley 24/2001 (artículo 98), de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Existen otros argumentos en el auto de la Audiencia, como la posible inocuidad de la falsedad o la diligencia complementaria haciendo constar la condición de mandataria verbal de la interviniente en la escritura de cesión o no haberse expedido copias con anterioridad a aquella, que por sí solos tampoco pueden justificar en principio la falta de tipicidad de los hechos que subyace en la declaración de sobreseimiento. Por todo ello, ajeno al caso a la diafanidad que sería precisa para confirmar el sobreseimiento, el procedimiento debe seguir su trámite ordinario.

A la vista de lo anterior, el motivo debe ser estimado.

Sentencia 750/2011, Sala Segunda del TS, de 11 de julio

Ponente: **Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Organización criminal. Reincidencia**

Artículos: **22, 369 bis y capítulo 6 Código Penal**

A propósito de un delito de tráfico de drogas, se expone la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos que deben concurrir para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia y se analiza el nuevo concepto de «organización criminal», introducido en la reforma del año 2010, y su incidencia en el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Ahora bien, como señala nuestra jurisprudencia (entre otras, la STS 21-1-2003),

los hitos sustanciales en esta materia son los siguientes:

1.º Las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete

a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (Sentencias de 23 octubre y 23 noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994).

2.º En los casos en que la acusación cuente con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete, pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (Sentencias de 3 de octubre de 1996 y 2 de abril de 1998).

3.º En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1.º, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa supone una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (Sentencia de 26 de mayo de 1998).

4.º Como dicen entre otras las Sentencias de 25 de marzo y 29 de febrero de 1996, todos esos datos —como la fecha de la firmeza de las sentencias, penas impuestas, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de acaecimiento de los hechos, abonos de prisión preventiva, y remisión condicional o período de suspensión también en su caso—, han de constar en el *factum* por cuanto la aplicación *contra reo* de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución Española (Sentencias de 12 marzo y 26 de mayo de 1998).

5.º Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de pri-

sión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición (Sentencias de 11 julio y 19 de septiembre de 1995; 22 de octubre, 20 de noviembre y 16 de diciembre de 1996; 15 y 17 de febrero de 1997), expresando la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 80/1992, de 28 mayo, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6.º Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 118.3.º CP 1973 y art. 136.3.º CP vigente) deberá determinarse desde la firmeza de la propia Sentencia (STS 22 de febrero de 1993; 27 de enero y 24 de octubre 1995; 6 y 9 de mayo y 24 de septiembre de 1996).

7.º Continúa esta misma línea interpretativa la Sentencia de 15 de noviembre de 1991, que mantiene que la inacción del acusado no puede perjudicarlo, pues no puede verse afectado por la carencia de los elementos necesarios para realizar el cómputo, por lo que todas las dudas que puedan surgir deben solucionarse a favor del acusado. La de 26 de enero de 1999 (aplicación del bloque normativo más favorable al recurrente), la de 8 de febrero de 1999 (valoración del certificado de antecedentes penales) y la de 14 de abril de 1999 (la falta de constancia de la fecha de cumplimiento debe interpretarse a favor de reo).

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, constando como fecha de firmeza el año 1996 y de comisión delictiva, el año 2003, a falta de otros datos, el antecedente debe considerarse cancelado desde la exclusiva perspectiva de esta resolución judicial, y en consecuencia, el motivo debe ser estimado.

Quinto.—El motivo tercero se dedica a refutar la organización delictiva, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º, lo que debe estudiarse conjuntamente con el cuarto motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, en función de la penalidad aplicable, y la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio.

En materia de organización criminal, y como agravante específica en el marco de los delitos contra la salud pública relacionados con el narcotráfico, el legislador ha configurado en la LO 5/2010 un nuevo tipo especial dedicado a regular esta materia en el art. 369 bis del Código Penal, dejando sin efecto la anterior agravación que se contenía en el art. 369.2.^a y que se definía por la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter *transitorio*, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. A su vez, el art. 370, que permitía la elevación en uno o dos grados sobre la pena básica —y no solamente en uno solo, como en el caso del art. 369—, incluía la condición de jefe, administrador o encargado de tales organizaciones referidas anteriormente, para exasperar igualmente la penalidad aplicable.

Este cambio legislativo se produce como consecuencia de una nueva regulación de las organizaciones y grupos criminales, que se insertan ahora en un nuevo Capítulo, el VI, dentro del Título XXII del Libro II del Código Penal. El legislador explica al respecto que «*el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*». Por otro lado, refiere el Preámbulo que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

Ciertamente, la jurisprudencia, en los supuestos en que ha analizado las ocasionales menciones de las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia. Como dice la STS 759/2003, de 23 de mayo, ciertamente no puede confundirse la organización a que se refiere el artículo 369.6.^a del Código penal con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presenten rasgos

comunes. El concepto amplio de organización contenido en la STS de 14 de mayo de 1991, según el cual abarca «todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar una idea criminal», fue seguido por la STS 210/1995, de 14 de febrero y la STS 864/1996, de 18 de noviembre, entre otras, que añadieron que no era precisa una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, destacando esta última que «lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización». El concepto fue precisado en otras sentencias, insistiendo en los elementos anteriores y completándolo con otras notas, como el empleo de medios idóneos (STS 797/1995, de 24 de junio, STS 1867/2002, de 7 de noviembre); una cierta jerarquización (STS 867/1996, de 12 de noviembre; STS 1867/ 2002); la distribución de cometidos y una cierta supervisión (STS 797/1995; STS 867/1996; STS de 6 de abril de 1998); la continuidad temporal del plan más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelinquencia (STS 936/ 1994, de 3 de mayo; STS núm. 867/1996; STS de 6 de abril de 1998; STS 964/1999, de 10 de junio); el empleo de medios de comunicación no habituales (STS de 8 de febrero de 1991).

La mera codelinquencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos (STS 759/2003).

La introducción de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos,

organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Con ello, desaparece la circunstancia 2.^a, que pasa ahora a ocupar los casos de *esas otras* organizaciones que tienen por finalidad facilitar el delito, pero no responden a su objetivo primordial la realización de tales conductas en el marco de los delitos contra la salud pública. Obsérvese que la redacción ahora de tal circunstancia es la siguiente: «*el culpable participar en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*». Técnicamente, mejor sería suprimir del primer inciso la mención «en otras actividades» (organizadas), para dejarlo simplemente en «actividades organizadas», pues ya no va a continuación de la pertenencia a organización, o bien advertir claramente que se trata de otras organizaciones que no se dedican habitualmente al tráfico de drogas, que es lo que quiere expresar el precepto en cuestión.

Textos anteriores al vigente, también propuestos en materia prelegislativa, apuntaban ya la introducción de un nuevo art. 369 bis, dedicado a las organizaciones criminales, pero contenían una definición del que carece el vigente. Así, se decía en ellos que «a estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior».

Por el contrario, el vigente art. 369 bis del Código Penal carece de cualquier definición en tal sentido, por lo que hay que acudir al nuevo art. 570 bis 1 para encontrar una definición de organización, que se realiza en los siguientes términos: «a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas

tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas». Son, pues, sus elementos: la integración de al menos tres personas, la estabilidad de su cometido, o al menos, la indefinición del tiempo de tal agrupación, la distribución de tareas o reparto de funciones, y el concierto de voluntades para tal finalidad, que no será otra que la de cometer delitos o de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. De tales elementos, queda fuera la agrupación meramente ocasional con tal finalidad. Y ello conlleva, naturalmente, la prueba sobre tales elementos estructurales, así como el desarrollo jurídico en la resolución judicial de la concurrencia de dichos parámetros definidores.

Con respecto a la penalidad que se establece en el mismo, en el caso de que la organización sea utilizada para la comisión de un delito definido en el art. 368 (y sus correspondientes agravaciones), se impondrán las penas que se diseñan en el art. 369 bis, según se trate de aquellos que meramente pertenezcan a la organización o se trate de jefes, encargados o administradores, sin que deba aplicarse la penalidad adicional del art. 570 bis por razones de especialidad y consunción del comportamiento enjuiciado, salvo los supuestos en que puedan escindirse los hechos enjuiciados, lo que aquí carece de relevancia para la decisión de este motivo.

De todos modos, el legislador anuncia una nueva categoría conceptual que denomina grupos criminales, y que los define en el art. 570 ter apartado 1 *in fine*, señalando que «a los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas». Categoría que no es preciso ahora de profundizar, y en donde podrá prescindirse de la distribución de cometidos, pero no del concierto de voluntades con cierto carácter de vocación de permanencia, si no queremos dejar vacío de contenido el propio concepto de consorcialidad delictiva, meramente ocasional.

La sentencia recurrida analiza el concepto de organización, que parece da por supuesto en

todos los acusados, dada la mecánica comisiva del supuesto que enjuicia. Y lo hace en el apartado A), epígrafe b) del tercero de los fundamentos jurídicos de aquella, si bien con carácter general y sin descender al análisis de la conducta de los diversos componentes de la «organización», atribuyendo correctamente la jefatura a Severino; en realidad, tampoco era necesario, al no requerirse más que una mera agrupación ocasional, que era lo que exigía el precepto (el aludido art. 369.2.^a del Código Penal en la fecha de comisión de los hechos). A ella se refiere cuando señala que el carácter ocasional y transitorio debe ser interpretado restrictivamente para la adecuada distinción de la mera consorcialidad delictiva.

Pero con relación a este recurrente en particular, en la página 100 de la sentencia recurrida (apartado IZ), nada se expone a salvo el conocimiento genérico de los hechos, lo que aquí se ha de mantener, como ya hemos tenido ocasión de analizar *ut supra*, por lo que no puede valorarse la pertenencia a organización a los exclusivos efectos de este recurrente, dado el cambio legislativo que ya hemos dejado estudiado con anterioridad. A mayor abundamiento, se ha aportado la Sentencia de la propia Sección de la Audiencia Nacional, la número 59/2010, de 7 de octubre de 2010, que condena a Santiago, dentro de la misma operación que el ahora recurrente, por la realización de diversos contactos telefónicos con Severino, acerca del posicionamiento del pesquero «PLAYA002» y de la lancha rápida en la que se tenía previsto el desembarco de la cocaína, descartándose en tal supuesto la agravante de organización en tanto no se conocían los pormenores de la operación, aspecto éste que

concorre igualmente en Luis Andrés, toda vez que ninguna prueba se ha llevado al efecto en este sentido, y en la Sentencia citada se razona que «la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autoras o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer necesariamente la aplicación de la agravante específica derivada de la organización», lo que igualmente se repite, por cierto, en la ahora sentencia recurrida. Y en aquella resolución judicial se mantiene que «no existe base probatoria para integrar al acusado en la organización delictiva liderada por la persona con la que se comunicó telefónicamente... en los días indicados en el relato fáctico». En el caso actual, ocurre lo propio, pues no se analiza de ningún modo la participación del recurrente en la organización delictiva, con quien ni siquiera se comunicó, ni los pormenores de tal contribución.

En este sentido, el motivo tercero será estimado, y en lo que respecta al cuarto, y como argumenta el Ministerio Público, con total corrección en función de lo que venimos manteniendo más arriba, en lo relativo a la organización delictiva, el nuevo art. 570 bis del Código Penal ha *expulsado* de la agravante de organización la noción legal de las asociaciones *meramente transitorias*, por lo que «habría que aplicar conjuntamente los arts. 368, 369 y 370» hoy vigentes, «*lo que nos llevaría a un arco penológico comprendido entre los seis años y un día a los trece años y seis meses (pena superior en uno o dos grados a la del tipo básico)*».

Sentencia 809/2011, Sala Segunda del TS, de 18 de julio

Ponente: Luciano Varela Castro

Resumen: Asesinato. Tentativa desistida

Artículos: 16, 22, 23, 138, 139, 147 y 150 Código Penal

En un supuesto de violencia de género, el autor hiere gravemente a su mujer y, pasado un tiempo, requiere auxilio. Se plantea en la sentencia si concurre (y así se acepta) desistimiento voluntario que excluye la tentativa de asesinato, quedando como remanente unas lesiones graves.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. El primero de los motivos se construye afirmando que el recurrente evitó la consumación del homicidio ya que la víctima «está viva gracias a la solicitud de ayuda que pudo realizar» utilizando el terminal telefónico que el mismo facilitó.

Ciertamente tal argumento lo esgrime por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciando la vulneración de la Garantía constitucional de presunción de inocencia. Y tal denuncia se justifica en la ausencia de análisis congruente y racional de la motivación fáctica que permita inferir la culpabilidad.

No solamente es hoy el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el cauce adecuado para la denuncia de infracciones de preceptos constitucionales. Más relevante es que el argumento del motivo se corresponde en realidad con un defecto de subsunción de datos de hecho en la norma legal, lo que debería hacerse valer por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cualquier caso, conforme al contenido del derecho a la tutela judicial que alcanza al ejercicio del recurso, debemos resolver conforme a lo realmente alegado. Es decir sobre si el hecho, tal como es declarado probado, autoriza o no la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal que el recurrente solicita.

Por otra parte el reproche de falta de prueba de cargo —que tendría cauce en la denuncia de vulneración de presunción de inocencia— cabe considerarlo como referido a la afirmación de que no fue el comportamiento del recurrente el que impidió el resultado letal.

2. La cuestión fue suscitada en la instancia y recibió una negativa en la sentencia ahora recurrida.

El Tribunal de instancia, en menos de doce líneas —el sexto párrafo del fundamento jurídico segundo— descarta la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal porque no estima concurrente un «desistimiento activo» y porque «si el acusado no acabó con la vida de la Sra. Marisa, ello no fue debido a un comportamiento activo

de evitación». Estima que los hechos constituyan una «tentativa acabada».

Sobresale la falta de exposición de las razones por las que en la sentencia no se atribuye a la libre voluntad del recurrente el hecho —que sí se declara probado— de que el mismo facilitara el terminal telefónico a la víctima para solicitar la ayuda que conjuró eficazmente el riesgo de muerte de su víctima.

Omisión de referencias subjetivas que son paralelas a la ausencia de cualquier otra en sede de hechos probados, a la voluntad homicida del autor de las lesiones, olvidando que tal aserto es de clara naturaleza histórica y constituyente de la base fáctica del delito de homicidio.

Corresponde pues ahora examinar si lo alegado en el motivo respecto a la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal debe o no ser acogida.

3. El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo *objetivo*, por: a) realización de «hechos exteriores», es decir no meramente internos; b) que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege; c) que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si *ex ante* y objetivamente no podía ocurrir, y d) que ese resultado no se produzca.

Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa.

Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito *negativo*: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal.

Para dilucidar la presencia de tal elemento es necesario determinar la causa por la que el resultado no se produce. Al respecto caben dos hipótesis: 1.^a) la no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2.^a) es el autor el que evita voluntariamente la consumación.

Aunque el legislador habla en la primera hipótesis de *no producción de resultado* y en la segunda de *evitación de consumación*, no parece que considere la no producción de resultado como un concepto diverso del de no consumación.

El énfasis, para la diferencia entre los supuestos, y para la de las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) la voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

Es decir que si aquel *comportamiento* es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa.

Ese es el sentido de la norma en el lenguaje que emplea. Que el actuar precedente haya colmado o no la totalidad de los actos ejecutivos, que objetivamente deberían haber producido el resultado, no determina necesariamente cuál deba ser la condición, meramente omisiva o activa del comportamiento del autor que trunca la producción del resultado, para alcanzar el efecto exonerante del artículo 16.2 del Código Penal.

El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

En todo caso, difícilmente podrá predicarse efectividad interruptora a la mera omisión del autor respecto a la no producción del resultado, cuando su comportamiento anterior haya supuesto la realización de todos los actos que objetivamente producen el resultado típico. Porque, si ya realizó todos los actos que objetivamente producen el resultado, es claro que

los cualesquiera otros actos omitidos ya no eran objetivamente ejecutivos ni, por ello, su omisión es relevante para la no producción del resultado.

Con tal advertencia, es pues a aquellas referencias de libre voluntad y eficacia en el comportamiento del autor, respecto de la no producción del resultado, a las que ha de atenderse, sin que, a tal efecto, sea imprescindible guiarse de categorías conceptuales como la diversificación de la tentativa en subespecies, que de manera evidente el legislador ha querido erradicar, obviando terminologías como la que diferencia entre tentativa y frustración o entre tentativa acabada o inacabada. Esta última terminología de foránea acuñación parece atender a un dato que nuestro legislador no asume expresamente. El sector doctrinal que la introdujo atendía, para establecer el acabamiento, a la contribución del autor en la ejecución y no al concurso de otros factores ajenos a aquél. Pero que se acabe todo lo que el sujeto aporte no equivale necesariamente a que todos los actos de ejecución (que pueden ser producidos por terceros) se hayan realizado. Sin embargo la medida de la pena depende de que la ejecución haya sido total, incluyendo los actos que objetivamente producen el resultado, que no son actos del autor, y que pueden serlo de un tercero.

Tales preocupaciones taxonómicas, cuando se trata de evaluar la ausencia de resultado para establecer la exigencia de responsabilidad, no deben hacer olvidar la esencialidad de los criterios de libre voluntad y eficacia, referidas al actuar u omitir del autor de la tentativa.

En este sentido resulta ilustrativa la doctrina establecida en nuestra Sentencia 804/2010 de 24 de septiembre, resolviendo el recurso 10178/2010, en la que dijimos: *esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi «clásica», entre la tentativa «acabada» y la «inacabada», la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como precisamente ésta de su relación con el «desistimiento», puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.*

De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de

las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa-frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de «... todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...» (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, «... el grado de ejecución alcanzado» por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del «... peligro inherente al intento...».

En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como «acabada» o «inacabada» de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del «desistimiento» del artículo 16.2.

Y también cabe citar lo ya advertido en la Sentencia de esta Sala núm. 28/2009 de 23 de enero, resolviendo el recurso 10512/ 2008 que: esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal, siendo muy exigentes con la nota de la «voluntariedad», que define su esencia dogmática, y a continuación, con la «eficacia» de la conducta que detiene el «iter criminis», requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen.

4. Los hechos «dados» como probados proclaman que el recurrente «asestó varias puñaladas» a su víctima causándole lesiones.

Omite proclamar probado que esas lesiones, por sí solas, bastarían para producir la muerte de la víctima. Este dato lo proclama la sentencia, con no cuidada técnica, en sede de fundamentación jurídica. Allí dice que era «imposible la supervivencia de la Sra. Marisa de no haber recibido asistencia médica». Como ya dejamos

apuntado, tampoco en la declaración de hechos probados se afirma que el recurrente buscaba causar la muerte de la víctima. Pero a ello dedica buena parte de la fundamentación jurídica.

Se trata de valorar si, aun dando por concurrentes la voluntad homicida y la eficacia de los actos para causar la muerte, concurre también un comportamiento libre y voluntario en el acusado al que se pueda atribuir trascendencia eficaz de evitación del resultado de muerte, y, como consecuencia jurídica la exoneración de responsabilidad penal impuesta en el artículo 16.2 del Código Penal. Y ello en la doble perspectiva, de vulneración de presunción de inocencia en cuanto al aspecto fáctico —comportamiento y eficacia— de la realidad del actuar del autor y a la subsunción del mismo en la citada norma penal que, al no ser aplicada implicaría la vulneración a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Integrando el relato de hechos probados con lo que se añade en sede de fundamentos jurídicos, hemos de partir de la siguiente premisa: el acusado, tras apuñalar a su víctima, de manera que objetivamente se puso en riesgo la vida de la víctima y subjetivamente se buscaba privarla de ella, la dejó «tumbada en el suelo del dormitorio, ensangrentada y sin poder moverse». Durante horas, pese a facilitarle agua, no solicitó ayuda limitándose a requerirla para que ella no gritara. En tal situación la víctima habría llegado a morir.

Sin embargo, pasadas varias horas, el acusado decide cambiar de actitud y pone en marcha un procedimiento dirigido a interrumpir el proceso que estaba llevando a la muerte a su víctima. Para ello comienza por facilitarle un terminal telefónico desde el cual la víctima solicitó la ayuda de terceros —compañeros de trabajo, policía y servicios médicos— y, una vez activados, el acusado franqueó el acceso a la vivienda de aquellos, que lograron conjurar el riesgo de muerte con la asistencia médica que llevó a la curación de la víctima, con las secuelas que se dicen en la sentencia.

Tal premisa fáctica nos permite establecer las siguientes conclusiones jurídicas:

a) el acusado realizó los actos de ejecución *objetivamente suficientes* para causar la muerte de la víctima, conforme a lo que a tal efecto *se propuso*;

b) la víctima no falleció;

c) la causa *próxima* de que tal resultado de muerte no se produjera fue la asistencia médica recibida. Tal asistencia no habría sido posible en modo alguno de no preceder la acción del acusado de facilitar a la víctima la petición de tal ayuda. Tal acto se erige en causa *anterior*, pero con relevancia de *conditio sine qua non* del salvamento;

d) pese a la parquedad de la sentencia, no cabe duda de que tal decisión del acusado es, por un lado, fruto de su libre voluntad, y, por otro, no tenía otra finalidad acreditada diversa de la implícita de poner en marcha el procedimiento asistencial de salvífica consecuencia.

Es decir el acusado evitó voluntariamente que la víctima falleciera y con ello la consumación del delito de homicidio.

Dado que ello implica que no ha de responder criminalmente del delito de homicidio, no tiene ya sentido preguntarse si la tentativa homicida había sido o no acabada, en terminología doctrinal de innecesario uso, o si el grado de ejecución fue mayor o menor o cual fue la importancia del peligro que para la vida de la víctima representaron las puñaladas propinadas por el acusado.

El motivo ha de estimarse con la consecuencia de establecer la sanción que corresponde por razón del delito que sin embargo resultó consumado: el delito de lesiones previsto en el artículo 150 del Código Penal, tal como diremos en la sentencia que dictaremos a continuación de esta de casación.

Sentencia 800/2011, Sala Segunda del TS, de 19 de julio

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Falsificación de moneda. Supuestos**

Artículo: **386 Código Penal**

Analiza con claridad la sentencia el sentido de la separación entre los supuestos en los párrafos segundo y tercero del art. 386 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La fundamentación jurídica de la sentencia justifica la subsunción «por cuanto el sujeto activo, con pleno conocimiento de que usa billetes falsos los pone en circulación mediante la adquisición de productos de escaso valor en dos bares para, además de esos bienes, conseguir el cambio en moneda de curso legal. Como quiera que los billetes inauténticos engañan a sus destinatarios, pues aparentan ser legítimos, induciéndoles a error por su semejanza con los de curso legal provocando que uno de ellos entregue bienes y dinero legítimo por importe inferior a 400 € en perjuicio propio,

también queda integrada la falta continuada de estafa de la que se acusa.

Por su parte, el recurrente impugna la calificación jurídica de los hechos declarados probados formulando un único motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1.º LECr, alegando que no ha quedado probado que conociese la falsedad de los billetes en el momento de recibirlos, por lo que sería aplicable el tercer párrafo del art. 386, ya que el simple conocimiento en el momento de la transmisión de la moneda falsa no presupone ese mismo conocimiento en el momento de su recepción por el acusado.

Debe hacerse constar que la sentencia omite de plano todo argumento sobre la concurren-

cia de este extremo que, como veremos, resulta de inexcusable concurrencia para la aplicación del precepto penal del art. 386, párrafo segundo.

El Ministerio Fiscal no solo apoya la reclamación casacional, sino que, en su condición de garante independiente de la legalidad, va más allá de la pretensión impugnativa del recurrente y en un alegato tan sólido como jurídicamente fundamentado, sostiene la atipicidad de los hechos en relación con el art. 386 en cualquiera de sus apartados.

Sostiene el Ministerio Público que, en primer lugar, no cabe la subsunción de los hechos en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 368 CP («la misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación»), pues no consta que el acusado tuviese conocimiento de la falsedad de la moneda desde el momento de la adquisición. Aunque la literalidad del inciso segundo no admitiría dudas sobre la necesidad de que el dolo abarcase el conocimiento de la falsedad desde el momento mismo de la adquisición, recordaremos sus requisitos con el ATS de 24-1-2008, entre ellos el de que el dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición.

En cuanto al inciso primero del párrafo segundo del art. 386 CP la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores, es indudable que exige el dolo de conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición, sobre la base de los siguientes presupuestos:

a) Argumento histórico. En relación con la tenencia de moneda falsa, el CP anterior distinguía entre la tenencia originaria de buena fe y su posterior expendición por valor determinado, tras saber que la moneda era falsa —art. 286 CP— y la tenencia de moneda falsa con intención de expendirla, del art. 287 CP, comportamiento sancionado con pena mucho más elevada, exigiendo la jurisprudencia en este tipo de conocimiento de la falsedad desde el origen

de la adquisición. Tales tipos se corresponden hoy, con matices, con el párrafo tercero y el segundo, inciso primero, del art. 386 CP respectivamente.

b) Argumento sistemático. Si la tenencia de moneda falsa, sabiendo que lo es, aunque se hubiese adquirido ignorando tal falsedad, se castiga con pena de tres a seis meses o multa, si se hubiese expedido la moneda falsa en cantidad superior a 400 euros, la simple tenencia de la misma moneda con voluntad de expendirla, pero sin haberla distribuido todavía, del párrafo segundo del art. 386 CP, inciso primero, sólo puede sancionarse con la pena mucho más grave de dos a ocho años, si es que exige el conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición, además de connivencia con los falsificadores, introductores o manipuladores del párrafo primero del precepto.

c) El propio inciso primero del párrafo segundo del art. 386 CP gradúa la pena en función del valor de la moneda y del grado de connivencia con los autores cualificados del párrafo primero, por lo que de tal connivencia con falsificadores o introductores debe extraerse la exigencia del conocimiento de la falsedad desde el momento mismo en que el autor adquiere la moneda falsa.

Recuerda el Fiscal, con cita y transcripción de la STS de 17 de junio de 2002, que el TS exige en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 386 CP el conocimiento de la falsedad desde que se adquirieron las monedas falsas poseídas (hasta ahí la conducta sería prácticamente idéntica al del inciso segundo del párrafo 2.º «adquirirlos, a sabiendas de la falsedad, para su posterior puesta en circulación»), siendo preciso además que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Dicho de otra manera, en el párrafo segundo, inciso primero, del art. 386 CP, se exige el conocimiento de la falsedad concurrente con la adquisición, pues el conocimiento sobrevenido sólo puede castigarse cuando se materializan los actos de distribución y transporte, a través del art. 386, párrafo tercero si la moneda falsa distribuida

tiene un valor facial superior a 400 euros, o de la falta del art. 629 CP, si el valor de la moneda distribuida no supera dicha cantidad.

Así pues, debemos descartar las posibilidades de aplicación del párrafo segundo del art. 386 CP, ni como inciso primero ni como inciso segundo. La mencionada STS de 17 de junio de 2002, en supuesto parecido, en el que nada se dice sobre la forma de adquisición de la moneda por el acusado, llega a la misma conclusión de imposibilidad de aplicar el párrafo segundo del art. 386 CP, con los siguientes argumentos, que reproducimos:

«El interrogante que de inmediato surge, es si la aplicación del art. 386-2.º, se refiere al primer inciso o al segundo. El segundo debe quedar excluido, porque se precisa que la adquisición de la moneda, lo haya sido *“a sabiendas de su falsedad”*, y en toda la sentencia —repetimos una vez más— no existe la menor mención de que los acusados realizasen la adquisición de tal guisa.

Es indudable pues, que se ha aplicado erróneamente el inciso primero, al entender que la *“tenencia de moneda falsa”* no requiere que el modo de alcanzar tal tenencia fuese doloso o consciente, esto es, conociendo el carácter y condición de las monedas.

En aras a una correcta y sistemática interpretación de la conducta examinada, nos permitimos dejar sentadas las siguientes afirmaciones:

a) Si se desconocía el carácter falso de la moneda cuando los acusados entraron en posesión de la misma, nos hallamos ante el párrafo 3.º del art. 386.

b) Si se conocía, el aplicable sería el 2.º, en su segundo inciso.

Si realizamos una comparación de la gravedad de los distintos injustos, deducida de la pena asignada por el legislador se llega al absurdo de que el párrafo 3.º del 386, que exige la expedición o distribución efectiva de las monedas, se castiga con una multa y unos arrestos de fin de semana, y el párrafo 2.º, inciso primero (tenencia para difundir o expender), que ha quedado más alejada de la lesión del bien jurídico, pues basta el simple propósito de difusión o expendición para que el delito se entienda consumado, se castigaría con una pena de 2 a 8 años de prisión.

Un paso más en esta dirección nos permite concluir que además de exigirse en el tipo aplicado por la Audiencia Nacional el conocimiento de la falsedad desde que se adquirieron las monedas falsas poseídas (hasta ahí la conducta sería prácticamente idéntica al del inciso segundo del párrafo 2.º «adquirirlos, a sabiendas de la falsedad, para su posterior puesta en circulación») es preciso que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores».

«Queda pues claro que el párrafo segundo debe descartarse. No consta que el acusado supiese que la moneda era falsa en el momento de la adquisición ni tampoco que estuviese en connivencia con falsificadores o introductores».

A continuación se pregunta el Ministerio Público si cabe aplicar el párrafo tercero del art. 386 CP como solicita el recurrente. Como explicara en su caso la STS de 17 de junio de 2002, la naturaleza del motivo exige pleno acatamiento al relato histórico de la sentencia. Y ciertamente, de la escueta sentencia, hurgando y analizando no solo en los hechos probados, sino en los fundamentos jurídicos, no aparece dato alguno o mención que nos indique el modo como fueron obtenidos por el autor los dieciocho billetes falsos de 20 euros.

Habría que concluir, en beneficio del reo, que nos hallamos ante el párrafo tercero del art. 386 y no ante el segundo por el que se condena. En el párrafo tercero se castiga «al que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expende o distribuye después de constarle su falsedad», y esa es precisamente la única conducta acreditada que la sentencia describe, habida cuenta del silencio sobre el modo en que los billetes llegaron a la posesión de los procesados.

Pero el propio precepto cuya conducta nuclear acabamos de describir, se completa con la delimitación del ámbito punible, excluyendo del tipo objetivo los supuestos en que el valor aparente de la moneda no fuera superior a 400 euros. Fijémonos que el tipo exige en el párrafo tercero que «la moneda se expenda o distribuya», por lo que no cabe en el tipo la moneda que no se haya expendido o distribuido, circuns-

tancia que en nuestro caso nos lleva a cifrar en 40 euros la moneda realmente distribuida, esto es, la ofrecida en los dos establecimientos para consumir adquisiciones. Incluso aunque sumásemos los 16 billetes luego ocupados al acusado, que no habían sido distribuidos, pero de los que cabe inferir ese propósito, nos quedaríamos en 18 billetes de 20 euros, es decir, en 360 euros. Ello comportaría que no se cumpliese la condición objetiva de punibilidad del párrafo tercero relativa a que el valor aparente de la moneda fuese superior a 400 euros.

En conclusión el párrafo tercero del art. 386 CP no puede aplicarse. La conducta descrita integraría la falta del art. 629 CP, pues la cantidad de moneda distribuida, después de saber que era falsa, aunque se hubiese adquirido de buena fe y sin saber que lo era, fue inferior a 400 euros. Esta falta contra los intereses generales de la población se castigaría junto con la falta continuada contra la propiedad en régimen de concurso real.

Concluye el alegato señalando que pese a que el recurrente se conforme con la penalidad del párrafo tercero del art. 386 CP, no se puede sostener esa condena por no corresponderse con el derecho material. Tal corrección, que supera en su beneficio lo pedido por el recurrente, puede surgir de dos vías.

Una, el recurso adhesivo del MF, que permitiría en estos supuestos, como sugiere la STS de 20-1-2010, ampliar la cognición del TS a un tema que supera el marco del recurso existente. Esta interpretación se consolida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 27 de abril de 2005 en la que se plantearon tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión: la más estricta, que limita la admisión de la adhesión al mismo sentido del recurso principal, es decir si coincide o lo apoya. La más amplia, acogida por la antigua L.E.Civil, que permitía la subsistencia de la adhesión aunque el recurso principal hubiera desistido. O una intermedia, recogida en la Ley del Jurado (art. 846 bis b), al regular el recurso de apelación supeditado en el cual el desistimiento del recurrente principal pone fin a todo procedimiento y con ello al trámite de la adhesión. Se acuerda «admitir la adhesión en casación supeditada en los términos

previstos en la Ley del Jurado, arts. 846 bis b), bis d) y bis e) de la L.E.Cr. Este Acuerdo ha sido desarrollado en la STS 577/2005, de 4 de mayo».

Otra vía vendría constituida por la voluntad impugnativa, que permite en beneficio del reo corregir cualquier error de derecho que se observe en la sentencia, aunque no se hubiese recurrido. Por la vía de la doctrina de esta Sala sobre voluntad impugnativa —SSTS 306/2000 de 22 de febrero, 213/2001 de 6 de febrero, 268/2001 de 19 de febrero y 715/2000 de 19 de abril, entre las más recientes—, «se permite a la Sala de Casación corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado. Así, verificamos en este control casacional que se ha apreciado la agravante de reincidencia con olvido de que la concurrencia de la misma debe contar de forma cumplida, lo que exige no solo la fecha de la firmeza de la sentencia y naturaleza del delito, sino todos los demás datos fácticos imprescindibles para acreditar que el antecedente está en vigor y no ha sido cancelado o ha podido serlo, y muy especialmente la pena en concreto impuesta y su efectivo cumplimiento».

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR A LA SENTENCIA
NÚM. 800/2011

La Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, objeto de este recurso, condenó a Laureano como autor criminalmente responsable de un delito de expendición de moneda falsa —e igualmente como autor de una falta continuada de estafa— imponiéndole la pena, por el delito, de 2 años y 6 meses de prisión y multa, de manera que aplicó el párrafo segundo del art. 386 del Código Penal, concretamente el que dispone: «*La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación*».

Es obvio que el Tribunal sentenciador rebajó en dos grados tal penalidad, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La resolución judicial de la que respetuosamente discrepo estima el recurso al considerar que no concurre «el dolo de conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición», no bastando el «conocimiento sobrevenido», y absuelve al acusado recurrente.

Este es el motivo de mi desacuerdo con la resolución de la Mayoría. En efecto, a mi juicio, de los hechos probados se deduce tal conocimiento —es decir, que los billetes de 20 euros que distribuía lucrándose con su expendición, eran *falsos*— pues al ser interceptado por funcionarios policiales, no solamente golpeó el recurrente al agente que le cacheaba, sino que *«intentó tirar por encima de una valla 16 billetes inauténticos con valor aparente de 20 idénticos a los que había usado para pagar en el bar»*.

De esta frase, se deduce, en mi opinión, el conocimiento de que los billetes que poseía eran falsos, pues nadie se desprende de tal manera de aquello que considera auténtico, y menos, si se trata de tantos billetes de 20 euros, lo que revela que Laureano sabía perfectamente que le comprometían ante la intervención de la policía judicial. Y lo sabía, porque eran falsos, como así en efecto lo eran, declarando el Tribunal de la instancia, que engañaban a los destinatarios «por su semejanza con los de curso legal».

Respecto al grado de connivencia con los autores de la falsificación, aunque no pueda determinarse en términos concretos, en una actuación de esta naturaleza —poseer billetes falsos para su expendición— no por ello se encuentra ausente tal connivencia, pues es a todas luces razonable suponer que de tales personas, o de un intermediario, había adquirido los billetes falsos, al encontrarse en su poder en tal número, siendo inimaginable un hallazgo causal de, al menos, 18 billetes falsos de 20 euros.

En todo caso, al dispone la ley como elemento integrante de la tipicidad la mera *«tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución»*, de los hechos probados resultan todos los aludidos requisitos típicos, pues tenía moneda falsa, y lo era para su expendición o distribución (como en efecto, así hizo antes de ser detenido), no siendo a mi juicio los demás parámetros, sino meras referencias para la graduación de la pena a imponer. Así, el Código Penal termina el precepto, en cuanto a este inciso, disponiendo: *«... será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores»*. Es decir, son dos los indicadores que proporciona al juez penal: valor del hecho y grado de connivencia, pero ni son concurrentes, ni puede entenderse ausente toda connivencia con aquellos de donde proceda la moneda falsa.

Y ello porque de aplicarse rigurosamente la doctrina legal que se deja expuesta, quedará —seguramente— vacío de contenido el precepto penal aplicado, que el legislador ha establecido para castigar el eslabón inferior a los falsificadores, alteradores, importadores o exportadores de moneda falsa, es decir, el de aquellos poseedores de tal moneda que la tenga destinada a su expendición o distribución, por lo que relativiza mucho ese «grado de connivencia» con los primeros, al punto de dejarlo como mero factor de la aplicación penológica, ya que, en caso contrario, estaríamos en presencia de autoría por cooperación necesaria con los falsificadores, señalando, en consecuencia, la ley penal una pena mucho más ajustada a su grado de culpabilidad, atajando todas las consecuencias de la puesta en circulación de billetes o moneda falsa.

Señalar, por último, que este delito por afectar a rigurosos bienes jurídicos de la economía nacional y de la confianza en nuestro sistema monetario, ha de ser aplicado con el rigor con el que legislador impone las sanciones que define en el citado art. 386 del Código Penal.

Sentencia 776/2011, Sala Segunda del TS, de 20 de julio

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

Resumen: **Tráfico de drogas. Cadena de custodia y apertura de paquete postal**

Artículos: **368 Código Penal; 24 CE y 586 y 588 LECrim**

Delito contra la salud pública. Se ocupa la Sala de la diligencia de intervención y apertura de paquete postal y de los requisitos para que pueda valorarse como prueba preconstituida comprobando su concurrencia en el caso de autos y negando la ruptura de la cadena de custodia denunciada por el recurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2.º) En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías sin indefensión, se plantea en el motivo la ruptura de la cadena de custodia del paquete y sustancia intervenida, derivada de las siguientes circunstancias:

— Que consta la apertura policial con punzón del paquete y sustancia intervenida, sin constar en ese momento con autorización judicial alguna.

— Que consta que dicho paquete provenía del Aeropuerto de Viru Viru (Santa Cruz, Bolivia) y en el momento de su embarque fue objeto de expresa revisión e inspección en el Servicio de Seguridad de Carga, constando sellos y firmas de las autoridades aeroportuarias correspondientes, sin que, al menos su origen, no se le detectó contener sustancia ilícita alguna —con la posibilidad existente y deducible de que, en el caso, pudiera haber sido objeto de manipulación el paquete una vez facturado en origen—.

— Que a pesar de haber sido detenidos simultáneamente los tres acusados, la apertura a presencia judicial del paquete intervenido se realizó sin presencia de este recurrente, por lo que no se entiende, por un lado, la atribución de participación a éste y de otro, devendría nula la práctica de su apertura, sin su presencia personal ni letrada.

a) De un lado, la normativa internacional —Actas del Convenio de la Unión Postal Universal de Beijing de 1999, en vigor para España desde su publicación en el BOE núm. 62 de 14 de marzo de 2005—, así como la legislación interna —Ley 24/1998— autorizan a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efec-

tos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido, como por ejemplo las drogas.

En el supuesto analizado, nos encontramos ante un paquete postal procedente de Bolivia, cuyo remitente era Jesús Carlos, y su destinatario «Romulo», calle (...) núm. (...) (...) (...) Madrid-España, con un peso de 28 kg. Declarándose contener «efectos personales». Al ser examinado por Rayos X en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, presentaba una densidad que no se correspondía con lo declarado, por lo que ante la sospecha de que pudiera contener objetos ilícitos se procedió por los agentes de la aduana a realizar varios punzamientos, extrayendo un polvo blanco que sometido a drogotest, dio positivo a cocaína.

Actuación correcta para la que los agentes de la aduana no precisaban de autorización judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad y no puede entenderse por «apertura» cualquier procedimiento que permita ver directamente o tocar o tomar muestras de algo que está cerrado, es decir, averiguar el contenido de un paquete mediante manipulación externa.

b) Que en el Paquete consta la leyenda «Revisado-Seguridad Carga» y no se detectase por las autoridades aeroportuarias de embarque en Bolivia sustancia ilícita alguna, no se deriva de ello que fuese manipulado una vez facturado en origen dicho paquete cuando en la diligencia de apertura a presencia judicial y con asistencia del secretario y dos agentes de la Policía Judicial no se detectó vestigio ni señal alguna de esa hipotética manipulación.

c) Respecto a la presencia de este recurrente en la diligencia de apertura, ésta no era necesaria desde el momento en que no era el destinatario del paquete, quien sí estuvo presen-

te así como su letrado y la apertura se llevó a cabo por el Juez de Instrucción con asistencia del Secretario Judicial.

La diligencia de apertura de un paquete puede tener valor de prueba preconstituida si se practica judicialmente respetando el principio de contradicción mediante la asistencia del interesado.

Ello es así conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional referida a las pruebas de imposible reproducción en el juicio oral (requisito material), practicadas ante el Juez de Instrucción (requisito subjetivo), con

cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas (requisito objetivo), y reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 LECrim (requisito formal).

Por tanto el acta en que se documentó la diligencia en cuanto al contenido de la misma y reseña de los efectos hallados en su transcurso, no precisa de ratificación alguna por parte de ninguna de las personas presentes. Su función acreditativa deriva de la propia naturaleza de la función orgánicamente atribuida al Secretario Judicial que ha debido intervenir tanto en la diligencia como en la redacción del Acta (STS 50/2011 de 10-2).

Sentencia 865/2011, Sala Segunda del TS, de 20 de julio

Ponente: **Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Desórdenes públicos y daños terroristas**

Artículos: **8, 21, 77, 557 y 577 Código Penal**

Se analizan con detenimiento las relaciones concursales entre los delitos de desórdenes públicos y daños terroristas, determinando sus respectivos ámbitos de aplicación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. Para examinar la tesis jurídica postulada por el acusado conviene partir del concepto de concurso de normas contraponiéndolo al de delitos. Como es sabido, el concurso de leyes o de normas se aplica cuando uno o varios hechos pueden insertarse en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, ya que es suficiente por sí solo para comprender o abarcar todo el desvalor del hecho o de los hechos que concurren en el caso concreto. De modo que si se penaran los dos tipos delictivos se incurriría en un *bis in idem*, vedado por el principio de legalidad y por el art. 25 de la CE. En cambio, se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado.

Pues bien, en el caso que se enjuicia la propia parte admite en su argumentación que aunque concurren algunos elementos comunes entre el tipo penal del art. 557 (desórdenes públicos) y el del art. 577 (daños terroristas), también se perciben otros que no coinciden. Visto lo cual, resulta diáfano que reconoce *de facto* que el solapamiento entre ambos tipos penales no es ni mucho menos total.

Entre las divergencias sobresale, como asume también la defensa del acusado, la enumeración de conductas delictivas que se hace en ambas normas. De modo que aun admitiendo que en los dos tipos penales se tiende en este caso en gran medida hacia el mismo fin como elemento subjetivo del injusto: atentar contra la paz pública, las modalidades de conducta con que se atenta no son las mismas.

En el art. 557 se describen cuatro conductas diferentes mediante las que se puede alterar el orden público: lesiones a las personas, daños en

las propiedades, obstaculización de las vías públicas o sus accesos, e invasión de instalaciones o edificios. Y se añade como último inciso del precepto la frase «sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder con respecto a otros preceptos de este Código». Lo cual significa —y ello es relevante— que si el delito de daños aparece especificado en otro precepto del Código puede operar en concurso de delitos con el delito contra el orden público.

En el tipo penal del art. 577 se especifica, en cambio, un número bastante mayor de conductas delictivas que resultan agravadas por ejecutarse en un contexto y con fines terroristas. En concreto el legislador desgrana las siguientes conductas delictivas comunes que son castigadas con la pena del respectivo tipo penal pero en su mitad superior: homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los arts. 263 a 266, 323 o 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes.

Como puede fácilmente apreciarse, entre las conductas delictivas agravadas por ejecutarse con objetivos terroristas o contribuyendo a tales fines sí constan los delitos de daños pero no en cambio los delitos de desórdenes públicos. Ello quiere decir dos cosas. La primera, que el solapamiento entre los tipos penales de los arts. 557 y 577 del C. Penal, como ya se anticipó, no es en modo alguno total. Y segundo, que al no especificarse el delito de desórdenes públicos ni la obstaculización de las vías públicas como conducta delictiva en el art. 577 del C. Penal, no puede considerarse que esta norma proteja en esos casos el bien jurídico que tutela el art. 557, precepto que sí contempla la obstaculización de las vías públicas como una conducta castigada con la norma penal.

Siendo así, es claro que con respecto al delito de daños sí se solapan ambas normas penales, concurriendo un concurso de normas que ha de dilucidarse con arreglo al principio de especialidad que refiere la defensa del recurrente (art. 8.1.º CP), al tipificar el art. 577 los daños

ejecutados en el ámbito de conductas propias del llamado terrorismo «urbano» o de «baja intensidad». Pero no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la obstaculización de las vías públicas como forma de alterar el orden público, toda vez que el referido precepto no prevé un tipo agravado para los delitos de desórdenes públicos. Con lo cual, de aplicarse la opción del concurso de normas que pretende el recurrente quedaría sin penar el desvalor material consistente en impedir la circulación de vehículos por una vía pública, conducta que no aparece específicamente contemplada como delictiva en el art. 577 del C. Penal, aunque sí podría aplicarse en los delitos cometidos por los integrantes de organizaciones terroristas, a tenor de lo que dispone el art. 574 del C. Penal (ver al respecto STS 857/2010, de 8-10).

Por consiguiente, el hecho de que en los supuestos de conductas no ejecutadas por personas integradas en organización terrorista no se prevea un tipo de desórdenes públicos agravado como sucede con otras figuras delictivas comunes (art. 577), no significa que tampoco se aplique el tipo común no agravado de desórdenes públicos (art. 557, párrafo primero). Para que se produjera tal exclusión, pretendida por la parte recurrente, sería preciso, tal como ya se señaló, que el desvalor de la conducta del acusado quedara ya penada por el tipo agravado de daños terroristas, hipótesis que en este caso no se da.

En efecto, el delito de daños agravado previsto en el art. 577 del C. Penal tutela el bien jurídico del patrimonio de la víctima y, al mismo tiempo, al tratarse de un delito de terrorismo también tutela como bienes jurídicos supraindividuales el orden constitucional y la paz pública.

El art. 557 del C. Penal tipifica la conducta de alterar el orden público con el fin de atentar contra la paz pública. Ahora bien, según tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en su sentencia 1154/2010, de 12 de enero de 2011, la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de

un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS núm. 987/2009, de 13 de octubre, se decía que «Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio, se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia —STS 1321/1999—, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas —STS 1622/2001—».

Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC 199/1987, de 16-12) entiende que la alteración de la paz pública en el contexto del terrorismo se caracteriza por «impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana». Este concepto ha sido después aplicado en diferentes sentencias de la jurisdicción ordinaria.

Por consiguiente, debe distinguirse el concepto de paz pública aplicable en los tipos penales de terrorismo y el concepto más restringido de seguridad pública o de orden público de la calle que ha de operar en el tipo común de desórdenes públicos. De modo que si bien los arts. 557 y 577 del C. Penal pueden generar cierto equívoco al hacer referencia al mismo fin atentar contra la paz pública, lo cierto es que el significado de tal sintagma tiene distinto alcance en un caso y en el otro.

Ha de interpretarse, pues, que el ánimo de alterar «gravemente» la paz pública que exige el art. 577 le otorga a este concepto un alcance político-social que trasciende ostensiblemente la mera alteración incidental del orden público (art. 557), generando una atmósfera social de temor y desasosiego que afecta de manera general a un número indiferenciado de ciudadanos y pone en peligro la convivencia democrática y el normal desenvolvimiento de las instituciones. Y es que ha de entenderse que el delito de terrorismo siempre ha de tener, en mayor o menor medida, cierta connotación o significado político

que no puede quedar volatilizado mediante una interpretación restrictiva de la expresión siempre equívoca de «la paz pública».

3. En el caso concreto que ahora se enjuicia concurre un delito doloso de daños consistente en incendiar con cócteles molotov los cajeros automáticos y las fachadas de dos oficinas bancarias, además de unos contenedores, causándose con ello notables desperfectos contra el patrimonio de los titulares de los referidos inmuebles, por lo que la conducta del recurrente, al actuar en el ámbito del llamado terrorismo urbano, ha de incardinarse en el art. 577 con el fin de tutelar los dos bienes jurídicos propios de ese precepto: el orden constitucional o la paz pública, de un lado, y de otro el patrimonio de las víctimas concretas.

Sin embargo, el impugnante no solo incurrió en esa conducta dolosa con los referidos fines, sino que también alteró el orden público de la calle para lo cual obstruyó la calzada colocando contenedores incendiados que impedían la circulación de los vehículos. De modo que también menoscabó el bien jurídico del orden público, conducta que aparece penada autónomamente en el art. 557 del C. Penal.

La autonomía entre los tipos penales de desórdenes públicos y de daños con fines terroristas queda avalada tanto en lo que se refiere a los bienes jurídicos que resultaron afectados, como por el dato objetivo de que resulta totalmente factible dañar arrojando cócteles molotov los cajeros automáticos y las fachadas de dos sucursales bancarias sin necesidad de obstruir el paso de los vehículos por una vía pública atravesándola con unos contenedores.

Es más, en el caso de que las conductas referidas fueran ejecutadas por un sujeto fuera del contexto de los fines propios del terrorismo se le aplicarían ambos tipos penales, por causar dolosamente daños de notable cuantía en el patrimonio ajeno y por alterar el orden de la vía pública («sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder con respecto a otros preceptos de este Código», dice el art. 557 del C. Penal). Sería, pues, una contradicción que en este caso en que concurre a mayores la contribución a los fines propios de una organización terrorista no se acudiera al concurso de delitos

y que sí operara, en cambio, el concurso delictivo en un supuesto ubicado fuera del marco terrorista.

Lo que sucede es que el supuesto que ahora se contempla, al referirse a la conducta de unos sujetos que actuaban dentro del ámbito del terrorismo urbano propio del entorno de la organización terrorista ETA, ha de apreciarse el tipo agravado que prevé el 577 para el delito de daños cuando estos se ocasionan en el contexto de actividades terroristas. Lo cual no excluye, tal como se ha argumentado, la aplicación conjunta del delito común de desórdenes públicos, sin agravación alguna por no hallarse prevista en el art. 577 del C. Penal.

El texto penal tipifica los delitos de terrorismo describiendo conductas concretas insertables en tipos penales comunes que después agrava por los fines propios del terrorismo que persiguen: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (delitos de tendencia interna intensificada o de tendencia trascendente). Ciertamente, el art. 577 del C. Penal no contempla el delito de desórdenes pú-

blicos como delito medio específico para fines terroristas; sin embargo, ello solo significa que no se pena como delito agravado por el fin terrorista, y no que deje de castigarse como delito común como pretende la defensa.

Por lo demás, la jurisprudencia de esta Sala ha apreciado en algunas ocasiones un concurso real de los delitos del art. 577 y 557 del C. Penal, sin que considerara desplazado el segundo por el primero (ver SSTS 987/2009, de 13-10; y 244/2011, de 5-4), aunque es cierto que se trataba de casos en los que el concurso real recaía sobre los delitos de desórdenes públicos y tenencia de explosivos.

Por último, al estimarse que el hecho de incendiar las fachadas de dos oficinas bancarias en la parte donde se hallaban los cajeros automáticos es distinto que el hecho de bloquear el paso de una vía pública colocando contenedores, ha de hablarse de concurso real de delitos en cuanto se trata de actos deslindables si bien ejecutados en un mismo contexto.

A tenor de todo lo que antecede, se desestima este primer motivo de impugnación.

Sentencia 971/2011, Sala Segunda del TS, de 21 de septiembre

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Uso de tarjetas de crédito falsas**

Artículos: **8, 248 y 399 bis Código Penal**

Se hace eco la sentencia de algunos problemas interpretativos que surgen con el nuevo delito de falsificación de tarjetas. En particular, entiende que entre el nuevo art. 399 bis CP y la modalidad de estafa prevista en el art. 248.2.c) hay un concurso de normas a resolver de acuerdo con el criterio de la alternatividad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El ahora recurrente fue condenado como autor de un delito de falsificación de moneda, en su modalidad de falsedad de tarjetas de crédito, conforme a los arts. 386.2 y 387 del CP. La sentencia dictada en la instancia, luego confirmada por esta misma Sala en casación, decla-

ró probado que el acusado había adquirido, en unión de otro procesado, varias tarjetas de crédito falsas en Singapur a una persona, abonando por ellas 1.200 dólares, tarjetas que habían sido repetidamente usadas por el propio acusado en distintos establecimientos que, confiados en la titularidad de tales instrumentos de pago, vendieron la mercancía requerida.

En el FJ 1.º, primer apartado de la indicada resolución, se precisa que «... *si bien no ha quedado suficientemente probado que materialmente efectuaron dichos procesados la fabricación de las mismas lo que es indudable es que las introdujeron en España y utilizaron las mismas a fin de defraudar con las compras realizadas en los distintos establecimientos en las ciudades de León y Burgos que constan en el relato de probanza. Se consuma así el delito cuando la moneda —en este caso la tarjeta de crédito falsa— penetra en el territorio nacional español, entendiéndose por tal, según la jurisprudencia, no sólo el terrestre sino también el marítimo*».

La resolución recurrida —que rebaja la pena impuesta por el delito de falsedad, dejando subsistente la impuesta por el delito de estafa— no precisa, sin embargo, qué proceso deductivo le ha llevado a esa degradación, limitándose a proclamar que la pena fijada por el previgente art. 386.2 del CP ya no es imponible con arreglo a las previsiones del art. 399 bis del mismo texto.

Tercero.—Los preceptos por los que se ha condenado al recurrente (arts. 387, en relación con el art. 386.2 del CP), castigaban con la pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que alterase o fabricara moneda falsa, teniendo en cuenta que, a tales efectos, se consideraba moneda, además de la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje.

El legislador de 2010, sin embargo, ha considerado oportuno romper con esa equiparación funcional —profundizada mediante la reforma de la LO 15/2003, 25 de noviembre— dispensando ahora un tratamiento autónomo a la falsificación de las tarjetas de crédito y débito, así como a los cheques de viaje. Así, ha creado una sección específica en el capítulo II, del título XVIII, del libro II del CP, castigando con la pena de 4 a 8 años de prisión al que «... *altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje*».

Es posible que en este viraje tan radical en el tratamiento criminológico de lo que se ha llamado, mediante expresión bien gráfica, *dinero*

de plástico, hayan influido las críticas doctrinales que apuntaban a la necesidad de conferir un tratamiento singularizado, evitando así una artificiosa y desproporcionada asimilación penal de lo que, por su propia naturaleza y, sobre todo, por su eficacia como instrumento de pago, debería recibir protección autónoma. Así la tutela penal de las tarjetas de crédito se ha situado en un terreno intermedio entre la protección de la moneda y la del resto de los documentos tenidos como mercantiles (cfr. STS 284/2011, 11 de abril). Parece evidente que una protección penal idéntica entre lo que es un genuino medio de pago, sometido al control de instancias financieras nacionales o supranacionales y lo que no son sino instrumentos de pago, normalmente generados por entidades privadas, corre el riesgo de desbordar las exigencias del principio de proporcionalidad. De hecho, así fue advertido por esta misma Sala en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 28 de junio de 2002, que interesó la creación de un tipo penal específico para el tratamiento de las falsedades de tarjetas de crédito.

Partiendo, pues, de la idea de que la conducta en la que incurrió el declarante ha de ser objeto de una nueva calificación jurídica con arreglo al art. 399 bis del CP, en este precepto se recogen tres apartados. En el primero de ellos, se castiga con la pena de 4 a 8 años de prisión al que «... *altere copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje*». La pena se impondrá en su mitad superior «... *cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal*». El apartado 2.º sanciona con la misma pena impuesta a los falsificadores «... *la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico*». El apartado 3 establece que «*el que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de su falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años*».

El nuevo precepto, como puede apreciarse, ha suprimido el casuismo que mantiene el art. 386 del CP en la descripción de la acción típica cuando el objeto del delito no son tarjetas de cré-

dito sino moneda y efectos timbrados. En efecto, el art. 386 del CP —precepto aplicado por el Tribunal de instancia— castiga al que *altere, fabrique, introduzca en el país, exporte, transporte, expendo o distribuya* moneda falsa o alterada.

El legislador, pues, ha ahorrado en el tipo la precisión de algunas de las especies del género falsificación y, sobre todo, ha omitido el vocablo *introducción* en la descripción de la acción típica. Esta falta de mención explícita a la *introducción*, da pie al recurrente a sostener que la condena por el delito de falsedad ha de quedar sin efecto, en la medida en que Marcos fue condenado por introducir esas tarjetas desde Singapur. Sin embargo, quien así razona está mutilando buena parte del juicio histórico en el que, además de describir ese acto de entrada, precisa que el acusado empleó esas tarjetas para adquirir objetos de muy distinta naturaleza en numerosos establecimientos de las capitales de León y Burgos, ocasionando un notable perjuicio a la entidad VISA, que la sentencia remite para su fijación a lo que quede cuantificado en ejecución de sentencia.

No resultando aplicable el primero de los apartados del art. 399 bis del CP, también hemos de descartar la calificación de los hechos conforme al apartado 2 del mismo precepto, pues como recuerda el Fiscal, al no describirse en los hechos probados un destino a la distribución o al tráfico de la evidente tenencia, los hechos deben incluirse en el apartado 3.º, en el que se sanciona el uso, la utilización de las tarjetas de crédito a sabiendas de su falsedad y en perjuicio de otro. Eso es precisamente lo que hizo el recurrente y por esos hechos ha de ser castigado.

Cuarto.—La solución impuesta por la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, con la consiguiente aplicación del art. 399 bis, apartado 3.º, conduce de forma obligada a un concurso entre el delito de falsedad y el delito de estafa. Y es que la misma reforma ha introducido en el art. 248.2.c) del CP una nueva modalidad de estafa, castigando con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, a «*los que utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero*».

Y el concurso presenta todas las características de un concurso aparente de normas, no un concurso de delitos, tal y como ha entendido la Audiencia Nacional. En efecto, el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/ 2011, 29 de marzo).

La relación entre el art. 399 bis, apartado 3, y el art. 248.2 c) del CP no es sino la propia de una relación de alternatividad que ha de resolverse mediante la aplicación del precepto que prevea pena más grave, en este caso, el primero de los tipos mencionados, que castiga la acción con la pena de prisión de 2 a 5 años. Es cierto que algunos autores han matizado el alcance de esa relación de alternatividad, puntualizando que mientras el art. 399 bis, apartado 3, tipificaría aquellas acciones en las que el sujeto activo, a sabiendas de su falsedad, utiliza la tarjeta de crédito o débito en perjuicio de un tercero, el art. 248.2.c) sancionaría aquellos otros casos en los que la utilización de esa tarjeta de crédito o débito se produciría al margen de cualquier falsificación, es decir, en los supuestos en los que el autor ha sustraído o se ha encontrado con un instrumento de pago auténtico pero que no le pertenece.

Sea como fuere, en el caso que nos ocupa, los hechos probados, si bien excluyen, por falta de fundamento probatorio, la participación de Marcos en la falsificación, no dejan duda acerca del conocimiento que éste tenía respecto del carácter falso de las tarjetas de crédito que empleó para lucrarse. De ahí que por una u otra vía interpretativa, la aplicación del apartado 3 del art. 399 bis del CP resulte obligada, excluyendo la sanción por el delito de estafa (art. 8.4 CP).

Sentencia 942/2011, Sala Segunda del TS, de 21 de septiembre

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Competencia. Delitos conexos**

Artículos: **1 y 52 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; 24.2 CE y 14 LECrim**

Discutida la competencia para el enjuiciamiento del Tribunal profesional frente al del Jurado, la Sala, tras afirmar que se trata de una mera cuestión interpretativa de las reglas de competencia y que no afecta al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, confirma la competencia de la Audiencia haciendo aplicación de la solución contenida en el Acuerdo plenario de 20-1-2010.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—2. En el mismo motivo, de manera procesalmente improcedente, se formalizan otras censuras casacionales por vulneración de derechos fundamentales. Todas ellas parten de la denunciada infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la ley que proclama el art. 24 C.E.

Como fundamento de esta queja, sostienen los recurrentes que los hechos deberían haber sido enjuiciados por el Tribunal del Jurado y no por el Tribunal Profesional de la Audiencia Provincial, y ello porque se trataría de un delito de robo en el que el homicidio y no el asesinato, sería el medio para cometerlo.

Según constante doctrina de esta Sala de casación y también del Tribunal Constitucional, la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Y dicho derecho no resulta vulnerado cuando se trate de un mero deslinde y amojonamiento de distintos y colindantes ámbitos de actuación en hipótesis polémicas o en situaciones problemáticas, no suponiendo por tanto la ruptura deliberada del esquema competencial (STC 35/2000, 93/1998, ATC 262/1994, de 3 de octubre, STS de 15-3-2003, núm. 370/2003). Y específicamente, en relación con el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el atribuir el conocimiento de un procedimien-

to a la Audiencia Provincial y no al Tribunal del Jurado, por la variedad y complejidad de las actuaciones delictivas, no afecta al Juez Ordinario predeterminado por la ley (STC 156/2007, de 2 de julio de 2007).

(...)

Como ha señalado el Tribunal Constitucional las cuestiones de competencia reconducibles al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/1984, de 26 de marzo, 8/1998, de 13 de enero, 93/1998, de 4 de mayo y 35/2000, de 14 de febrero, entre otras).

El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al Órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la Sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero, recogiendo lo ya expresado en el ATC 262/1994, de 3 de octubre.

(...)

Y en el caso presente no puede sostenerse de ninguna manera que la decisión de atribuir la competencia a la Audiencia Provincial haya sido precipitada, infundada y, mucho menos, arbitraria, pues dicha decisión se adoptó tras un amplio repertorio de solicitudes de una de

las partes procesales, resoluciones judiciales, recursos contra éstas, hasta llegar al Tribunal Superior de Justicia que finalmente resolvió la cuestión en un Auto de veinte folios, tan extenso como concienzudo y meticuloso, sobrado de motivación jurídica y fáctica que fundamenta rigurosamente la resolución.

Cuando, como sucede en el caso actual, lo que se plantea es una cuestión interpretativa de las reglas atributivas de la competencia entre dos órganos jurisdiccionales ordinarios que ha sido resuelta razonablemente en favor de uno de ellos, la cuestión suscitada carece de rango constitucional, y el motivo interpuesto al amparo del art. 5.4 de la LOPJ debe ser desestimado, con independencia del criterio competencial que pudiese haberse sostenido en el caso de que la controversia se hubiese planteado en puridad como cuestión de competencia (véase STS de 11 de julio de 2001).

Aquí se podría concluir la respuesta desestimatoria a la denunciada vulneración del derecho constitucional que se alega. Pero consideramos oportuno hacer algunas otras consideraciones.

En el caso actual el objeto de enjuiciamiento son un delito de robo con violencia e intimidación en concurso medial con un delito de detención ilegal, un delito de asesinato (a los efectos que aquí se tratan es igual que fuera de homicidio) y un delito de estafa, todos ellos consumados.

El único de ellos que el art. 1.2.a) LOT atribuye la competencia a este Tribunal es el de homicidio, si bien el art. 5.2 de la misma Ley establece la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de los delitos conexos «cuando alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad», según dispone la letra c) del mencionado precepto.

La interpretación de esta regla extensiva de la competencia objetiva del Tribunal del Jurado generó un amplio y encendido debate doctrinal que concluyó en el Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, que en su apartado tercero establecía que la aplicación del art. 5.2.c) requiere que la rela-

ción funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se entenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura. Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme el apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

Así lo resolvió el TSJ de la Comunidad de Valencia que con claridad expresa, citando la doctrina del TC, y con fundamento en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010, complementado por posterior de 23 de febrero de dicho año, estima que al acusarse por el Ministerio Fiscal de un delito de asesinato cometido, «para poder disponer del tiempo necesario para sacar todo el dinero de la cuenta bancaria de la víctima», es decir, para facilitar la ejecución o procurar la impunidad de un delito de robo, existe una relación funcional entre el delito de asesinato y los delitos de robo con violencia y robo con fuerza, que entra dentro del segundo supuesto contemplado en el apartado 3.º de dicho Acuerdo, por lo que, como el objetivo perseguido es cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad no es de la competencia del Tribunal del Jurado, la competencia, al no tratarse de delitos que puedan enjuiciarse de manera separada, corresponde a la Audiencia Provincial.

Y a este respecto el Auto del TSJ recuerda que esa interpretación del Acuerdo Plenario ha sido citado y aplicado en resoluciones posteriores del Alto Tribunal, habiéndose por tanto convertido en doctrina jurisprudencial. Así, cabe citar la STS de 8 de marzo de 2010 (núm. 1157/2010), así como la STS de 18 de febrero

de 2010 (núm. 1489/2010), dictada en un supuesto similar donde se comete un homicidio para procurar la impunidad del robo, y en la que, con aplicación del mencionado Acuerdo, indica que prima el delito fin del autor de los hechos delictivos [se acordó «(...) que en aquellos casos en que forzosamente han de conocerse dentro del mismo proceso varios hechos constitutivos de diferentes delitos, unos de la competencia del jurado y otros no, se tendrá en cuenta el delito fin (el que movió al autor o autores al comportamiento punible) para resolver si ha de conocer y resolver, bien el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, bien el Tribunal del Jurado; y ello aunque tal delito fin no sea el más gravemente sancionado. Y en este caso queda claro por el propio contenido de la sentencia recurrida, particularmente en su relato de hechos probados, que la finalidad de la actuación criminal de los acusados fue el delito de robo, no el allanamiento de morada ni el homicidio»]. Igualmente en el reciente ATS 5212/2010, de 15 de abril de 2010, en relación también con un delito de homicidio y robo y falta de lesiones, en el que el objetivo principal era el robo: «... Descartado así el enjuiciamiento por separado, procede examinar si corresponde al Tribunal del Jurado o a un Tribunal ordinario el enjuiciamiento conjunto

de todos los hechos delictivos. En el caso presente, atendiendo a los escritos de acusación y de conformidad además con lo expresado en los hechos probados y en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, el objetivo principal era cometer el robo, y este delito se vio facilitado por el delito de homicidio y por la falta de lesiones. En consecuencia, como el delito principal no es competencia del Jurado, no es este Tribunal quien deba conocer de todos los hechos delictivos enjuiciados». De la misma manera —cabe añadir— que el delito de detención ilegal fue ejecutado para facilitar la consumación del delito principal y objetivo prioritario de los acusados que era el apoderamiento del dinero de la víctima y el delito de asesinato para lograr la impunidad de aquella.

Por tanto, siendo evidente que el *factum* de la acusación específica con precisión que el móvil principal de los autores de los hechos fue la comisión de un delito de robo, cometiendo el asesinato para facilitar y lograr la impunidad de aquél, se está en el supuesto de estimar competente para el enjuiciamiento de los hechos a la Audiencia Provincial, y no al Tribunal del Jurado, lo que conlleva la desestimación del recurso y correlativa confirmación de la resolución recurrida. Por todo lo expuesto, el reproche debe ser desestimado.

Sentencia 964/2011, Sala Segunda del TS, de 27 de septiembre

Ponente: **Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Estafa y falsedad documental. Cuestión de competencia. *Perpetuatio iurisdictionis***

Artículos: **2 y 4 LEC; Sección 1 Código Penal; 52 Ley Orgánica del Poder Judicial; 24.2 CE y 14 y 25 LECrim**

Cuestión de competencia entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal en supuesto de delito de estafa (cambiaria) y falsedad documental ante una nueva legislación penal. Afirmada la procedencia del recurso de casación por infracción de ley contra los autos de inhibición, se estima éste por la Sala aplicando la doctrina sobre la *perpetuatio iurisdictionis* ante lo extemporáneo de la inhibición de la Audiencia, producida abierto el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El Tribunal provincial *a quo* se basa, para entender que carece de competencia

para conocer de la causa, teniéndola el Juzgado de lo Penal, conforme al art. 14.3 LECrim, esencialmente, en que la reforma operada por la LO

5/2010, de 22 de junio ha suprimido el párrafo tercero del art. 250 CP, esto es, la figura de la estafa agravada consistente en la utilización de cheque, castigada con anterioridad a dicha reforma, con la pena de prisión de 1 a 6 años, con lo que ello sitúa ante dos tipos penales (falsedad y tipo básico de la estafa, previsto en los arts. 248 y 249 CP) cuya pena en abstracto no supera los 5 años de prisión, estando situada entre los 6 meses y los 3 años de prisión.

Tercero.—Se trata de un auto el recurrido de la Audiencia provincial que defiende la competencia para enjuiciamiento en favor del Juzgado de lo Penal. El artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «No podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días...». Una interpretación literal del precepto parece excluir la posibilidad de recurso de casación.

No obstante, la Jurisprudencia, consolidada y uniforme, ha interpretado que la exclusión de recurso que prevé el artículo 52 de la Ley Orgánica se refiere a los recursos ordinarios. Y con base en una interpretación sistemática del artículo 25 *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza el recurso de casación contra los autos de las Audiencias resolutorias de cuestiones de competencia, ha admitido el recurso de casación de los autos de las Audiencias en que declinan la competencia para enjuiciamiento en favor de los Juzgados de lo Penal.

(...)

Cuarto.—Por lo tanto, considerando recurrible la resolución impugnada, la cuestión planteada por la Audiencia Provincial nos remite a determinar si las modificaciones legislativas que se puedan producir en el Código Penal cuando un asunto se encuentra pendiente de señalamiento, o, ya determinada la fecha del juicio y antes de su celebración, puede alterar la competencia para enjuiciar asuntos de carácter penal, debiendo partirse de la premisa de que tal competencia para enjuiciar ya ha sido aceptada por dichos órganos, en atención a las normas le-

gales imperantes en el momento de recibir las acusaciones.

El artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del artículo 4 de la misma Ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones de legales de derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

Y sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencia de la Sala 2.ª 149/1995 de 16 de octubre, y Sentencia de la Sala 1.ª 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que «El fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza, es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculcado (art. 25.1 CE y 24 CP) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho (art. 9.3 CE). Las leyes procesales pertenecen al primer grupo de los tres enumerados más arriba y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente como ocurrió con la Ley constitutiva de la Audiencia Nacional (RDL 1/77 de 4 de enero) o en la más reciente de Procedimiento Laboral, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no por fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional. En el caso de silencio de la nueva Ley, rige el principio aceptado por el RD 3 de febrero de 1881, que promulgó la de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 3 establece: «Los pleitos pendientes en la actualidad continuarán sustanciándose en la instancia en que se hallen con arreglo a la Ley hoy vigente».

Es el fenómeno que doctrinal y Jurisprudencialmente se ha bautizado con la expresión latina muy conocida de la *perpetuatio iurisdictionis* (...).

Además, la Ley 36/98 de noviembre, que modificó el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para ampliar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal, contiene una disposición transitoria única, que establece el carácter retroactivo de la ley, en cuanto dispone que «aplicará a las causas que se encuentren pendientes en el momento de su entrada en vi-

gor, siempre que en dicho momento, no se haya dictado todavía auto de apertura del juicio oral». Así pues, parece indudable que, en el ámbito procesal penal, rige la *perpetuatio iurisdictionis*, al menos, tras el auto de apertura del juicio oral que, en el procedimiento abreviado, determina formalmente el órgano que competente para el enjuiciamiento. El mismo criterio inspira el artículo 788.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que dispone que «Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del tribunal Jurado, éste continuará conociendo».

Además este criterio parece ser el más respetuoso con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y con el principio de seguridad jurídica.

(...)

Quinto.—Ciertamente, en relación con las *inhibiciones tardías*, esta Sala se ha pronunciado en numerosas resoluciones (cfr. ATS de 11-12-03, ATS de 18-5-07, ATS de 2-7-010; ATS 24-5-011, o STS núm. 413/2008, de 30 de junio; STS núm. 854/08, de 4 de diciembre), señalando que cuando el procedimiento ha superado la fase de instrucción, y ya se ha procedido a la apertura del juicio oral, hay que acudir a la *perpetuatio jurisdictionis*, en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez *abierto el juicio oral*, incluso en casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución competencial.

Sexto.—Por tanto, entendiéndose que la cuestión ha de ser resuelta a favor de la competencia de la Audiencia Provincial Tarragona para el enjuiciamiento del supuesto de autos, el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha de ser estimado (...).

Sentencia 983/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de septiembre

Ponente: **José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Tráfico de drogas. Revisión de condena**

Artículos: **Disposición Transitoria 2.ª Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal y 2, 66, 368 y 369 Código Penal**

La Sala de instancia negó la revisión de condena, porque la pena impuesta cabía imponerla también tras la reforma de 2010. La posible lesión del principio de igualdad ante la ley, dado que a un coautor sí se le revisó (a la baja) la condena, se salva con la petición de indulto parcial. El Tribunal Supremo casa la sentencia y procede a revisar la condena, argumentando con los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad. Recogemos un voto particular discrepante muy bien argumentado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. La Audiencia Provincial ante la petición de revisión, oportunamente rechazada, y después de reiterar sus argumentos en el recurso de suplica, no da lugar a la revisión, entendiendo que, con independencia de que se hayan

modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando en consecuencia la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la que en su día se impuso, esto es, antes de la modificación legislativa, es también imponible de acuerdo con la nueva normativa, no habrá lugar a la revisión.

Es importante hacer notar que tanto en el auto inicial de la Audiencia de Cantabria (10-febrero-2011) como el que resolvió la súplica (4-marzo-2011) se manifiesta de forma paladina que la solución adoptada no resultaba satisfactoria y ello no tanto por la procedencia de la revisión —que ya se ha razonado que no procede— sino porque la rebaja a otro imputado en la presente causa llevaba a la paradoja de que la pena superior de aquél —más grave inicialmente— había quedado equiparada a la de éste como consecuencia de la revisión a que él sí tenía derecho como consecuencia de la LO 5/2010 y ya se exponía que este tribunal no encontraba otra vía de resolver tal situación que el posible indulto parcial del aquí recurrente.

Para concluir no es de más hacer notar que el Fiscal del Tribunal de origen en sus dos dictámenes apoyó la revisión. Sin embargo el Fiscal del Tribunal Supremo, ajustado a los estrictos términos de las disposiciones transitorias, entiende correcta y adecuada la decisión que se impugna. Este último hace un enjundioso análisis del paralelismo entre la Disposición Transitoria quinta de la LO 10/1995 y la segunda de la LO 5/2010, que prevé las normas que deben presidir el proceso de revisión. Igualmente entiende que no se infringió el art. 14 de la Constitución española, por faltar uno de los requisitos, conforme a la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, según la cual, la diferencia de trato debe ser «arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos en un proceso penal, en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico».

3. El tenor del auto revisado y el dictamen del Fiscal del Tribunal Supremo son plenamente correctos desde el punto de vista de la estricta legalidad. Sin embargo, la objeción de la Audiencia Provincial, consciente de la existencia de los injustificados resultados que la revisión supondría en el plano de la justicia material y el dictamen fiscal favorable a la revisión ha contado con un elemento, quizás desconocido para el Fiscal del Tribunal Supremo. En efecto, esta Sala de casación, haciendo uso del art. 861 LECrim, ha acudido a los autos originales y en ellos consta que los dos condenados en esta causa, además del recurrente, uno de ellos, Gabriel,

se halla en busca y captura y al otro, Calixto, le ha sido revisada la sentencia y se le ha impuesto una nueva pena de 6 años y 1 día.

El Fiscal de instancia, al haberle sido impuesta una pena de 9 años (debió ser de 9 años y 1 día) por concurrir el subtipo agravado de notoria importancia de la droga, que permitía la subida de la pena en un grado (de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses), se hallaba constreñido a efectuar la revisión, ya que la pena actual por esos hechos con sus circunstancias, obligan a imponerla en su mitad inferior, esto es, mitad inferior de la pena de 6 años y 1 día a 9 años (de 6 años y 1 día a 7 años y 6 meses).

Por el contrario, en el recurrente en quien concurrían dos atenuantes el tribunal estaba obligado a bajar, como mínimo, un grado la pena, resultando una horquilla dosimétrica de 3 a 6 años. A esto debe añadirse que la consideración de las penas privativas de libertad a imponer en una u otra legislación, en tanto debe aplicarse una u otra en bloque, no se considerará más favorable la ley nueva cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imposible con arreglo a esta reforma del Código. Por circunstancias deben entenderse aquéllas que concurren en el hecho o en el autor que determinan la alteración imperativa del marco dosimétrico básico. En tal sentido debe considerarse, por ejemplo, los grados de ejecución del delito, modalidades de autoría, delito continuado, concurso de delitos, siempre que no intervenga el arbitrio judicial (v.g. la tentativa que permite bajar uno o dos grados, sólo opera la rebaja de uno por ser preceptiva), y desde luego el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes, en cuanto imponen una distinta delimitación del recorrido penológico, todo ello en atención a la exclusión del arbitrio judicial (taxatividad) en la comparación de las penas impuestas y las que procede imponer con la nueva legislación.

4. Dicho lo anterior, aun reconociendo el rigor interpretativo de la Audiencia y del Fiscal, de la Disposición Transitoria segunda de la LO 5/2010, esta Sala ha tenido ocasión de dictar sentencias, en las que en supuestos especiales y sólo en evitación de agravios comparativos o injustificados y flagrantes desequilibrios de

las penas entre los distintos responsables de un mismo delito en unas misma causa, ha admitido la revisión de las sentencias, ya que las disposiciones transitorias deben interpretarse de conformidad a la Constitución y en la pugna entre el principio de legalidad interpretado desde una óptica formal y el de igualdad constitucional, ha cedido en beneficio del reo dando prevalencia a este último, en consonancia con la amplitud interpretativa que se viene dando al art. 2.2 CP de retroactividad de la ley más favorable.

Entenderlo de otro modo supondría alzaprimar el alcance interpretativo de las disposiciones transitorias hasta límites de subvertir o ahogar el régimen penológico vigente en el Código Penal, con lesión de derechos fundamentales.

Es cierto que la decisión de la Audiencia no ha sido arbitraria, pero de un modo u otro ha hecho resentirse, si no soslayar frontalmente, el derecho de igualdad. En nuestro caso se trata de acusados, condenados como coautores por el mismo Tribunal y en la misma causa, y sin que consten merecimientos o desmerecimientos de pena de unos respecto a otros, que no sea efecto de la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a uno de ellos se le ha revisado la sentencia imponiendo 6 años y 1 día, dada la imposibilidad de desbordar por debajo la pena marco señalada por la ley al subtipo agravado que se aplica, mientras que al recurrente en quien concurren dos atenuantes que determinarían y determinan (antes y ahora) la bajada de la pena inferior en un grado o incluso en dos, se le impone prácticamente la misma que a su consorte delictivo, lo que repugna a los más elementales principios de igualdad, proporcionalidad y justicia material.

Ciertamente que lo que no se puede hacer, como propugna el recurrente, es trasladar de forma matemática los criterios individualizados observados por el legislador a la nueva normatividad, pues el tribunal al individualizar la pena con la legalidad derogada, dada su gravedad (una de las causas de la reforma) utiliza criterios de proporcionalidad y benevolencia, que no tiene por qué observar con la nueva normativa mas suave y ajustada a la gravedad del hecho.

Pero independientemente de ello, es justo, prudente y acorde con la legalidad constitucio-

nal, interpretar con ecuanimidad la Disposición transitoria segunda armonizándola con otros preceptos del Código (régimen penológico) procediendo a la revisión de la sentencia, con el señalamiento de una nueva pena de 4 años y 6 meses que solicita el recurrente.

(...)

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

ALBERTO JORGE BARREIRO

FECHA: 30/09/2011

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre la interpretación y aplicación que se hace de la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, discrepancia que, una vez redactada la sentencia de casación, expongo en los razonamientos de este voto particular.

La referida disposición transitoria, en el párrafo segundo del apartado 1, preceptúa lo siguiente:

«Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior imputada al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia».

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de octubre de 2008, que se halla en trámite de ejecución, se condenó al ahora recurrente, José Manuel, a la pena de seis años de prisión y una multa de 52.453,20 euros, como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (anfetamina), previsto en los arts. 368 del C. Penal y 369.1.6.^a del C. Penal (redacción anterior a la reforma), con las circunstancias atenuantes de toxicomanía y de colaboración con la justicia.

En el auto en que se resolvía sobre la revisión de la sentencia firme con respecto al referido penado, dictado por la Audiencia Provincial el 10 de febrero de 2011, se denegó la revisión al estimar que la disposición transitoria segunda veda la posibilidad de revisar la sentencia firme cuando la pena concreta impuesta en la sentencia sea también imponible con arreglo al nuevo texto legal. Pues el tipo penal aplicado contenía un marco legal punitivo que abarcaba de tres a nueve años de prisión, mientras que el nuevo texto comprende entre tres y seis años de prisión, marco legal en el que se halla por tanto insertada la pena concreta impuesta en su día. La decisión fue después ratificada por el auto dictado por la misma Audiencia el 4 de marzo de 2011 resolviendo el recurso de súplica.

La sentencia de la mayoría estima el recurso de casación y modifica la condena impuesta en su día al ahora impugnante. Y para ello aporta como dato relevante que en la misma causa fue juzgado y condenado Calixto, al que se le impuso una pena superior en grado al ahora recurrente por concurrir en aquel una sola circunstancia atenuante (al impugnante se le apreciaron dos). De modo que se le aplicó una pena de 9 años y un día de prisión, pena que sí se le ha podido revisar dado que se encuentra comprendida fuera del marco legal punitivo de los arts. 368 y 369 del nuevo texto, que establece para estos casos una pena de seis años y un día a nueve años de prisión. Por lo cual, al penado Calixto se le redujo la pena desde nueve años y un día hasta seis años y un día, mientras que al recurrente en casación se le mantuvo la misma pena de seis años de prisión, a pesar de habersele aplicado dos circunstancias atenuantes en la sentencia condenatoria dictada con arreglo a la norma derogada.

2. Ante la situación generada de una casi igualación de la pena finalmente impuesta a ambos penados, la sentencia de la mayoría anula el auto de la Audiencia y estima el recurso, basándose para ello en los argumentos nucleares que destaco a continuación.

La resolución mayoritaria comienza reconociendo el rigor interpretativo de la Audiencia Provincial y también del Fiscal que informó ante esta Sala, con lo cual viene a admitir que

la fundamentación de la resolución recurrida es correcta y se ajusta a los términos de la ley. Sin embargo, y tal como ya se ha reseñado anteriormente, acoge la pretensión de revisión con el fin de *evitar agravios comparativos o injustificados y flagrantes desequilibrios de las penas entre los distintos responsables de un mismo delito en una misma causa*.

A continuación se expone como argumento determinante de la tesis de la mayoría que las disposiciones transitorias deben interpretarse de conformidad con la Constitución; de modo que —se afirma— en la pugna entre el principio de legalidad interpretado desde una óptica formal y el de igualdad constitucional, se da prioridad a este último en beneficio del reo. Y aunque considera la Sala que la decisión de la Audiencia no ha sido arbitraria, estima que sí viene a soslayar frontalmente el principio de igualdad. Y más adelante matiza que la Audiencia utiliza criterios de proporcionalidad y benevolencia que no tiene por qué observar con la nueva normativa, más suave y ajustada a la gravedad del hecho.

Finalmente, la sentencia mayoritaria cierra su motivación sosteniendo la tesis de que procede la revisión y acaba por tanto individualizando judicialmente la pena del recurrente con el argumento de que es justo, prudente y acorde con la legalidad constitucional interpretar con ecuanimidad la disposición transitoria segunda armonizándola con otros preceptos del Código (régimen penológico), fijando una nueva pena de 4 años y 6 meses de prisión.

3. Pues bien, la aplicación que hace la mayoría de la disposición transitoria segunda no puedo compartirla a tenor de los razonamientos que expongo a continuación.

En primer lugar, porque se opone al principio de legalidad penal, en cuanto que la dicción del precepto es clara cuando dispone que ha de aplicarse la *«disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código»*.

En efecto, el legislador plasma en el precepto una interpretación auténtica del concepto de «norma más favorable», restringiendo el alcance que pudieran darle los operadores jurídicos al aplicarlo. De modo que advierte de manera expresa y específica que *«no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código»*.

La disposición transitoria distingue, pues, dos niveles a la hora de fijar el alcance de la retroactividad de la *norma más favorable*. El que se determina taxativamente en el marco concreto legal, en el que han de quedar comprendidas todas las normas específicas que conciernen a su aplicación (participación delictiva, circunstancias modificativas de la responsabilidad, los subtipos agravados y atenuados, etc.). Y un segundo nivel relativo a la individualización judicial de la pena, en el que entra en juego el arbitrio judicial. El primer marco lo califica de taxativo y el segundo lo flexibiliza a través del arbitrio judicial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto que se ubican fuera de la estricta taxatividad de los límites legales.

Ello se ve corroborado por el último inciso del párrafo en cuestión, en el que se matiza que la taxatividad dejará de operar cuando el nuevo texto legal contenga una pena alternativa a la privativa de libertad.

Así pues, el legislador ha normativizado los límites de la revisión de las sentencias firmes aportando un parámetro legal sobre el alcance que ha de darse al concepto de disposición más favorable, siendo plenamente consciente de que restringe su alcance («se considerará», dice) al excluir de forma expresa las posibles reducciones de pena que pudieran resultar perfectamente plausibles en el caso de que se entrara en el apartado de la individualización judicial. Veda por consiguiente la ley tal posibilidad cuando se trate de revisar una sentencia firme, para lo cual atiende a criterios de seguridad jurídica y a razones pragmáticas de que no se proceda a revisar un importantísimo número de sentencias en todo el territorio nacional, impidiendo así operar con el art. 66 del C. Penal dentro de

los nuevos marcos legales a los efectos de una posible individualización punitiva.

Tal opción legislativa puede cuestionarse desde una perspectiva axiológica por la jerarquía de valores que establece, pero lo cierto es que la ha adoptado el legislador dentro de sus competencias y, por lo tanto, el principio de legalidad obliga a aplicarla y a interpretar la norma en los términos en que viene redactada, máxime cuando la dicción legal tiene una raigambre ya consolidada en otras reformas legislativas y en la jurisprudencia que las aplicó.

4. En efecto, la redacción de la disposición transitoria segunda, párrafo segundo, tiene el mismo contenido gramatical que la disposición transitoria quinta del C. Penal de 1995 y que la disposición transitoria segunda de la reforma del Código por LO 15/2003; sin que en ningún caso fuera cuestionada la constitucionalidad de tales textos legales por la restricción que comportan en el ámbito de la retroactividad normativa para los supuestos en que los nuevos preceptos pueden favorecer al reo en virtud de la individualización judicial.

Y en lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial, son reiteradas y concordantes las sentencias que se han venido dictando en los años precedentes con respecto a la misma norma transitoria con motivo de su implantación en las distintas reformas, siguiéndose el criterio hermenéutico aplicado en este caso por la Audiencia Provincial. Y así, pueden citarse las sentencias de esta Sala 1085/1996, de 20-12; 395/1997, de 24-3; 505/1997, de 14-4; 842/1997, de 9-6; 953/2000, de 29-5; 1357/2000, de 20-7; 410/2004, de 26-3; 888/2005, de 6-7; y 1467/2005, de 9-12, entre otras; sin olvidar tampoco un sin número de autos de esta misma Sala.

En esas resoluciones se acoge la tesis denegatoria de la revisión judicial cuando la pena impuesta en el caso concreto en virtud del arbitrio judicial sea también imponible con arreglo al marco legal del nuevo texto normativo, impidiendo por tanto descender en tales supuestos al plano de la individualización judicial cuando se postula la revisión de sentencias firmes.

5. A tenor de los razonamientos precedentes, entiendo que no cabe modificar la pena

impuesta en la sentencia firme con el fin de adecuarla al nuevo texto legal operando para ello con criterios de individualización judicial, pues tanto la interpretación gramatical de la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, como la interpretación sistemática y la teleológica impiden acoger la tesis de la mayoría.

Según se desprende de forma clara de la redacción del precepto, la compulsión para dilucidar la pretendida revisión de la pena ha de hacerse entre la pena individualizada que se impuso en la sentencia en ejecución y la pena correspondiente al marco legal concreto establecido en el nuevo texto legal del art. 368. Ello quiere decir que no cabe operar con la individualización judicial de la pena a la hora de aplicar el nuevo precepto legal, impedimento que resulta vulnerable en la decisión de la mayoría.

Una interpretación como la que se hace en la resolución mayoritaria contradice la dicción de la norma (interpretación gramatical) y descontextualiza su ubicación en el texto legal (interpretación sistemática), toda vez que se ha introducido como disposición transitoria con el fin de establecer un criterio restrictivo y limitador del principio general de la retroactividad de las normas penales que favorecen al reo acogido en el art. 2 del C. Penal.

En lo que respecta a este último particular (interpretación teleológica), es claro que el legislador, como ha sucedido con otras reformas legales precedentes, ha pretendido evitar la revisión de las numerosas sentencias condenatorias firmes dictadas con arreglo a la legislación derogada, sentencias que tendrían que ser revisadas en su práctica totalidad en el caso de que cupiera reducir la pena con arreglo a los criterios de individualización judicial, apartado que ha excluido de modo expreso al separar conceptualmente los casos en que se opera con la taxatividad del marco legal y aquellos en los que se pondera la pena con el criterio del arbitrio o discrecionalidad judicial.

De seguirse el criterio que ahora cuestiono carecería de toda razón la existencia de la propia norma transitoria y la contraposición clara que en ella se hace entre los casos en que procede la aplicación taxativa de los preceptos penales y aquellos otros en que se opera solo con arre-

glo al arbitrio o a la discrecionalidad judicial. Al acogerse la interpretación mayoritaria el párrafo segundo de la disposición transitoria segunda carece de sentido y función, pues siempre habría de acudir a la individualización judicial como parámetro de compulsión. Sería por tanto preciso revisar todas las sentencias condenatorias firmes que aplicaran preceptos que hubiera reducido en alguna medida la pena imponible a los justiciables.

Aplicando, pues, el argumento apagógico, podría hablarse, si se asume la interpretación mayoritaria, de una norma contradictoria, incoherente, inoperante e irrazonable. De modo que estaríamos ante una exégesis del precepto que lo convertiría prácticamente en inaplicable. Y desde luego una interpretación de una norma que la vacía de contenido no puede ser la correcta. Máxime cuando constan numerosos precedentes judiciales reveladores de que en el régimen de derecho transitorio de reformas legales anteriores fue una norma aplicada con asiduidad. Y es que si la norma se va a poder interpretar en el sentido de que han de interpretarse primero ambos marcos legales en abstracto de ambas normas sustantivas y después también se procederá a realizar una compulsión en el ámbito de la individualización judicial, es claro que la disposición transitoria sobra y carece de todo sentido.

6. Al examinar los argumentos concretos que se exponen en la sentencia mayoritaria no me queda otra opción que reiterar mi discrepancia y abundar ahora en las razones de ello, centrando mis desavenencias con la solución adoptada en el caso concreto en los siguientes puntos:

a) Si se admite, tal como se recoge en la resolución mayoritaria, que la interpretación de la Audiencia y la del Ministerio Fiscal se ajusta al texto legal y no se aporta, en cambio, ninguna otra interpretación alternativa del precepto que permita sostener la tesis de la individualización judicial de la pena con arreglo al nuevo texto legal, parece claro que se está vulnerando el principio de legalidad, que obligaba a ratificar la interpretación de la Audiencia, seguida además por la jurisprudencia reiterada de la Sala a partir del año 1996 y también por una consolidada opinión doctrinal. Y si la Sala considera que la interpretación de la norma, a pesar de ser la

correcta y ajustarse al tenor gramatical del precepto, colisiona con algún principio, derecho o norma constitucional, lo procedente sería plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional puesto que no se ha aportado ninguna exégesis concreta compatible con el texto legal.

b) Es cierto que el art. 2 del C. Penal establece que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena». Ahora bien, esa norma ha sido matizada por el propio legislador al reducir su alcance con la interpretación auténtica que impone en la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010, precepto que delimita el perímetro operativo de la retroactividad de la norma favorable al reo.

A este respecto es importante destacar que los códigos penales de nuestro entorno cultural no permiten aplicar en los procesos en que ya ha recaído sentencia firme la norma posterior que reduce la pena en favor del reo. En este sentido: C. Penal alemán (art. 2.3); C. Penal italiano (art. 2.3); C. Penal francés (art. 112.1); y C. Penal portugués (art. 2.4).

El art. 9.3 de la Constitución establece que esta «garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». De lo cual un sector de la doctrina y también algunas sentencias del Tribunal Constitucional han colegido, con una interpretación *a contrario sensu*, que el texto constitucional está imponiendo implícitamente la retroactividad de las normas penales favorables al reo (SSTC 8/1981 y 131/1986). Ahora bien, ello no significa que desde la perspectiva constitucional resulte imperativo extender el efecto de la norma favorable a las sentencias ya devenidas firmes, sino que cabe perfectamente, tal como se acoge en otros textos legales de nuestro ámbito cultural, señalar como tope de la retroactividad de las normas favorables al reo la fecha de la firmeza de la sentencia.

El Código español ha seguido sobre este particular un laudable y generoso criterio al regular la retroactividad favorable al reo en el art. 2 y extenderla hasta comprender también las sentencias firmes. Esto no implica, sin embargo, que no pueda a su vez matizar esta extensión por

razones pragmáticas, de seguridad jurídica o de otra índole. Y ello es lo que ha hecho en la disposición transitoria segunda de la LO 5/2011.

c) A tenor de lo que antecede, y puesto que el texto constitucional no habría impedido fijar el límite de la sentencia firme como frontera de la retroactividad de las normas favorables al reo, todo apunta a que el legislador no infringe el principio de proporcionalidad cuando restringe el alcance de la retroactividad dentro del ámbito de las sentencias firmes. En cambio, sí es cierto que la dicción del texto legal, tal como se señala en la sentencia mayoritaria, genera situaciones de desigualdad al establecer unos márgenes de revisión que dan pie para que en algunos casos no quepa revisión alguna y en otros, a pesar de ser castigadas las conductas con penas más graves, sí permita reducir la pena impuesta, lo que determina que se acabe equiparando la punición de conductas con un grado de ilicitud dispar o en las que se hallan implicados sujetos que actuaron en condiciones que presentan un índice distinto de culpabilidad.

Una vez ubicados por tanto dentro de una posible vulneración del principio de igualdad, hay que resaltar que las disposiciones transitorias en las que se formalizan periodos de tiempo que afectan de forma diferente a distintos sujetos generan en ocasiones situaciones de desigualdad. Y no solo en el ámbito penal, sino en las distintas materias de nuestro ordenamiento jurídico. Lo difícil es determinar si la desigualdad producida tiene un alcance suficiente para considerar que se vulnera la norma constitucional y para cuestionar por tanto la validez de la ley ordinaria.

Así las cosas, siendo correcta con arreglo a los cánones hermenéuticos prevalentes la interpretación de la norma que hizo la Audiencia, y ajustándose además a los numerosos precedentes que esta Sala ha ido sentando en los últimos catorce años, no parece acorde a derecho apartarse sustancialmente del texto y del sentido de la norma aplicando directamente un principio constitucional, sino proceder a plantear la cuestión de constitucionalidad. De no ser así, es muy probable que se infrinja el principio de legalidad. Y es que resulta jurídicamente distorsionador allanar las tensiones que la disposi-

ción transitoria segunda genera con el principio de igualdad acudiendo a una interpretación que contradice el tenor literal de la norma y la vacía de contenido.

d) Por último, también discrepo de la aplicación que se hace del principio de igualdad al interpretar la disposición transitoria segunda. Y ello porque en la sentencia mayoritaria se enfoca ese principio solo desde la perspectiva del caso concreto; de modo que como en el supuesto enjuiciado concurre también otro acusado al que sí se le redujo la pena hasta casi igualarla con la del recurrente, a pesar de haber incurrido aquel en una conducta más reprochable, se da a entender que se reduce en este caso la pena del impugnante porque se genera una injusticia material comparativa con respecto al sujeto a quien sí se le revisó a pesar de haber sido condenado con una cuantía punitiva sustancialmente mayor.

Considero que la Sala no debe solventar los problemas hermenéuticos que suscita la disposición transitoria segunda circunscribiendo la solución que adopta a los procesos en que concurren varios acusados, por aflorar en ellos con un mayor grafismo o expresividad un tratamiento punitivo desigual. Pues lo cierto es que la situación de desigualdad concurre con la misma relevancia y con iguales consecuencias en aquellos procesos tramitados contra un solo imputado en el caso de que se hallara en la misma situación del recurrente (aplicación de la cuantía máxima de la pena de un marco legal imponible con arreglo al nuevo texto). De modo que cualquier otro penado que fuera el autor único del hecho y que se hallara como único sujeto por-

cesal en la misma situación penal sustantiva que el ahora impugnante, también tendría derecho a que se le revisara la condena.

Con ello quiero decir que la desigualdad procedería siempre del texto de la disposición transitoria segunda, disposición que este Tribunal de Casación tiene la obligación de interpretar en los mismos términos para todos los justiciables del territorio nacional que se hallen en la misma situación. Por lo cual, si quiere establecerse una interpretación —en principio cuestionable, según se ha venido argumentando— que permita que las Audiencias entren a valorar no sólo los marcos legales de ambos preceptos sino también la individualización judicial de las penas impuestas en las sentencias firmes dictadas en los distintos procesos incoados por los diferentes órganos judiciales, deviene imprescindible que la norma concreta que se obtenga con la nueva interpretación a partir del enunciado normativo se aplique y extienda a todos los justiciables. Y ello con independencia de que se den las situaciones jurídicas dispares dentro de un mismo proceso o en procesos distintos. Pues de no actuar así se estaría interpretando la disposición transitoria de forma diferente según haya o no varios sujetos penados en un proceso, que es lo que realmente está sucediendo, generándose con ello una situación —ahora sí incuestionable— de palmaria desigualdad.

Por consiguiente, concluyo que, utilizando las técnicas de interpretación de que se valen los tribunales y la dogmática de forma reiterada en la aplicación de las normas, debió denegarse la revisión de la sentencia y confirmarse el auto dictado por la Audiencia Provincial.

Sentencia 988/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de septiembre

Ponente: **Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Falsificación de moneda. Dilaciones indebidas**

Artículos: **216, 386 y 392 Código Penal y 24 CE**

Delito de falsificación de moneda y delito continuado de falsificación de documentos oficiales. Después de hacer un detallado repaso de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, concluye la Sala que debe apreciarse como muy cualificada la atenuante analógica en atención a la excesiva duración del proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El motivo 7.º plantea la inaplicación del —entonces— art. 21.6 del Código Penal, atenuante de dilaciones indebidas, en grado de muy cualificada, solicitando la rebaja en dos grados en la penalidad imponible.

(...)

En suma, y como ya hemos declarado en reiteradas ocasiones, y siguiendo el criterio interpretativo de TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «*derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable*», los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello el derecho fundamental impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, 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 lo reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en

que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. Así, pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4.º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una *disminución proporcionada de la pena* en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación

irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4.^a y 5.^a del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6.^a del Código Penal, criterio este fijado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21-5-1999), como anteriormente expusimos.

Nuestra jurisprudencia ha apreciado en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (Sentencias 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo) que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso; también se ha apreciado como muy cualificada en la Sentencia 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años).

De otro lado, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, reconoce en su art. 47 el de-

recho a la tutela judicial efectiva, y dentro del mismo se aloja el derecho a que «*su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable*». La conculcación de este plazo razonable ha de tener, incuestionablemente, un efecto jurídico, pues no son tolerables las declaraciones meramente rituales de la infracción de un derecho, de naturaleza constitucional (art. 24.2 de nuestra Carta Magna: a un proceso sin dilaciones indebidas), sin que tengan la oportuna traducción jurídica, que esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario, ha concretado en una disminución proporcional de la pena.

Del propio modo, el legislador en la LO 5/2010 ha incluido esta atenuación en la circunstancia 6.^a del art. 21 del Código Penal.

Ha de concluirse, pues, que las paralizaciones que se han detectado, en plazo excesivamente largo y no justificado, confieren la entidad suficiente para apreciar tal atenuante con el carácter de muy cualificada, por lo que tal censura casacional será estimada, dictándose a continuación segunda sentencia por esta Sala, por lo que respecta a los dos recurrentes actuales, ya que el condenado anterior en sentencia previa, no le afecta la nueva dilación consistente en el reenvío a la Sala sentenciadora de instancia, y ya le fue apreciada esta atenuante simple junto a otra de confesión, ajustándose sus penas a su menor culpabilidad.

Sentencia 1016/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de noviembre

Ponente: **Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Integración en banda armada. Valoración de la prueba**

Artículos: **24 y 120 CE y 570 ter Código Penal**

Delito de integración en banda armada. Se estima el recurso apreciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de valoración de la prueba de descargo practicada de la que no aparece referencia alguna en la motivación de la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance de las alegaciones que se hacen en de-

fensa de los motivos antes mencionados. Así (...) hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las

pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. por ello mismo, la obligación de motivar —como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la Sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio «lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, la parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación (...).

La jurisprudencia de esta Sala a la que se acaba de hacer referencia, proclama que el deber de motivar se extiende tanto a la prueba de cargo presentada por la acusación como la de descargo ofrecida por la defensa ya que de no

hacerse así no se daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, sin que ello implique, como señala el Tribunal Constitucional, que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio.

Examinada el acta del juicio oral, que obra a los folios 784 a 853 del rollo de Sala, puede comprobarse que se practicaron, a petición de las defensas, las pruebas testificales que aparecen recogidas a los folios 828 a 847, las periciales incorporadas a los folios 850 y 851, así como la documental que se reseña al folio 852. No obstante ello, en la sentencia recurrida no aparece referencia alguna a las pruebas practicadas a propuesta de las defensas de los recurrentes que fueron previamente admitidas por tener relación con los hechos enjuiciados.

Así las cosas, acorde con la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada, sin entrar en el examen de los demás motivos formulados, procede casar y anular la sentencia recurrida, con devolución de las actuaciones al órgano jurisdiccional sentenciador para que dicte nueva sentencia con arreglo a derecho, según lo expuesto en esta sentencia.

Sentencia 1019/2011, Sala Segunda del TS, de 4 de octubre

Ponente: **Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Motivación probatoria. Detención ilegal**

Artículos: **24 y 120.3 CE**

Nulidad de la sentencia condenatoria por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante la absoluta falta de motivación probatoria. No se analizan los interrogatorios de los acusados, ni ninguna de las numerosas declaraciones testificales en que se fundamenta la narración de los hechos probados, sin que tampoco se concreten los elementos de convicción que han acabado determinando la condena por los delitos de allanamiento de morada, contra la integridad moral, detención ilegal, asesinato, lesiones y dos delitos de robo con intimidación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. En la sentencia del Tribunal Constitucional 249/2000, de 30 de octubre, se resume la exigencia de la motivación probatoria cuando se trata de resoluciones penales condenatorias en los siguientes términos:

«... no está de más reiterar aquí la exigencia de motivación de las resoluciones que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta exigencia, según hemos dicho, es mayor cuando se conecta, no sólo a la tutela judicial efectiva, sino también a otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril; 34/1997, de 25 de febrero; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 83/1998, de 20 de abril; 116/1998, de 2 de junio; y 2/1999, de 25 de enero, entre otras).

En consecuencia —sigue diciendo la STC 249/2000—, hemos destacado recientemente (STC 5/2000, de 17 de enero) la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias penales, pues, en efecto, su total ausencia «afecta al derecho a la presunción de inocencia —SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre; 107/1989, de 8 de junio; 229/1988, de 1 de diciembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 91/1999, de 26 de mayo; 111/1999, de 14 de junio, 120/1999, de 28 de junio—, por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado. De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de

cargo —presunción de inocencia— y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad «avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica». Dicho de otro modo, con palabras de la STC 139/2000, de 29 de mayo, «los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia».

La garantía que examinamos —matiza la referida STC 249/2000— es exigible no sólo en los supuestos de condena basada en prueba de indicios (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre, o 91/1999, de 26 de mayo), sino también en la denominada prueba directa (STC 259/1994, de 3 de octubre, STC 202/2000, de 24 de julio), pues también ésta «para ser conectada con los hechos probados, requiere, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación» (STC 5/2000, de 17 de enero)».

En lo que respecta a esta Sala de Casación, en la sentencia 1228/2006, de 12 de diciembre, se afirma que «la prueba no opera por sí misma y de manera autoevidente, sino a través de la valoración, necesariamente racional y expresa, de que el tribunal debe hacerla objeto. Pues, tanto los afectados por la sentencia como quien conozca de ella en vía de recurso, además de tener constancia del material probatorio, deben ser informados de lo que ha visto en él el juzgador. O lo que es lo mismo, han de conocer tanto su conclusión en tema de hechos, como las premisas probatorias de éstos. Especificación que obliga al juzgador a identificar y analizar los elementos

de convicción estimados relevantes, con suficiente expresión en la sentencia, para que esta sea realmente inteligible y se autoexplique con claridad bastante. Y, también, en la medida necesaria, a justificar el descarte de los tenidos por irrelevantes, cuando éstos aparezcan dotados de alguna calidad informativa».

Y en la misma línea de lo que se acaba de decir, las SSTs 855/06, de 12 de septiembre, 123/2004, de 6 de febrero, y 279/2003, de 12 de marzo, han establecido, en concordancia con conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el deber de motivar —que, como es sabido, tiene por finalidad ilustrar a terceros sobre la *ratio* que funda la decisión, pero también permitir al propio tribunal un control de la racionalidad y rigor del propio discurso— no se satisface (ni siquiera en el caso del Jurado) con la mera alusión global a las fuentes y los medios de prueba llevados al juicio. Ello haría imposible formar criterio acerca de la racionalidad y el fundamento del juicio de hecho de la Sala, que, incorrectamente, reserva para sí la razón de haber decidido como lo hizo.

5. Descendiendo ya al caso concreto, y complementando lo razonado en el apartado 3, se aprecia, en primer lugar, que en la sentencia recurrida el acusado es condenado por tres delitos —allanamiento de morada, atentado contra la integridad moral y detención ilegal— con respecto a las cuales la propia Sala afirma que se ha practicado una importante prueba testifical en la que depusieron los agentes policiales y otros sujetos, así como un extenso interrogatorio de los tres acusados, en el curso del cual, al parecer, profririeron incriminaciones claras unos contra otros. Sin embargo, en la sentencia recurrida solo se recogen como fundamentación probatoria las generalidades que se acaban de exponer en el apartado 3 de esta resolución.

Esa es toda la argumentación que se expresa en la sentencia de la Audiencia sobre la abundante y plural prueba testifical en que se fundamenta el *factum* que acaba determinando la condena. No se individualiza ni se describe ninguno de los interrogatorios de los acusados, ni se concreta, por tanto, cuáles son las frases que acaban integrando los elementos de convicción. Y lo mismo sucede con los distintos

testigos que depusieron en el plenario, a quienes ni se nombra ni tampoco se exponen qué declaraciones resultaron incriminatorias ni por qué se consideran pruebas de cargo relevantes. Tampoco se da respuesta alguna a las aparentes contradicciones e incoherencias que, al parecer, concurrieron en las distintas versiones aportadas por los acusados.

Se está, pues, ante una mera referencia genérica y global a la prueba testifical, al interrogatorio de los acusados y a las pruebas periciales, con falta total de explicitación tanto en los que se refiere a los elementos concretos de convicción de los diferentes testimonios relativos a cada hecho como al resultado de la prueba una vez compulsados las distintas declaraciones testificales.

(...)

No se cumplimentan así las exigencias mínimas de motivación probatoria exigidas por la jurisprudencia anteriormente reseñada, ni en cuanto a la individualización del caso ni en cuanto a los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados. Y ello en un supuesto en el que al recurrente se le imponen más de diez años de prisión.

Tal omisión impide dar respuesta al extenso escrito de recurso en lo que se refiere a las cuestiones probatorias, haciéndose así impracticable nuestra labor de control o revisión de la prueba de cargo. Pues, tal como recuerda la reciente sentencia 179/2011, de 17 de marzo, este Tribunal de Casación no puede subrogarse en el examen original de la prueba testifical al tratarse de una labor que corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia; sin perjuicio de la labor revisora de esta Sala, para lo cual resulta imprescindible un primer análisis racional del órgano judicial que practicó y presenció la prueba, análisis que en este caso es patente que no existe en medida alguna.

A tenor de lo que antecede, se considera infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el apartado relativo a la motivación de las resoluciones (arts. 24.1 y 120.3.º de la CE). Por lo cual, se estima el primer motivo del recurso y se anula la sentencia impugnada, reponiendo las actuaciones al momento inme-

diatamente anterior a dictarla con el fin de que se redacte otra en la que se suplan las omisiones

de motivación que se han venido reseñando en el cuerpo de esta resolución.

Sentencia 994/2011, Sala Segunda del TS, de 4 de octubre

Ponente: **José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Violación. Unidad y pluralidad de delitos**

Artículos: **73, 74, 178, 179 y 180 Código Penal**

De los distintos aspectos abordados por la sentencia destacamos la argumentación relativa a cuándo estamos ante una sola violación y cuándo ante varias (eventualmente, formando un delito continuado) en casos de sucesivos accesos carnales con la misma víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El recurrente por la vía del art. 849-1.º LECrim estima infringido el art. 74.1 del CPenal, al calificar los hechos señalados con los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º como constitutivos de otros tantos delitos continuados del art. 179, en relación al 180.1.º5.º, todos del mismo Cuerpo legal.

1. Discrepa abiertamente de la sentencia, censurando la línea interpretativa escogida por aquélla con deprecio a lo que la propia sentencia califica de línea jurisprudencial mayoritaria. Además estima que el *factum* y en general la sentencia no delimita adecuadamente todos y cada uno de los delitos que, a su juicio, deben reputarse infracciones independientes.

2. Efectivamente, la sentencia contiene una extensísima fundamentación en la que recoge tanto las líneas doctrinales y jurisprudenciales vertidas al respecto como las razones por las que se decanta por la consideración de que todos los ataques a la libertad sexual cometidos en los diferentes hechos son constitutivos de sendos delitos continuados de violación.

El tribunal de instancia considera que no se puede concebir que las múltiples penetraciones realizadas por el acusado a cada una de las víctimas puedan constituir una única acción que conlleve la calificación de una sola agresión sexual, un solo delito «simple» de violación.

La Audiencia añade que, desde el punto de vista de la víctima, del autor y de un espectador externo, cada acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por distinta vía constituye de forma individualizada una agresión sexual-violación. El autor tiene una renovada intencionalidad de atacar la libertad sexual de la víctima cuando opta por llevar a cabo cada uno de los accesos carnales que realiza y para el sujeto pasivo los ataques a su libertad sexual y el sufrimiento también son individualizados y diferenciados en cada una de las penetraciones por diferentes vías.

3. Por su parte el M.º Fiscal brinda un apoyo parcial al motivo, propugnando la estimación del mismo en relación a los hechos primero, segundo y cuarto del *factum*, pero no del tercero.

El Fiscal sostiene que la doctrina jurisprudencial más consolidada mantiene que la realización reiterada de accesos carnales mediante penetración por las vías a que se refiere el art. 179 dentro de un mismo contexto circunstancial no es óbculo para calificar todas ellas como un único delito, bien porque no es posible distinguir en cada uno de los accesos carnales distintos ámbitos espacio-temporales «encadenándose sucesivamente» las acciones del acusado (STS 3 de junio 2003; 1 de diciembre de 2006, 16 de enero de 2007) bien porque se aprecia una sola acción punible dada la «iteración inmediata» de la relación sexual con el mismo sujeto pasivo y bajo la misma situación intimidatoria o de

violencia (STS 19 de diciembre de 2000, 3 de junio de 2003).

En este orden de cosas nos dice que el recurrente tiene razón al invocar la unidad jurídica del delito de violación en las agresiones de los apartados 1.º, 2.º y 4.º del *factum*, en los que el tribunal describe las distintas penetraciones que se suceden entre las mismas personas y prácticamente con carácter inmediato y sin solución de continuidad, lo que sitúa los distintos accesos carnales como conformando una sola acción en la línea apreciada por la jurisprudencia de esta Sala y sin perjuicio de valorar la mayor gravedad del injusto cometido al individualizar la pena.

4. Por el contrario el Fiscal no comparte íntegramente la censura formulada, por considerar que el apartado 3.º se configura con otras connotaciones, aceptando en este punto la tesis del tribunal de instancia de reputar a esos hechos constitutivos de un delito continuado de agresión sexual.

Considera que los hechos desarrollados en el apartado tercero permiten valorar que en las sucesivas agresiones contra la libertad sexual se reproduce el dolo al buscar deliberadamente otros lugares, otras circunstancias y otras vías de penetración para consumir sus agresiones sexuales, lo que impide apreciar la unidad natural de acción y configurar las agresiones sexuales con penetración sufridas por Natividad como delito continuado.

Ciertamente que el relato histórico probatorio del apartado tercero describe cómo el acusado, tras poner el cuchillo en el cuello, le bajó la ropa interior a Natividad practicándole un cunnilingus. Acto seguido, Luis Alberto le obligó a Natividad a vestirse, desplazándose a otro sitio del Parque del Oeste y le obligó a hacerle una felación. De nuevo la desplazó a otro lugar del parque y le penetró vaginalmente y de nuevo a otro lugar, para penetrarla por vía anal.

Consiguientemente, existe una descontextualización espacial y temporal bien definida en los probados que aleja la conducta enjuiciada de la unidad natural de acción y que ha llevado al tribunal a considerar la pluralidad de accesos carnales sufridos por Natividad como un delito continuado. Las cuatro agresiones contra la libertad

sexual se han producido en cuatro situaciones modales, temporales y espaciales, perfectamente diferenciadas, lo que rompe la unidad típica de los hechos de este apartado tercero, justificando la desestimación parcial del motivo.

5. Esta Sala acepta la impugnación realizada por el recurrente, salvo el apartado 3.º de los probados, reputando correcta la posición jurídica del M.º Fiscal.

En efecto, la Audiencia da la espalda a la doctrina dominante de esta Sala sobre la base apuntada por un sector de la doctrina científica, según la cual, el bien jurídico protegido sale peor parado si el sujeto pasivo soporta varias cópulas que cuando soporta una, pues en el primer caso el contenido del injusto se incrementa.

A ello cabe oponer que tal afirmación no es cierta en todos los casos, pues puede depender de las características de cada uno de los hechos agresivos. De todos modos de no concurrir cualificaciones específicas o genéricas, el recorrido penológico de 6 a 12 años es suficientemente amplio a efectos de valorar los distintos matices o intensidades de la conducta delictiva con sus reiteraciones dentro del mismo episodio erótico.

La línea jurisprudencial dominante tiene sus raíces y apoyo dogmático en la doctrina de la «unidad natural de acción» y la refleja la propia sentencia impugnada. En este sentido recordamos que «el acceso carnal por distintas vías del art. 179 CP practicado en un mismo acto, con la misma persona y con una única intención libidinosa constituye un solo delito (STS 42/2007, de 16 de enero). La razón la explican diversas sentencias (396/2004 de 26 de abril), porque «ante una secuencia ininterrumpida, donde progresivamente se suceden los ataques a la libertad sexual de la víctima, de forma que no es posible distinguir diferentes ámbitos espacio-temporales, encadenándose sucesivamente las actuaciones libidinosas, deben considerarse las sucesivas penetraciones como una sola acción» o bien porque «al ser un mismo sujeto pasivo, si los ataques se ejecutan en un marco único de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedece a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, debe igualmente calificarse de un sólo delito.

6. Observamos que con expresiones tales como «secuencias ininterrumpidas» «ataques progresivos» «encadenamiento sucesivo de agresiones» o «iteración inmediata» por designar algunas, esta Sala II sigue asumiendo la doctrina de la «unidad natural de acción» o mejor como la ha designado algún sector doctrinal «unidad típica» de acción. Sin embargo, al objeto de integrar o delimitar el concepto de unidad típica de acción en el delito de violación que nos atañe, sería provechoso acudir a otros temperamentos o criterios que permitan completar o contribuir a discernir hipótesis de posible «curso interno» entre las diversas modalidades comisivas del art. 179 CP.

La doctrina de la unidad natural de acción o unidad típica en términos generales podría entenderse como «la concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción».

Los aspectos que podrían contribuir a delimitar el concepto, los podemos agrupar, sin mayores pretensiones dogmáticas, en dos apartados:

- a) Estructura de la conducta delictiva.
- b) Dolo del autor del hecho.

7. Desde el primer punto de vista la doctrina científica ha venido considerando a los delitos de agresión sexual como delitos integrados «por varios actos», concepto próximo al de los «tipos mixtos alternativos», en los que resulta indiferente la utilización de una o más modalidades comisivas para la consecución del resultado.

El efecto o resultado de estos delitos estaría integrado por la «instrumentalización sexual de la víctima sometiénola a la satisfacción sexual del sujeto o sujetos agresores», resultando irrelevante que a esa situación interpersonal hayan coadyuvado uno o varios actos sexuales, siempre que estén abarcados por un mismo y persistente dolo y que el resultado producido no se descontextualice de algún modo. Consiguientemente la doctrina científica mayoritaria y esta Sala considera que la realización reiterada de

los elementos integrantes del comportamiento típico dentro del mismo contexto circunstancial no es obstáculo para calificar el conjunto como una única infracción (véase, por todas, STS 578/2004, de 26 de abril).

Acudiendo a nuestro Código advertimos que el art. 180, donde se prevén cualificaciones del delito de violación, habla de «las conductas» (en plural) del art. 179 CP, lo que incluiría a una, varias o todas, si bien debe entenderse que la referencia a las conductas ha de ser a las integrantes de un delito, replanteándose de nuevo (petición de principio) si cada conducta del art. 179 constituye un delito. Eso es cierto, pero lo que no cabe duda es que no existe previsión legal alguna de que el despliegue de varias conductas del art. 179 CP provoque la intensificación de la pena por estimación de mayor gravedad del hecho, como tampoco se establece en multitud de preceptos del Código (v.g. robo con fuerza en las cosas: art. 238, falsificaciones: art. 390, trata de seres humanos: 177 bis 1, etc., etc.). Cuando las modalidades comisivas operan con reflejo en la penalidad según concurra una o varias, la agravación o intensificación de la respuesta penológica la establece expresamente el legislador (v.g. asesinato: art. 140; o los comportamientos cualificados del mismo art. 180.1.2 CP, etc.).

8. Desde el punto de vista del dolo del autor, sería suficiente la conciencia y voluntad de penetrar a la víctima por la vía expresada en el Código contra su voluntad. Con la simple introducción del órgano u órganos en la cavidad del sujeto pasivo el delito estaría consumado, por lo que el dolo en sentido estricto se limita a la conciencia y voluntad de ese inicial acoplamiento entre el órgano u objeto y la cavidad. Sin embargo, se dice en relación al dolo o propósito del agente que los delitos de agresión sexual son «delitos de tendencia interna intensificada», lo que nos indica, que aun cuando para la consumación bastaría el comportamiento que acabamos de referir, para el «agotamiento» del delito se debería contemplar la conducta sexual castigada, integrada por «la ilícita satisfacción de un ánimo lúbrico» del sujeto que en la generalidad de los casos estaría integrado por la «expresión de una descarga lasciva que lleva al

agente a buscar sin freno alguno para el instinto la completa satisfacción de sus apetencias libidinosas», normalmente identificadas por el orgasmo o eyaculación.

Es interesante tomar en consideración este dato, como circunstancia fáctica, sin influencia en la tipicidad, ya que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

Todo ello nos hace concluir que nos hallamos ante un solo delito en los supuestos que analizamos.

9. Respecto al hecho probado número tercero que el Fiscal no apoya, los hechos probados, en efecto, reflejan una mayor prolongación en el tiempo y espacio respecto al desarrollo de las distintas agresiones sexuales sufridas por la víctima, con cesuras relevantes, que permiten considerar un dolo renovado, ya que después de obtener la satisfacción sexual buscada por una vía, en otro lugar y por otras vías renueva posteriormente ese propósito lúbrico, produciéndose una agresión diferente.

Los elementos tenidos en cuenta del contexto espacio temporal y modal, así como el impulso lascivo y su satisfacción como propósito inmediato del agente, permiten considerar a tal delito como continuado, ya que, a pesar de las dificultades de estructurar la violación en continuidad delictiva, dado el carácter personal del bien jurídico protegido, el art. 74 del CP lo autoriza y esta Sala lo ha apreciado en diversas ocasiones.

El motivo debe estimarse parcialmente.

Sentencia 1023/2011, Sala Segunda del TS, de 5 de octubre

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Testigos protegidos. Delitos contra los derechos de los trabajadores**

Artículos: **15 y 318 Código Penal; 2 y 4 Ley Orgánica de Protección a testigos y peritos en causas criminales; 24 CE y 656 LECrim**

Coacciones y delitos contra los derechos de los trabajadores y los de los ciudadanos extranjeros. Se estima el recurso contra la sentencia condenatoria basada en prueba testifical que incumplió las exigencias contenidas en la LO 19/1994 de identificar en el juicio oral a los testigos protegidos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia como autor de tres delitos de coacciones, otro contra los derechos de los trabajadores y uno más contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a las penas de dos años de prisión por cada uno de los primeros, dos años de prisión y multa por el segundo y cuatro años de prisión por el tercero, fundamen-

ta su Recurso de Casación en cinco diferentes motivos, de los que los dos primeros, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se refieren a la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con garantías, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, todos ellos consagrados en el artículo 24 de la nuestra Constitución, por considerar que las pruebas sobre las que se apoya esencialmente, según la propia argumentación contenida en el

Fundamento Jurídico Tercero de la recurrida, el pronunciamiento condenatorio alcanzado por los Jueces *a quibus*, en concreto las declaraciones prestadas por las propias víctimas y denunciantes de los hechos enjuiciados, carecen de valor y eficacia por haberse realizado desde el anonimato, sin que la Defensa, en ningún momento, llegase a conocer su identidad, a pesar de haberlo solicitado reiteradamente a lo largo del procedimiento, en concreto en su escrito de Conclusiones Provisionales y, con carácter previo, al comienzo de las sesiones del Juicio oral.

(...)

Segundo.—La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, que regula la Protección a Testigos en Causas Criminales, en su artículo 4.3 taxativamente dispone que «... *si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley*».

Mandato legal que podrá ser considerado contradictorio con la finalidad de la norma en que se inscribe y, en concreto, con el tenor del apartado primero de ese mismo precepto cuando dispone la posibilidad de que el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la procedencia de mantener fundadamente las medidas de protección de los testigos adoptadas previamente, como es el caso, por el Instructor, pero la claridad y contundencia de la literalidad transcrita no ofrece dudas acerca de la decisión del Legislador al optar, ante el indudable conflicto entre los importantes intereses enfrentados en supuestos como el presente, por la supremacía del derecho de defensa, garantía esencial de nuestro sistema de enjuiciamiento penal (vid STS de 27 de Marzo de 2009, «caso Latin King», v.gr.).

Y es que, en efecto, el conocimiento de la identidad de los testigos de cargo resulta elemento esencial para que el acusado, coordinadamente con su Defensa, pueda argumentar las

razones de que dispusiera para cuestionar la credibilidad de tales testimonios, en atención, por ejemplo, a anteriores motivos de animadversión o malquerencia de los deponentes contra su persona u otras razones espurias que pudieran alojarse en la razón de ser de sus manifestaciones incriminatorias.

A este respecto se ha de señalar cómo el párrafo tercero del mismo apartado 3 dispone así mismo que «*En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio*».

Posibilidad de defensa que queda claramente cercenada si la referida identidad no se ha facilitado.

Por otra parte ni puede acudirse para sostener el incumplimiento de la referida norma al contenido del Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 6 de diciembre de 2000, ya que el mismo tan sólo alude a la posibilidad de motivación de la forma en que el testigo puede prestar su declaración permaneciendo oculto a la vista del acusado, lo que en este caso no se cuestiona puesto que estamos refiriéndonos al conocimiento de su identidad, ni al hecho de que pudiera la Defensa ejercer con toda amplitud las posibilidades de interrogar al declarante, como argumenta en defensa de su decisión la Audiencia en el Fundamento Primero de su Resolución.

En consecuencia, al margen de los razonamientos con base en los cuales el Instructor acordase, en su día, las medidas protectoras, la justificación de las mismas, la existencia de protesta formal de la Defensa ante esa decisión, producida extemporáneamente en momento oportuno para ello, o el contenido del Auto denegatorio dictado frente a la pretensión de la Defensa, en fecha 15 de Septiembre, con base en las razones que la Sección Tercera de la misma Audiencia consideró concurrentes como fundamento de la decisión adoptada en fase de Instrucción, pueden justificar lo que con evidencia aparece como una infracción del referido artículo de la LO 19/1994 que vulnera el derecho de defensa del acusado, originando con ello la

nulidad de las pruebas practicadas, lo que, por la trascendencia probatoria de éstas, conduce, en definitiva, a la absolución de Luis Enrique por falta de pruebas válidas suficientes para el enervamiento de su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Máxime cuando al tiempo de celebración del Juicio oral, momento decisivo como hemos visto para la identificación de los testigos, no

consta que subsistieran los motivos, por otra parte negados por alguna de las testigos desde su comienzo, en forma de presiones o amenazas, que pudieron justificar la adopción de las medidas protectoras, en especial en relación con las testigos cuyo paradero era ya a esas alturas desconocido.

Razones, en definitiva, por las que el Recurso debe estimarse.

Sentencia 1046/2011, Sala Segunda del TS, de 6 de octubre

Ponente: **Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Amenazas. Miedo insuperable. Circunstancia agravante de parentesco**

Artículos: **20, 23 y 169 Código Penal**

En un caso de chantaje, se analizan diversas cuestiones objeto de interés: el alcance de la causa de exculpación «miedo insuperable», el sentido que cobra el término «agraviado» en el contexto de la circunstancia (mixta) de parentesco y la existencia de tantos delitos de amenazas como víctimas, dada la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Lo que sucede es que el recurrente esgrime como argumento exculpatario que el elemento subjetivo debe quedar excluido por una situación de miedo insuperable; de modo que aunque formalmente existiera un comportamiento típico en el ámbito objetivo y subjetivo, en este caso quedaría excluido por la intervención de un miedo insuperable. Según se desprende de sus alegaciones, el ahora acusado habría actuado en una situación motivacional anormal que exculparía su conducta. No cabe interpretar de otra forma el alegato del impugnante, dado que a continuación y en el mismo motivo postula la aplicación de la eximente de miedo insuperable (art. 20.6.º del C. Penal) por haber actuado bajo las amenazas del imputado que se halla rebelde.

Pues bien, con respecto a la eximente completa de miedo insuperable tiene establecido esta Sala que deben concurrir los siguientes requisitos: a) la presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible

determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (SSTS 332/2000, de 24-2; 143/ 2007, de 22-2; y 172/2008, de 30-4).

Y también ha incidido este Tribunal reiteradamente en que el sujeto que alega tal circunstancia debe acreditar que ha sido víctima de una amenaza real, sería e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, del común de los hombres, que se utiliza así de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. Y si bien para la apreciación de la eximente incompleta pueden faltar los requisitos de la insuperabilidad del miedo y el carácter inminente de la amenaza, lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor

inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva de la víctima (STS 783/2006, de 29-6; 1107/2010, de 10-12; y 152/ 2011, de 4-3, entre otras).

(...)

Segundo.—El motivo tercero —la defensa desistió del segundo— se centra en cuestionar, por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim, la aplicación de la agravante de parentesco con respecto al primer delito de amenazas, por lo que se habría infringido, por aplicación indebida, el art. 23 del C. Penal.

El impugnante sostiene sobre tal extremo que si bien su hermana Tatiana está casada con el denunciante Ceferino, que fue una de las dos personas objeto de las amenazas, ello no significa que proceda apreciar la agravante de parentesco en relación con esta, ya que la hermana del acusado no es la persona amenazada sino que lo fueron su marido y el hermano de este. Por lo cual, los sujetos pasivos del delito y agravados por la acción delictiva serían los dos hermanos amenazados, con respecto a los cuales no concurre —enfatisa la defensa— el parentesco que exige el art. 23 del C. Penal. Y si bien con respecto a su hermana sí se da ese parentesco, esta no se encuentra, sin embargo, comprendida dentro del concepto jurídico de «agraviado» que refiere el citado precepto.

Estima la parte recurrente que el Tribunal Superior y el Tribunal del Jurado han efectuado una interpretación extensiva del término «agraviado», interpretación que perjudica al reo.

La tesis defensiva que postula el acusado ha de prosperar en este caso, dado el sentido jurídico que tiene la expresión «agraviado» en el ámbito penal, sentido que no se recoge acertadamente en la sentencia del Tribunal del Jurado, pese a lo cual después resultó respaldado por el Tribunal Superior de Justicia.

En efecto, aun admitiendo que el vocablo «agraviado» resulta notablemente problemático a la hora de atribuirle un significado jurídico que concrete su perímetro de actuación en el marco sustantivo penal en los diferentes preceptos en que aparece en el Código, sí ha de admitirse que, en general, suelen equipararse los términos

sujeto pasivo del delito, ofendido por el delito y agraviado.

Se viene entendiendo de forma mayoritaria en el ámbito jurisprudencial y doctrinal que el sujeto pasivo del delito es la persona titular del bien jurídico que tutela la norma penal y que resulta por tanto ofendida por la acción delictiva. Y tal concepto suele también extenderse a la expresión «agraviado» por el delito, que se equipara generalmente al sujeto pasivo del delito y al ofendido por la acción punible.

Muy próximo al concepto de sujeto pasivo del delito se ubica el de sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae directa y materialmente la conducta delictiva y que suele coincidir con el sujeto pasivo, ofendido o agraviado, aunque no siempre sucede así, toda vez que en algunos casos el sujeto pasivo de la acción no es el titular del bien jurídico de la norma penal, hipótesis que concurre especialmente en algunos delitos contra la propiedad y el patrimonio (hurtos, estafa, etc.).

De los conceptos anteriores debe distinguirse a su vez el de perjudicado, que como su nombre indica es aquella persona que sufre alguna clase de perjuicio debido a la acción delictiva. Acostumbra a coincidir con el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico), pero como es sabido no siempre es así, tal como puede comprobarse especialmente en los delitos contra la vida y también en algunos delitos patrimoniales.

En el art. 113 del C. Penal se distingue expresamente entre el sujeto agraviado por el delito y el sujeto perjudicado, toda vez que afirma el precepto que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros. Admite así el texto legal la distinción entre el sujeto pasivo del delito o agraviado y los sujetos que, sin serlo, sí deben ser considerados como perjudicados por el delito.

Pues bien, centrados ahora en el delito de amenazas, que es el que ha sido objeto de condena, es claro que los sujetos pasivos del delito son los hermanos Ceferino y Higinio, que en este caso concreto son también sujetos pasivos de la acción amenazadora y perjudicados por el delito. Pues ellos han sido los destinatarios de

las amenazas telefónicas y a quienes se les exigió el pago de un dinero advirtiéndoles directamente que si no accedían a ello matarían a sus hijos menores de edad.

La esposa del primero de los dos amenazados, Tatiana, es hermana del acusado y esposa a su vez de uno de los dos hermanos amenazados (Ceferino). Ahora bien, ello no quiere decir que Tatiana sea sujeto pasivo del delito. Ella no ha sido amenazada por el imputado rebelde y a ella tampoco se le exigió una suma de dinero como condición para no ejecutar la amenaza, por lo que no cabe considerarla sujeto pasivo del delito y tampoco por tanto ofendida o agraviada por la acción delictiva.

Sí es cierto que la acción delictiva le causa un importante perjuicio, habida cuenta que mediante las amenazas se conmina con dar muerte a sus hijas en el caso de que no se entregue la suma de dinero. Ello genera lógicamente un notable desasosiego en la esposa del sujeto amenazado y por lo tanto la convierte en perjudicada por el delito a partir del momento en que conoce la amenaza dirigida a su marido. Sin embargo, entendemos que solo interpretando en un sentido muy extensivo y fuera de la intelección propia o estricta del término «sujeto pasivo» del delito podría hablarse de que Tatiana se halla comprendida dentro de la locución «agraviado» que se transcribe en el art. 23 del C. Penal al regular la agravante de parentesco. Y es que, de entenderlo así, todos los familiares directos o muy próximos a la persona amenazada tendrían que ser considerados como sujetos pasivos del delito.

Por consiguiente, aun admitiendo que se está ante una cuestión turbia y con cierto grado de incertidumbre, dada la equivocidad y ambigüedad con la que se utiliza en el texto penal sustantivo y también en la ley procesal penal las expresiones sujeto pasivo del delito, agraviado y ofendido, se estima que lo más correcto desde la vertiente de la aplicación del principio de legalidad penal, que impone la exigencia de una norma previa, cierta, estricta y escrita, es no comprender dentro del término «agraviado» a aquellas personas que no son sujetos pasivos del delito y sí solo perjudicados por la acción delictiva, aunque, como en este caso, se trate de un perjuicio muy directo.

Ello entraña que no pueda operar la agravante del art. 23 del C. Penal, puesto que el ofensor (el acusado) no tiene un parentesco con los sujetos pasivos en el grado exigido por el precepto. Sí lo tiene con respecto a su hermana Tatiana, pero esta solo puede considerarse perjudicada por el delito y no sujeto pasivo del mismo o agraviada.

Se estima, a tenor de lo razonado, este tercer motivo de impugnación y se deja sin efecto la aplicación de la agravante de parentesco aplicada al acusado con respecto al primer delito de amenazas, con las consecuencias punitivas que se expondrán en la segunda sentencia.

(...)

Tercero.—(...)

Pues bien, según se recoge en el *factum*, el imputado rebelde habló también por teléfono con el hermano del primer amenazado y le profirió unas amenazas muy concretas en el supuesto de que no entregaran el dinero, advirtiéndole de que si no cumplía esa condición crematística le causaría algún mal a su hijo de quien sabía que recibía clases en el Colegio Francés.

Por lo tanto, concurren unas segundas amenazas contra un sujeto pasivo distinto y con un contenido específico referido a un segundo mal irrogable a la persona del hijo de este segundo amenazado.

Se está así ante una acción autónoma e independiente de la anterior en la que se menoscaba de forma directa el bien jurídico de la libertad del segundo sujeto amenazado, y además con un mal grave que habría de recaer nada menos que sobre un hijo menor de edad.

Ha de entenderse, pues, que concurre una acción natural distinta y con unos menoscabos jurídicos autónomos que permiten deslindarla perfectamente de la conducta precedente contra Ceferino e insertarla por tanto en un nuevo delito de amenazas.

La parte recurrente alega que esta segunda conversación se produjo de forma incidental o casual, ya que el autor de las amenazas llamó como en ocasiones precedentes al primer amenazado, Ceferino, y fue este quien en el curso de la conversación telefónica puso en un momento determinado al teléfono a su hermano Higinio, aprovechando la coyuntura el imputado rebelde

para amenazar con datos muy concretos al hermano de la primera víctima.

La circunstancialidad o incidentalidad con que se produce esta conversación, nunca exigida o buscada directamente por el sujeto amenazador, considera el recurrente que excluye la posibilidad de hablar de una acción autónoma e independiente que permita apreciar un segundo delito de amenazas. Sin embargo, no se comparte por esta Sala el argumento del recurrente ni tampoco el del Tribunal del Jurado y sí, en cambio, el del Tribunal Superior de Justicia.

En efecto, cualesquiera que fueran la forma y el motivo por el que se puso al teléfono Hi-

ginio, lo cierto es que el autor de las primeras amenazas profirió de forma clara e inequívoca unas segundas en las que el sujeto pasivo y titular del bien jurídico era distinto, y también lo era el sujeto titular jurídico del bien personal sobre el que recaería el mal integrante de la segunda amenaza (la vida, la salud o la integridad física del hijo del segundo sujeto amenazado).

Siendo así, se ajusta a derecho la calificación de esta segunda conversación como un segundo delito de amenazas, debiendo pues ratificarse la condena por dos tipos penales y no solo por uno, como pretende la parte recurrente.

Sentencia 1022/2011, Sala Segunda del TS, de 10 de octubre

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

Resumen: **Tráfico de drogas. Establecimiento abierto al público**

Artículos: **2, 368 y 369 Código Penal**

De las cuestiones analizadas en la sentencia, destacamos el resumen de la doctrina jurisprudencial relativa a la causa de agravación de uso de establecimiento abierto al público en el delito de tráfico de drogas, así como el alcance del nuevo tipo atenuado introducido en la reforma del año 2010 en este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Como recuerda la STS 9-11-2005 el art. 369.4 CP sanciona con mayor pena los actos de tráfico de drogas descritos en el art. 368 cuando «fueran realizados en establecimiento abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos».

La prueba de cargo debe acreditar a juicio del tribunal los hechos del tipo objetivo en su integridad, así como aquellos otros aspectos del mismo carácter que constituyan la base fáctica de los subtipos agravados o de cualquier agravación del tipo básico. Asimismo, las bases fácticas de las circunstancias agravantes genéricas que después se entiende aplicables. También debe ser suficiente para demostrar los hechos indiciarios sobre los que se construye la inferen-

cia que permite afirmar la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo.

Cuando se trata de tráfico de drogas ha de quedar acreditados los aspectos objetivos relativos a los actos típicos descritos en el art. 368 y en los casos en los que se aplique el art. 369.4 debe quedar asimismo probado que se realizan en establecimiento abierto al público y que quien lo ejecuta es un responsable o empleado del mismo. Cuando se trata de actos de tenencia con destino al tráfico, es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico, precisamente en el citado establecimiento. Pues la tenencia en el mismo como mero depósito, sin acreditar otra finalidad concreta, no es suficiente para el subtipo agravado, como se señalaba en la STS 987/2004 de 13-9 «... es necesario constatar en

los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ellos los supuesto en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída».

Bien entendido que en principio si es el dueño del establecimiento quien trafica en el mismo es de aplicación la agravante, aunque no esté y no se haga mención de él, siempre que pueda acreditarse que conoce el desarrollo de tales actividades.

Asimismo como se recoge en las SSTS 817/2008, de 1-12; 844/2005 de 29-6 y 329/2003 de 10-3, sobre la agravación derivada de la realización de la conducta en establecimiento abierto al público existe ya un cuerpo de doctrina consolidado de esta Sala que podemos sintetizar en las siguientes consideraciones:

a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación (SSTS 15/12/99 y 19/12/97), expresivas de que el subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda solo a efectos penales la simple tenencia ilícita.

b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (SSTS 15/2/95 y 15/12/99).

c) Como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo

básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (STS 1/3/99), es decir, como señala la sentencia antes citada de 15/12/99 la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local (SSTS 16/10/2003 y 10/02/00).

Por ello la STS 501/2003 de 8-4 señala que, en todo caso, debe quedar claramente deslindado el hecho de esconder o guardar en el establecimiento la droga o el dinero proveniente del tráfico ilícito y la realización de las típicas actividades del tráfico sirviéndose o utilizando el propio establecimiento, es decir, se «exige que el sujeto activo, en su dinámica operativa, distribuya la droga a terceros, valiéndose y confundiendo la ilícita actividad desplegada en el local abierto al público con el desarrollo del negocio de hostelería, propio del local».

Nos dice en tal sentido la STS 2214 de 22.11: «Esta Sala ha entendido que la cocina de un bar o cualquier otra dependencia, e incluso el propio bar, como lugar en que única y exclusivamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SSTS 20-12-94, 19-12-97, 15-12-99 y 5-4-2001), estribando *«la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona»*. *«Es la facilidad de ocultar (o dificultad de descubrir) —insiste en este punto la STS núm. 1234 de 13 de junio de 2001— el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local... dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios del Pub o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anoni-*

mato que supone para dichos compradores (y quizás vendedores al por mayor) de traficar con la mercancía de tal forma subrepticia».

Es por ello que, recuerda la STS 1090/2003 de 21-7, en algunas sentencias se ha señalado que el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma. Así, en la sentencia 211/2000 de 17-7, se dice que «no deberá apreciarse la agravante específica cuando sólo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento del peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar». Y en la STS 111/2004 de 29-1 que «por el hecho puntual y esporádico de que el dueño del Bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito».

Este último caso no es el supuesto enjuiciado, pues además de las dos ventas que refiere el *factum* realizadas por uno de los procesados, el hallazgo en un altílo del Bar de las bolsitas con cocaína en condiciones propias para su distribución a terceros permite constatar la racionalidad de la inferencia de que ambos se aprovechaban del establecimiento público como medio para la facilitación de un tráfico más amplio y seguro, lo que constituye la *ratio legis* del tipo penal agravado.

Situación esta última que no es la del caso analizado.

(...)

Quinto.—(...)

La entrada en vigor de la LO 5/2010 ha incorporado al at. 368 CP un párrafo segundo que recoge un subtipo atenuado que responde —como se indica en la Exposición de Moti-

vos de la Ley— a la preocupación del Legislador para «acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-10-2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 CP».

En la exégesis del precepto se constata, en el Anteproyecto de CP de 2006, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del CGPJ destacaba que «venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia», o «las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta —singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga—».

A pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de estas características.

En el proyecto definitivo de reforma del CP, que dio lugar a la LO 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del artículo 368.2 CP, se excluyó la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 CP, pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 CP.

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del

hecho —lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad— y a las circunstancias personales del autor —que nos reconduce al área de la culpabilidad—. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La «escasa entidad del hecho» debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9-6-2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la «menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias inde-

pendientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concudiesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa «y», en lugar de la disyuntiva «o». Desde luego, la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje la apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativo, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la «escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor», realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpressivo.

En el caso presente la Sala de instancia razona de forma motivada, fundamento jurídico 6.º, la inaplicación del subtipo atenuado, pues es el caso de la recurrente no concurre

ninguna adicción ni circunstancia personal a tener en cuenta sino a la gravedad incuestionable de uso del Bar para facilitar el tráfico ilícito.

Sentencia 1014/2011, Sala Segunda del TS, de 10 de octubre

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Lesiones. Dolo eventual**

Artículos: **149 y 150 Código Penal**

En un supuesto en el que el autor arroja un vaso al rostro de la víctima, causándole la pérdida de la visión de un ojo, la Audiencia apreció (aunque argumentándolo de forma no muy precisa) un supuesto de preterintencionalidad, a resolver con las reglas del concurso de delitos, mientras que el Tribunal Supremo entiende presente dolo eventual en relación al mencionado resultado agravatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Como ya se adelantó, el Tribunal de instancia, contra el criterio de las Acusaciones, califica ese hecho como un concurso de dos ilícitos, a saber, un delito de lesiones dolosas, por lo que se refiere al resultado consistente en el grave perjuicio estético sufrido por la víctima (art. 150 CP), y otro de lesiones imprudentes, en relación con la pérdida del órgano de la vista (art. 152.1 2.º CP).

En tanto que el Ministerio Público insiste ante nosotros en que la conducta enjuiciada, tal como resulta descrita en la recurrida, integra el delito de lesiones dolosas causantes de pérdida o inutilidad de órgano principal, del artículo 149.1 del Código Penal.

La cuestión debatida se concreta, por tanto, en el carácter de la conducta del acusado en relación con el grave resultado producido, consistente en la pérdida de visión del ojo derecho de la víctima, que mientras que para la Audiencia se trata de una acción culposa para el recurrente es claramente dolosa.

En definitiva, admitida sin discusión la inexistencia de dolo directo al no existir constancia de que hubiera intención de causar tan

grave resultado, todo se circunscribe al debate en torno a la presencia de dolo eventual.

En tal sentido, como reiteradamente ha venido diciendo esta Sala, existe ese tipo de dolo, por otra parte del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable (STS de 8 de agosto de 1998, por ej.) puesto que ambos suponen igual menosprecio del autor por el bien jurídico tutelado (entre otras las SSTs de 15 de mayo de 1999 o 22 de mayo de 2008), cuando, conjugando las doctrinas clásicas de la «probabilidad» y del «consentimiento», el autor de la acción ilícita ejecuta voluntariamente ésta con plena previsibilidad de la causación del resultado y aceptando la eventualidad del acaecimiento de éste como consecuencia de aquella (v.gr. STS de 26 de octubre de 2009).

La propia generación, voluntaria y consciente, del riesgo de la producción de la lesión del bien jurídico justifica, para la doctrina de esta Sala insistentemente proclamada en coherencia con la dogmática más actual, la justicia del reproche por lo finalmente acontecido.

Lo que, por otra parte, determina la frontera entre el actuar doloso y el imprudente, ya que, en este último, aunque se exija la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, a partir del riesgo ocasionado, no puede afirmarse ni la

alta probabilidad de su producción ni la representación consciente del agente ni, por ende, la aceptación, o incluso desprecio, por la eventual causación de semejante consecuencia.

Pues bien, en el presente caso, resulta incontestable que la acción descrita en el *factum* en los términos literales que han quedado transcritos líneas atrás, conducen, de forma inequívoca, a la conclusión de que nos hallamos ante un supuesto que merece esa calificación de dolosa, ya que el hecho de lanzar un objeto de las características de un vaso de cristal, a tan corta distancia, contra el rostro del agredido, no sólo supone la generación de un riesgo evidente de dañar de forma grave el ojo de éste sino que impide aceptar el desconocimiento por el autor de la alta probabilidad de un resultado semejante al producido y, en definitiva, acredita la asunción por éste de las lesivas consecuencias de su acción.

De hecho, no pueden calificarse sino de contradictorios los argumentos de la Audiencia cuando, mientras que incluye en el dolo del acusado la producción de las importantes lesiones causadas en el rostro de su víctima, excluye del mismo, calificándolas como simplemente culposas, las ocasionadas en el globo ocular situado en el centro de aquellas.

Por todo lo cual, no pudiendo aceptarse en el supuesto que nos ocupa, el criterio extraído por los Jueces *a quibus* de la Resolución que cita en su Fundamento Jurídico Primero (STS de 25 de septiembre de 2006) procede la estimación del Recurso, debiendo acordarse la nulidad del pronunciamiento contenido en la parte dispositiva de la Resolución que se recurre y el ulterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias jurídicas de esta estimación.

Sentencia 1077/2011, Sala Segunda del TS, de 10 de octubre

Ponente: Luciano Varela Castro

Resumen: **Estafa, apropiación indebida, insolvencia punible y falsedad. Conformidad**

Artículos: **240 Ley Orgánica del Poder Judicial; 241 CE y 655, 694, 733 y 787 LECrim**

Delitos de estafa, societario, apropiación indebida, insolvencia punible y falsedad en documento público y mercantil. Se expone con detalle la doctrina sobre el sentido y alcance de la conformidad, deteniéndose, especialmente, en la imposibilidad de que el juez pueda desvincularse de la alcanzada, declarando —como en el caso de autos— la atipicidad del hecho, sin haber conferido previa audiencia a las partes. Se declara por ello la nulidad de la sentencia con reposición al trámite de audiencia preceptiva de las partes a que se refería el art. 793.3 LECrim en su redacción vigente al tiempo de incoarse el procedimiento, debiendo conocer el Tribunal de instancia con composición diversa del que dictó la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.— El procedimiento origen de este recurso fue seguido por los trámites del denominado Procedimiento Abreviado. El régimen al que en el mismo se somete la posibilidad de conformidad de las partes, cuando aquél se encuentra en fase de juicio oral, era el siguiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2002, aplicable en este caso por razón de lo dispuesto

en la disposición transitoria de la misma citada ley, siquiera como veremos, en este caso, esa diferencia de régimen es escasa.

a) En cuanto a los sujetos, se requiere que la conformidad sea prestada por *la* acusación y *la* defensa. Es decir que han de estar conformes *todos* los que ejercen una y otra y, por el contrario, no es necesaria, para resolver la pretensión penal, que muestren dicha conformidad las partes meramente actores civiles o terceros responsables civiles.

Es preceptiva la audiencia del *acusado* presente que debe ratificar la manifestación previa de su defensa. Solo su aquiescencia permite la continuidad de esta tramitación.

Debe prestarse ante el *Juez o Tribunal que conoce* del juicio. A éste le incumben determinadas facultades de control y desvinculación limitada a la que nos referiremos posteriormente.

b) En cuanto a los *requisitos formales o de actividad* es de resaltar que el *momento* preclusivo es el anterior al comienzo de la práctica de la prueba en la vista del juicio oral.

La manifestación de la conformidad puede revestir la forma oral o escrita. En aquel caso consiste en la petición expresa de que sea dictada sentencia acorde al contenido de la acusación que haya formulado petición de pena más grave, a cuya calificación se efectúa remisión a tal efecto. Si las partes han logrado conformidad, previa modificación de las iniciales y provisionales formulaciones de acusación y defensa, la forma de manifestarla debe ser escrita. El escrito que la contenga debe presentarse en ese acto.

c) El *contenido* del acuerdo entre las partes en el caso de que altere el de los escritos de acusación provisional, queda sometido a dos condiciones: 1.ª El hecho objeto del proceso no puede ser variado de tal suerte que pase a ser un hecho distinto, lo que no implica necesariamente el veto de alteraciones accidentales si la nueva versión no implica diversidad del hecho justificable. 2.ª Cabe modificar el título de condena o calificación jurídica del hecho, pero en tal caso la nueva calificación conformada ha de suponer una valoración no más grave que la que lo era provisionalmente.

Por otra parte se establece un límite para la efectividad de la conformidad: que la pena privativa de libertad solicitada y aceptada, o la suma de las mismas si son varias, no supere los seis años de prisión, cuando se trata del procedimiento abreviado.

d) En cuanto a los *efectos* de esa temporal y legalmente autorizada conformidad, es de subrayar que no impiden una cierta pero limitada desvinculación del Juez o Tribunal juzgador.

1.º Y es limitada porque no le es permitido al Juez o Tribunal que juzga modificar

sustancialmente el hecho. No solamente en la sentencia. Ni siquiera para justificar el ejercicio del control que sí le viene atribuido al juzgador sobre la calificación jurídica, al que pasaremos a referirnos. Y es que, además de la naturaleza volitiva que preside el instituto, la ley parece atribuir a la conformidad una trascendencia cognitiva, pero *ope legis*. El juzgador debe valorar la afirmación del hecho descrito por las partes como veraz, sin que le sea dado cuestionarlo. Salvo en el concreto supuesto previsto en el artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siquiera aún en tal caso, lo único permitido es ordenar la continuación del juicio, pero en ningún caso la alteración del hecho.

Tal vinculación aparece también en la regulación de la conformidad en el procedimiento ordinario. El artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al que remite el 694 de la misma, solamente desvincula al Tribunal respecto de la pena, pero ordenándole decidir siempre según la *calificación mutuamente aceptada*. La desvinculación respecto de dicha calificación, pero nunca respecto del hecho, solamente está prevista, para el caso de que no se formulara aquella conformidad en el momento inicial del juicio oral, sino después de practicada la prueba, en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si el Tribunal estima que procedería la absolución por exención de responsabilidad o la diversidad de tipo penal aplicable, siquiera la interpretación constitucional del precepto ha llevado a exigir su aplicación *también* para poder decidir aplicando una agravante, dejando de aplicar una atenuante solicitada por todas las partes, o modificar de manera más gravosa la forma de participación o el grado de ejecución.

Y también se mantiene esa vinculación en la actual redacción del denominado Procedimiento Abreviado, aunque aumentado ya el control posible por parte del juzgador. Así el artículo 787, en el mismo momento procedimental que lo preveía la redacción anterior, es decir antes de iniciarse la práctica de la prueba, y bajo cualquiera de las dos modalidades oral o escrita a que antes nos referimos, también autoriza un cierto control al juzgador sobre la calificación jurídica del hecho. Ahora más amplio. Con ocasión de la audiencia personal del acusado sobre

lo manifestado por su defensa Letrada, podrá *indagar la conciencia y libertad* con que éste se manifiesta.

2.º La desvinculación es posible en cuanto a la calificación jurídica del hecho. Vinculado por el hecho, *conforme a la descripción que las partes aceptan formular*, el juzgador puede separarse de la calificación aceptada, si estima que ese hecho no es típico o incluye datos que determinan la exención de responsabilidad penal. En tal caso, aquella desvinculación implica que el juzgador, obligado a dictar la sentencia que proceda, debe absolver al acusado pese a la conformidad.

En la regulación del procedimiento ordinario, en el artículo 694 por remisión al 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la desvinculación para dictar la sentencia que proceda se condicionaba a que esta procedencia fuera establecida partiendo de la *calificación* mutuamente aceptada. Para desviarse de tal calificación, como presupuesto del juicio de no tipicidad o exención, debería acudirse al artículo 733 al menos por analogía y como exigencia constitucional de garantía de no indefensión, que, obvio es decirlo, también alcanza a las partes acusadoras.

En el abreviado la desvinculación es tal que permite al juzgador establecer la atipicidad o exención de responsabilidad que no afirman las partes conformes. Pero, precisamente por eso, la regulación del artículo 793 introdujo un trámite esencial del procedimiento, para evitar la indefensión de las partes: la audiencia de las partes.

Y en la redacción dada tras la reforma por Ley 38/2002, el artículo 787 reiteró ese trámite con más minuciosas previsiones. En cuanto al presupuesto del control jurisdiccional. Ahora cabe ampliar el ámbito de éste, y la subsiguiente eventual desvinculación del juzgador, más allá de la cuestión de la tipicidad o exención. Cabe, en lo que atañe a cualquier incorrección de la calificación, respecto a la subsunción del hecho en la norma. Y, en cuanto al efecto del control, ahora el juzgador mandará seguir el juicio si las partes, después de interpeladas por el juzgador, no se acomodan a lo que éste estima correcto.

Ahora bien, cuando la discrepancia entre el juzgador y las partes consiste en que aquél no

acepta la veracidad de la imputación del hecho tal como éstas lo describen o en que el juzgador, con o sin modificación del hecho, lo califica como penalmente atípico, el régimen jurídico es el mismo en todo caso. Lo primero resulta totalmente vetado. Y en ningún caso cabe declarar la atipicidad o exención sin previa audiencia de las partes.

Poco esfuerzo exige justificar la exigencia de tal audiencia previa a la decisión desvinculada del juzgador. La proscripción constitucional de la indefensión proclamada en el artículo 24.1 de nuestra Constitución exige que quienes son parte no se vean afectados por una decisión jurisdiccional que asume tesis respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de alegar y proponer prueba y que ésta se practique bajo principios de contradicción.

No parece cuestionable que, si la sentencia proclama la tesis de la atipicidad o exención, cuando la misma no ha sido objeto de debate entre las partes, resulta decisiva para la pretensión de las partes sin que éstas haya tenido ocasión para aquella alegación al respecto ni, menos aún, para proponer y practicar prueba al respecto.

Otro principio constitucional resulta invocable para justificar la regulación legal antes expuesta. En efecto, la garantía de que la causa ha de ser resuelta por un juez imparcial exige que éste no asuma funciones que son de exclusiva incumbencia de las partes. A éstas compete determinar el objeto del proceso. Solamente ellas pueden introducir el hecho que funda sus pretensiones. Y, además, el legislador les atribuye la facultad de hacer incontrovertida la afirmación de su existencia, siquiera respecto de los que constituyen fundamento de pretensiones justificadas por calificación cuya pena resultante no rebase determinados límites.

Pues bien cuando el juzgador, actuando las partes en ese marco de autorización legal, proclama la inexistencia del hecho o añade hechos nuevos, asume una función reservada a la parte. Hace controvertible lo que solamente las partes pueden tener por tal dentro del marco legal de la conformidad. Es decir no es imparcial. Y quien no es imparcial no asume legítimamente funciones jurisdiccionales de decisión.

Precisamente estos parámetros constitucionales de la conformidad obligan a interpretar la exigencia de la audiencia de las partes, previa a la desvinculación del juzgador, como requisito inexcusable, y también como ocasión para que las partes ratifiquen o rectifiquen sus pretensiones hasta entonces conformes.

Si las ratifican, y el procedimiento se rige por la norma anterior a la reforma del año 2002 —artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, cuando el Juzgador anuncia la tesis de una eventual calificación de los hechos como atípicos o la posible concurrencia de causa de exención, podrán alegar en defensa de la tesis conforme de las partes. La ley no preveía bajo ese régimen que, pese a la discrepancia con el Juzgador, haya de continuarse el juicio. Sin duda porque tal continuidad tendría por objeto la práctica de prueba que, dada la no cuestionabilidad del hecho, carecería de sentido.

Bajo la regulación hoy vigente —artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, como manifestación de la creciente sospecha del legislador sobre el instituto de la conformidad, en línea con el progresivo aumento de momentos de control judicial de la conformidad de las partes, si esos alegatos no convencen al juzgador y aquéllas no acomodan su calificación a la tesis judicial, será preceptiva la continuación del juicio como si no hubiera precedido la conformidad.

La audiencia, bajo uno u otro régimen jurídico, puede ser ocasión para que las partes rectifiquen y se aparten de la conformidad, dando lugar a la continuación del juicio o mantengan la conformidad en los términos propuestos por el Juzgador. En tal caso ninguna diferencia existe entre la regulación anterior y posterior a la Ley 38/2002.

Quinto.—1. Comenzaremos examinando si el Tribunal de instancia podía prescindir de la audiencia previa prevista, antes, en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, tras la reforma por ley 38/2002, en el artículo 787 de la misma.

Para resolver esa cuestión, que suscitan los concordantes motivos de la acusación, hemos de partir de una premisa, que resulta de la doctrina

que acabamos de exponer: la conformidad, que refleja el acta del juicio oral de la instancia, y de la que da cuenta la sentencia recurrida, reúne todos los requisitos de validez.

La totalidad de las penas solicitadas no superaba en su conjunto la privación de libertad por más de seis años y fue formulada antes del comienzo de la práctica de la prueba en la vista del juicio oral. La pretensión de conformidad se produjo de manera oral en referencia al escrito unilateralmente presentado por las acusaciones. Dicho escrito no introducía hechos diversos de los descritos en las acusaciones provisionales ni, desde luego, se postulaba una calificación más gravosa, sino todo lo contrario. Al menos tomando como referencia la calificación provisional de las acusaciones particulares, ya que la del Ministerio Fiscal no incluía imputación a la acusada D.^a Pilar por razón de otro delito diverso de aquél respecto del cual en el juicio oral ya no se reiteró acusación ninguna.

Todos los acusados se manifestaron de viva voz en presencia del Tribunal y, finalmente, todas las defensas consideraron innecesaria la continuación del juicio en lo que respectaba a la pretensión penal objeto de dicha conformidad.

La continuación del juicio resultó obligada solamente porque los responsables civiles terceros rechazaron la pretensión de indemnización que se les demandaba.

2. En tal hipótesis la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria, sin previa audiencia es aceptable bajo el régimen jurídico del procedimiento abreviado, ni antes ni después de la reforma por Ley 38/2002 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. E incluso dentro del procedimiento ordinario.

Desde luego estaba vetado al Tribunal, *en todo caso y bajo cualquier régimen jurídico de la conformidad*, alterar la descripción de los hechos tal como habían sido configurados por las partes acusadoras y defensa de los acusados.

Y dicha prohibición no resulta excluida por el fácil recurso de aparentar identidad en la descripción de tales hechos probados, para, de manera tan subrepticia como burda, modificar su alcance fáctico en sede de fundamentación jurídica. Manifestar que el comportamiento

engañoso de los acusados sucedió y no precedió a los desplazamientos patrimoniales, tanto más si es con notable incoherencia respecto del previo relato en sede de hechos probados, era una alteración de la premisa de la decisión que el Tribunal no puede hacer sin burla de los derechos que a las partes atribuye el legislador. Además supone franco abandono de la posición de imparcialidad que le era exigible al Tribunal. Afirmar que la contabilidad no era tanto no veraz como inexistente, para así eludir la figura del delito societario, constituye, además de otra manifestación de incoherencia con lo previamente dicho en sede de hechos probados, otro apartamiento de la imparcialidad del juzgador y desconocimiento de la facultad configuradora del hecho que la ley atribuía a la parte acusadora y acusada. Y lo mismo cabe decir sobre la banalización de la falta de veracidad de determinados documentos.

(...)

3. Pero, como dejamos antes anunciado, incluso prescindiendo de tal mutación de relato histórico, la cuestión merece igual respuesta atendiendo exclusivamente a la calificación jurídica de atipicidad que realiza el Tribunal sin previa audiencia de las partes.

Desde luego no cabe equiparar tal hipótesis a la concerniente a la facultad individualizadora de la pena, previa aceptación por el Tribunal del hecho y de su conforme calificación por las partes. Cuestión especialmente acuciante cuando el legislador exigía que la sentencia se ajustara de manera «estricta» a lo conformado (artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes de su reforma por Ley 38/2002). Sobre ello cabe consultar entre otras muchas la doctrina establecida en la Sentencia núm. 2284/1992 de 30 de octubre. Incluso se ha llegado a autorizar que se acuda a la casación para corregir una pena inadecuada impuesta por la Audiencia de conformidad con lo pactado por las partes. Así se admitió en la Sentencia núm. 823/2010 de 28 de septiembre.

Lo que ahora interesa es determinar los presupuestos que autorizan al Juzgador a desvincularse de la calificación en lo tocante a la adecuación de esos inamovibles hechos a la descripción típica, que las partes hacen de manera

conforme. Hipótesis que no parece prevista expresamente en el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ahí que en ese marco se proponga acudir a la facultad establecida en el artículo 733 de dicha ley siquiera tal previsión se limite al caso de discrepancia del Juzgador después de la práctica de la prueba y con independencia de que medie conformidad.

Y nos interesa dilucidar tal cuestión más concretamente dentro del marco del procedimiento abreviado. Cabe advertir una vez más que, al respecto, en cuanto a los presupuestos de tal desvinculación, resulta intrascendente que se aplique la norma del artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, antes de la reforma de la Ley 38/2002, o el artículo 787 posterior a ésta. En efecto la diferencia, en cuanto al ámbito de discrepancia entre Juez y partes, estriba en que se pasó de exigir dicha audiencia solamente para establecer atipicidad del hecho o exención de responsabilidad, a imponerla en todo caso de discrepancia del Juzgador respecto de la corrección de la calificación, y en que el desarrollo de la audiencia se constituye ahora por un requerimiento a la acusadora para que manifieste si se acomoda al criterio del juzgador.

Bajo el anterior régimen del artículo 793.3 habíamos establecido una contundente doctrina de exigencia ineludible de audiencia previa de las partes.

(...)

4. También resulta bastante constante y uniforme la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la evitación de la audiencia previa, como presupuesto de desvinculación del juzgador, cuando ésta conduce a la afirmación de atipicidad de los hechos que describieron las partes de conformidad.

En la Sentencia núm. 549/1996 de 19 de julio establecimos que como consecuencia habría de decirse que *se ha conculcado el derecho de la parte acusadora a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, que se recoge en el art. 24.1 de nuestra Constitución que confiada en la plena aceptación del acusado y defensor en el relato acusatorio, se ve después burlada porque el Tribunal de instancia, extra-limita datos puramente fácticos y aceptados por las partes, sin apoyo probatorio alguno al no*

haber permitido tales pruebas en la inmediatez del plenario.

Y en la núm. 751/1998, de 22 de mayo, también se estableció que *El pronunciamiento de la sentencia desviándose de los términos de la conformidad, sin previa audiencia a las partes integra una nulidad del art. 240.1 de la LOPJ, por implicar un defecto de forma en la tramitación, que implica la ausencia de un requisito indispensable —la audiencia a las partes— y que determinó indefensión. Y además, la falta de audiencia a las partes, supuso en perjuicio de la acusación pública la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y del prohibitivo de la indefensión, ambos contemplados en el apartado 1 del art. 24 de la CE.*

Como constante es la doctrina —reiterada en las Sentencias citadas— sobre los efectos que tales conculcaciones obligan a imponer. Así se afirma que procederá la anulación del Fallo de instancia y retrotraer la causa al momento de comisión de la falta, concediéndose a la parte acusadora y acusada el trámite de la audiencia omitido por la Sala de instancia, pero ya ante un Tribunal distinto del que dictó esta impugnada resolución.

(...)

La pretensión de que este Tribunal de Casación dicte la segunda sentencia, como consecuencia de la nulidad previamente declarada a instancia de las partes, resulta incompatible con la finalidad misma del trámite cuya exclusión devino causa de la nulidad.

En efecto, el omitido trámite tiene como finalidad que las partes se manifiesten sobre la tesis desvinculada que propone el Juzgador. El plural «partes» del artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal abarca sin lugar a dudas a la defensa del acusado. Ciertamente el nuevo artículo 787.3 establece que el requerimiento se dirige exclusivamente al acusador, pero ello ha de ponerse en relación con la previsión de una información al acusado previa a su personal manifestación de voluntad e incluso la atribución al juzgador para, pese a ello, mandar seguir el procedimiento, si estima que no fue libremente prestada.

Es verdad que la nueva previsión del artículo 787.7, por lo demás acorde a la doctrina

jurisprudencial que precedió a su introducción en la ley (15/2003), al prohibir un recurso sobre el fondo de la sentencia que acoge fielmente lo conformado, parte de una cierta irrevocabilidad. Pero, si cabe predicar la irrevocabilidad cuando el procedimiento ha concluido, resultaría excesiva la prohibición cuando la producción procesal de la conformidad está todavía en tramitación.

Ciertamente nuestra Jurisprudencia ha introducido expresiones, generalmente *obiter dicta* de las que podría desprenderse la nota de irrevocabilidad de la conformidad, afirmando que la misma es «vinculante» para las partes (Sentencia núm. 778/2006 de 12 de julio, ratificando la de 1 de marzo de 1988). Particularmente para justificar los límites de recurribilidad de la sentencia de conformidad.

Y se ha justificado esa nota invocando principios como el de la buena fe procesal (Sentencia núm. 931/2007 de 13 de noviembre) y tachando de deslealtad y fraude el cuestionar lo pactado, siquiera en tal caso porque, si lo hace la defensa, *impediría a la acusación reintroducir determinadas cuestiones que pudieran agravar la situación del imputado y de las que renunció, precisamente por la conformidad alcanzada* (Sentencia núm. 938/2008 de 3 de diciembre).

De manera más discutible se ha invocado a veces el aforismo *pacta sunt servanda* quizás más específico de ámbitos del ordenamiento en que los sujetos gozan de una disposición del objeto sobre el que recae el acuerdo sin interferencias de otros poderes y fuera de las específicas exigencias del principio de legalidad que caracteriza el orden penal.

Ahora bien, en otras resoluciones nos hemos cuidado de advertir que la zona de fricción con principios esenciales del proceso, en que se sitúa el instituto de la conformidad, impone una interpretación que, manteniendo incólumes los derechos de las partes, sea más acorde con la garantía de defensa informada del acusado, o con el principio de jurisdiccionalidad en el ejercicio del *ius puniendi*.

(...)

Desde luego la audiencia *ex* artículo 793.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la anterior redacción, también puede suponer, como garantía de su derecho a la tutela judicial, la po-

sibilidad de que, no obstante la conformidad, pueda solicitar la acusación la práctica de la prueba que estime necesaria. Lo que en la actual redacción del artículo 787 será innecesario, pues bastará que no se rectifique la calificación concordada para que el Juzgador discrepante ordene de oficio la continuación del juicio. Por lo demás como única vía para poder mantener su desvinculación.

Por todo ello resulta evidente que si, tal como interesan las acusaciones, procediéramos a dictar segunda sentencia sin conferirles a la acusación y a la defensa del acusado esa opción de rectificación o solicitud de prueba, estaríamos reiterando nosotros el mismo desvarío legal que acabamos de reprochar al Tribunal de la instancia.

La incoherencia sería tanto más violenta cuanto que, precisamente, aquella defensa ha solicitado en este recurso la confirmación de la declaración de atipicidad que sentenció el Tribunal de la instancia.

Por todo lo anterior procede estimar la pretensión de nulidad, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pero con la consecuencia de ordenar la reposición de las actuaciones al trámite de audiencia preceptiva de las partes a que se refiere el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción vigente al tiempo de incoarse el procedimiento de que trae este recurso, debiendo conocer desde dicha reposición el Tribunal de instancia con composición diversa de la que dictó la sentencia que casamos y anulamos.

Sentencia 1029/2011, Sala Segunda del TS, de 13 de octubre

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Resumen: **Determinación de la pena. Circunstancias modificativas**

Artículo: **66 Código Penal**

Entiende la sentencia que entre la regla 5.^a y la regla 7.^a de las que establece el art. 66 CP (determinación de la pena cuando concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) hay un concurso de normas, en el que tiene preferencia la regla 7.^a

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia, con carácter subsidiario a los anteriores motivos, la indebida aplicación del artículo 66.1.5 del Código Penal, pues entiende que es preferente la aplicación de la regla 7.^a de ese mismo artículo, lo que determinaría la imposibilidad de aplicar la pena superior en grado.

1. El artículo 66.1.7.^a dispone que cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, los tribunales las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, y que si subsiste un fundamento cualificado de atenuación la impondrán en la mitad inferior y si persiste un fundamento cualificado de agravación, la impondrán en la mitad superior.

Por su parte, en la regla 5.^a del mismo precepto, se dispone que cuando concorra la agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza, los tribunales podrán imponer la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido. La regla 7.^a debe entenderse como una regulación especialmente dirigida a los supuestos en los que concurren atenuantes y agravantes, mientras que la 5.^a supone una especialidad de los supuestos, contemplados en las reglas 3.^a y 4.^a, que se refieren a los supuestos de concurrencia de agravantes sin que se aprecie atenuante alguna. Por lo tanto, deben entenderse

que en caso de concurrencia de la reincidencia, aún con las características mencionadas en al regla 6.^a, junto con una circunstancia atenuante, la regla a aplicar es la 7.^a y no la 5.^a

2. En el caso, el motivo ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal y debe ser estimado. Según la sentencia concurre la circunstancia agravante de reincidencia por condenas anteriores por numerosos delitos de robo con fuerza en las cosas, y también una atenuante de drogadicción. En consecuencia, la regla aplicable es la prevista en el artículo 66.1.7.^a, por lo que la pena solo podrá imponerse en la mitad superior si se aprecia la concurrencia de un fundamento cualificado de agravación. Según se declara probado, el recurrente había cumplido las penas impuestas en las anteriores condenas el 4 de marzo de 2010, y ejecutó los hechos por los que fue

condenado en la sentencia impugnada el 28 de junio del mismo año. Aceptada la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, puede apreciarse un mayor fundamento de agravación, dado el escaso tiempo transcurrido desde la finalización del cumplimiento de las anteriores condenas hasta el tiempo en el que el recurrente volvió a delinquir. No obstante, debe ponerse de relieve que las condenas anteriores lo fueron por delitos de robo con fuerza en las cosas, de manera que, aun cuando se trate de delitos comprendidos en el mismo título y de la misma naturaleza a los efectos de la reincidencia, no justificarían una exacerbación de la pena hasta la superior en grado, por lo que, en cualquier caso, la pena imponible no debería superar el máximo de la prevista para el tipo en el artículo 242 del Código Penal.

Sentencia 1070/2011, Sala Segunda del TS, de 13 de octubre

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Homicidio. Tentativa acabada e inacabada**

Artículos: **16, 62 y 138 Código Penal**

De las diversas cuestiones planteadas destaca la delimitación que ofrece la sentencia entre tentativa acabada e inacabada (con su incidencia en la determinación de la pena) en un supuesto de homicidio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

5. (...)

A) Respecto de la primera de las cuestiones, sostiene la defensa de la víctima que quien dispara queriendo o asumiendo dolosamente la muerte de su oponente, su acción no puede ser calificada sino de tentativa acabada, pues los dos disparos efectuados habrían implicado la práctica de todos los actos que deberían haber producido el resultado, que no se produce por causa que no le es imputable.

El submotivo, que cuenta con el apoyo expreso del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

La sentencia de instancia ha estimado —FJ 1— «... que los hechos constituyeron una tentativa inacabada de homicidio, pues pese a la

gravedad de las lesiones sufridas por la víctima que se describen en los hechos probados, de acuerdo con los informes médicos emitidos al respecto, realmente la vida del herido no llegó a correr peligro, aunque sí podría haber llegado a perder la pierna de no haber recibido adecuada y urgente atención médica. Ello determinará (...) que la pena aparejada al delito se rebaje en dos grados».

La sentencia de esta Sala núm. 84/2010, 18 de febrero, con cita de la STS 261/2005, 28 de febrero, recuerda que el Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que solo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más espe-

cificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada —nos dice la STS 817/2007, 15 de octubre— se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese «todos» debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un

mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta «el grado de ejecución alcanzado», que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al «peligro inherente al intento», que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

En el caso que nos ocupa, una vez afirmada la inequívoca voluntad de causar la muerte del adversario, la calificación de la tentativa como acabada o inacabada ha de hacerse depender, tanto de la práctica de todos o de parte de los actos que deberían producir el resultado como del grado de peligro inherente a la acción. Así se desprende del tenor literal de los arts. 16.1 y 62 del CP y de la jurisprudencia anotada *supra*, que interpreta ambos preceptos. Quien ejecuta dos disparos con una escopeta de caza sobre la víctima, alcanzándole uno de ellos y produciéndole —como afirma el hecho probado— lesiones en «... *pierna, costado, antebrazo y mano izquierdos, hiriéndole de gravedad*», ya ha practicado la totalidad de los actos que deberían producir el resultado. Y, además, ya ha puesto en peligro de forma evidente el bien jurídico tutelado, en este caso, la vida de la víctima. La afirmación de la sentencia de instancia, contenida en el párrafo conclusivo que cierra el FJ 2, atribuyendo a la «*fortuna*» el hecho

de que la víctima no falleciera, no avala una interpretación que degrade la suficiencia cuantitativa y cualitativa de los actos ya practicados desde la perspectiva de su potencial e incuestionable idoneidad para ocasionar la muerte. El peligro inherente a la ejecución de dos disparos con una escopeta de caza, por su propia configuración técnica, se deriva del hecho notorio

de que provoca una expansión incontrolada de los perdigones, multiplicando la capacidad lesiva del impacto y, con ello, el peligro que es propio del intento.

Por cuanto antecede, procede la estimación de este submotivo, con la consiguiente rebaja de la pena sólo en un grado, en los términos que expresamos en nuestra segunda sentencia.

Sentencia 1051/2011, Sala Segunda del TS, de 14 de octubre

Ponente: **Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Incomunicación de testigos**

Artículos: **368 Código Penal y 704 LECrim**

Delito contra la salud pública. Se expone la doctrina jurisprudencial sobre la incomunicación a que deben estar sometidos los testigos que deponen en el juicio oral y el alcance que tiene el incumplimiento de dicha exigencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La ley procesal dispone en el artículo 704 la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS 22/2003). En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente

influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo.

(...)

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical.

(...)

3. En el caso sometido a nuestra consideración casacional, hemos revisado el DVD en donde se encuentra grabada la celebración del juicio oral, y observamos la declaración minuciosa, conteste y contundente de cinco Mossos d'Esquadra, intervinientes en los hechos, y en efecto, tras la declaración de los dos primeros, los identificados con los números (...) y (...), se toma declaración a la agente número (...), que igual que los anteriores narra los hechos objeto de esta causa penal, con todos los detalles, y a una distancia muy reducida, en el macroconcierto en donde se ofertó la droga, y al minuto 40:44, al ser preguntada por la defensa ahora recurrente sobre si había hablado fuera de la Sala de Justicia con los anteriores deponentes, contestó en sentido afirmativo, sin dar más detalles que estaban juntos fuera y se habló sobre ello, sin que el

abogado defensor preguntara más al respecto, o la clase de conversación que habían mantenido, sino que se limitó a señalar que simplemente habían «hablado», toda vez que estaban esperando a ser llamados. Después, comparecieron los testigos funcionarios números (...) y (...).

De manera que aunque la regla de actuación ordinaria sea la incomunicación de los testigos en una dependencia separada hasta que sean llamados, para evitar la comunicación entre ellos, conforme a las disposiciones al respecto que se disciplinan en el art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es lo cierto que tal irregularidad no puede afectar a la validez de la prueba, pues, con total sinceridad se admitió una conversación genérica, que no se puede traducir en confabulación alguna entre ellos, al punto que sus declaraciones constaban ya en el atestado levantado al efecto, y simplemente, se repitieron en el juicio oral, eso sí, ofreciendo todos los detalles que, como consecuencia del interrogatorio cruzado, se facilitaron, ya que su testimonio era sometido al test del principio de contradicción entre la acusación y la defensa, resultando que los hechos quedaron patentemente acreditados mediante testifical, ya que no hay más que escuchar su testimonio en el DVD para darse cuenta de la clase de sinceridad con que depusieron, al punto que ni en el punto que ocasiona este reproche casacional mintieron.

Por consiguiente, el motivo no puede ser estimado. Los declarantes, agentes de la policía autonómica catalana, ratificaron las diligencias que constan en el atestado, y pudieron ser interrogados con minuciosidad por la defensa sobre cualquier aspecto conflictivo o que le resultara de interés. Y tampoco se precisa en el motivo en qué concretos aspectos la influencia de un testigo pudo afectar a la declaración del otro, pues en ningún momento de la causa había existido discordancia entre sus manifestaciones.

Con carácter general, debe observarse la fórmula que deberá emplear el Presidente del Tribunal, en el sentido de que, una vez terminada la declaración, manifieste al testigo que puede quedarse en la Sala o abandonar el Palacio de Justicia, a su elección, pero que, en modo alguno debe comentar su declaración con los testigos que aún falten por deponer ante el Tribunal sentenciador.

La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación, continua diciendo la STS 153/2005, tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generalizada retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y precisamente por orden del Tribunal sentenciador.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 1036/2011, Sala Segunda del TS, de 17 de octubre

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Estafa y falsedad. Tutela judicial efectiva. Adhesión. Adhesión casada supeditada**

Artículos: **246, 248, 250, 390 y 393 Código Penal; 24.1 CE y 846 LECrim**

Falsedad documental, usurpación y estafa. Se estima el recurso de la acusación particular contra la sentencia absolutoria por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al que se adhiere el Fiscal invocando el Acuerdo plenario de 27 de abril de 2005.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Recorre la acusación particular formulando un primer motivo que, si bien se forma-

liza al amparo del art. 24.2 CE por no haber sido condenado los acusados por el delito de falsedad documental, realmente el núcleo esencial de la denuncia casacional entra de lleno en el ámbito

del derecho a la tutela judicial efectiva que habría sido vulnerado porque el Tribunal *a quo*, una vez establecida la falta de prueba suficiente de cargo sobre la participación de los acusados en el delito de falsedad documental, «... ya no entra a analizar los delitos de usurpación y estafa, se limita a analizar el delito de falsificación de la firma de Olegario en base a los argumentos vertidos por los acusados, sin analizar minuciosamente la prueba articulada a lo largo del proceso».

Tercero.—El Ministerio Fiscal apoya la reclamación de la recurrente señalando (...) una cosa es que no quede debidamente probado que los acusados, o mejor dicho, quién de ellos, alteró la firma del documento en cuestión, y otra bien distinta que se deje imprejuizado el resto de las conductas delictivas que se imputaban a los acusados, cuando se considera probado que la firma del documento fue falsificada y que con dicho documento, en unión de otros, se consiguió la autorización para la creación de un coto de caza en la provincia de Toledo, conducta que no depende, como sostiene el Tribunal, de la previa falsificación del documento o de la autoría de dicha falsificación, pues aun admitiendo la imposibilidad de determinar la autoría de la firma falaz del documento, los acusados realizaron una serie de trámites administrativos

ante las autoridades competentes autonómicas para conseguir la autorización de la creación de un coto de caza, imputándoseles una serie de alteraciones documentales y actuaciones mendaces, respecto de las cuales guarda silencio el Tribunal y que no dependen, en absoluto, de la previa alteración del documento de partición de parcela.

En consecuencia, debe estimarse la censura casacional que formula el recurrente y a la que se adhiere el Ministerio Fiscal que, a tales efectos, invoca el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27/04/2005 que admitió la adhesión en casación supeditada en los términos previstos en la Ley del Jurado, acuerdo desarrollado, entre otras, por las STS 577/2005, 4-5 o 8/2010, 20-1, que supone que dicha adhesión no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejecutarlo había caducado.

Sentencia 1055/2011, Sala Segunda del TS, de 18 de octubre

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Resumen: **Asesinato terrorista. Declaraciones en sede policial por detenido incomunicado**

Artículos: **572 Código Penal; 24 CE; 520 y 527 LECrim**

Asesinato terrorista: Con cita del acuerdo plenario de 28-11-2006, se estima el recurso negando valor probatorio a las declaraciones prestadas en sede policial por el detenido en régimen de incomunicación como sospechoso de un delito de terrorismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Cuando se trata de declaraciones prestadas en sede policial, es evidente, como ya se ha dicho más arriba, que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulne-

ración de derechos fundamentales, sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, aun cuando se trate de declaraciones válidas al haber sido practicadas con toda corrección, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del

artículo 714, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. A pesar de ello, y esto es cuestión de alcance diferente, pueden aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas. Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su contenido incriminatorio una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral.

(...)

Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que «las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».

(...)

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar, establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba. Pero en ningún caso el contenido de la declaración prestada en sede policial puede constituir prueba de cargo.

(...)

Más recientemente, en la STC núm. 68/2010, el Tribunal Constitucional, en un supuesto relativo a la valoración como prueba de cargo de la declaración de una coimputada prestada en sede policial y luego no ratificada ante el Juez, luego de recordar que «... hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en

fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales —que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral—; b) subjetivos —la necesaria intervención del Juez de Instrucción—; c) objetivos —que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo—; y d) formales —la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral (...), afirmaba lo siguiente:

«b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que “dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim” (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción».

(...)

4. De lo anterior se desprende que, en coincidencia con lo ya recogido en la STS núm. 541/2007 y en la STS núm. 1228/2009, antes citadas, de esta Sala, el Tribunal Constitucional ha declarado, una vez más, la imposibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones policiales no ratificadas ante la autoridad judicial, que deben excluirse, por lo tanto, del acervo probatorio, aun cuando, si han sido practicadas de forma inobjetable, hayan podido constituir un mecanismo válido a efectos de orientar la investigación y aportar elementos cuya comprobación pueda ser luego adecuadamente valorada.

5. La sentencia impugnada se basa en una gran medida, y en lo que se refiere a este recurrente, en las declaraciones policiales, y especialmente en la segunda de ellas. En la primera, consta que reconoció su participación, y en la segunda, aparecen numerosos datos respecto a la forma en que se dice que ocurrieron los hechos. De lo que acabamos de decir, se desprende la imposibilidad de valorar como prueba de cargo estas declaraciones. En cuanto a los datos fácticos que constan en las mismas y su correspondencia con la realidad, que la sentencia valora expresamente, es preciso recordar que los datos que pueden ser valorados a esos efectos son los referidos a aspectos no conocidos en ese momento, pues, precisamente por eso, son los únicos respecto a los que se podría reconocer alguna relevancia probatoria a su comprobación posterior. En el caso, no se trata de elementos fácticos que solamente hubieran sido conocidos a través de la declaración policial y cuya correspondencia con la realidad se hubiera constatado posteriormente a través de otras diligencias luego incorporadas como elementos probatorios al juicio oral, por lo cual no es posible extraer del contenido de la declaración consecuencias con valor incriminatorio.

Además, cuando se prestan esas dos declaraciones, el recurrente se encontraba en situación de detención incomunicada, lo cual, entre otras cosas, supone la imposibilidad de designar letrado de su elección y de entrevistarse con el letrado de oficio que haya asistido a la diligencia. Esta situación no es constitucionalmente ilegítima en sí misma (STC 196/1987), pero está orientada a proteger y salvaguardar la investigación, y no a provocar una disminución en los niveles de defensa del detenido, más allá de la que se produce como consecuencia necesaria. De todos modos, es una situación en la que el derecho de defensa se debilita, lo que aconseja una valoración cautelosa de las aportaciones contenidas en esas manifestaciones.

En este sentido, puede resultar relevante el cumplimiento de los protocolos establecidos por el juez en el momento de acordarla.

El juez ordenó la grabación de la estancia de los detenidos en sede policial y el reconocimiento forense. Para una utilización legítima del contenido incriminatorio de las declaraciones prestadas en sede policial, será preciso establecer si se procedió al cumplimiento de las previsiones de garantía, valorando cualquier incumplimiento puntual de las mismas. Pero se trata de cuestiones de hecho, sin que en el caso se hayan acreditado incumplimientos relevantes, lo que impide su valoración.

Por otra parte, en la segunda declaración policial consta que el declarante se negó a firmar, lo cual incide negativamente en el valor de la declaración.

En suma, las declaraciones policiales no pueden ser valoradas como prueba de cargo y, en todo caso, los datos aportados que se valoran en la sentencia no eran desconocidos en ese momento, por lo que no es posible extraer consecuencias de su correspondencia con la realidad.

Sentencia 1113/2011, Sala Segunda del TS, de 18 de octubre

Ponente: **Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Tráfico de drogas. Intervenciones telefónicas**

Artículos: **11 Ley Orgánica del Poder judicial; 24 CE y 579 LECrim**

Con cita del Acuerdo plenario de 26 de mayo de 2009 se declara la ilicitud de las intervenciones telefónicas que se derivan de otros procesos y que no pueden ser controladas judicialmente como en el presente caso debido a que no se aportó el correspondiente testimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. Los recurrentes Olegario, Lucía, Sixto y José Augusto denuncian en sus respectivos recursos, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11.1 de la LOPJ, en relación con los arts. 24 y 18.3 de la Constitución, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones A tal efecto argumentan que las diligencias previas con las que se inició este proceso tienen su origen en unas intervenciones telefónicas practicadas en otras causas, según se habría constatado en el curso de la vista oral del juicio merced a las declaraciones testificales de dos funcionarios policiales, pese a lo cual ni las resoluciones en las que se acordó la intervención en las causas precedentes ni la investigación que las precedió fueran aportadas a esta causa.

(...)

Segundo.—1. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 establece lo siguiente:

«En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad».

«En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada».

«Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

Este acuerdo jurisdiccional ha sido después aplicado en diferentes sentencias de esta Sala, algunas de las cuales declararon la nulidad de las intervenciones telefónicas por no haberse aportado a la nueva causa las resoluciones del procedimiento de donde procedían las escuchas que generaron las fuentes de prueba que acabaron operando en el nuevo proceso.

(...)

2. La traslación de los criterios jurisprudenciales precedentes al caso enjuiciado determina la estimación de la pretensión impugnativa de los recurrentes.

En efecto, tal como ya se concretó en el fundamento anterior, fueron dos testigos policiales de la acusación pública los que trajeron a colación en la vista oral del juicio el dato relativo a una causa originaria en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (diligencias previas 196/2001) de la que derivaban las sospechas contra el ahora acusado Sixto. Y una vez que surgió el tema con motivo de esas pruebas testificales, se originó un debate extenso en el plenario sobre la necesidad de que figuraran en la causa las actuaciones que legitimaban las primeras intervenciones telefónicas, debate que llevó al Ministerio Público a aportar al inicio de una de las sesiones del juicio nueva documentación, que determinó la propuesta de las defensas de que se complementara para poder verificar la licitud de las fuentes de la prueba.

Se cumplimenta así el primer requisito que se recoge en la jurisprudencia de la Sala y en el Acuerdo del referido Pleno no jurisdiccional para que prospere la tesis de las defensas que cuestionan las intervenciones telefónicas. Ese primer requisito no es otro que el hecho de haberse planteado el debate en la instancia, descartando así que se incluya sorpresiva y maliciosamente a través del recurso de casación.

Una vez suscitado el debate, los precedentes de esta Sala son claros, y también lo es el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009, en el sentido de que ha de ser

la parte que propuso el medio de prueba la que deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada de las fuentes de las que deriva la prueba practicada.

En el presente caso no cabe duda que las fuentes cuestionadas se hallan vinculadas directamente con la prueba de cargo de que se valió el Ministerio Fiscal para sustentar la acusación. Las intervenciones telefónicas practicadas en el Juzgado Central núm. 5 aportaron las sospechas que sirvieron para investigar al acusado Sixto y para obtener, a partir de las intervenciones de su teléfono, las pruebas de cargo sobre las que se ha sustentado la condena de ese recurrente y de los restantes acusados.

Siendo así, y puesto que no constaban en la causa esas intervenciones telefónicas del Juzgado Central 5 ni tampoco la información policial que las precedió, no debió limitarse la acusación pública a aportar unos documentos totalmente insuficientes e incompletos sino que debió postular, junto con las defensas, que el Tribunal trajera a la causa la documentación que faltaba. Incorporación que, en contra de lo que resolvió la Audiencia y plasmó en su sentencia, ni siquiera suponía en este caso una importante dilación del proceso, puesto que la documentación se hallaba depositada en alguna de las secretarías

judiciales ubicadas en el propio edificio de la Audiencia Nacional.

La omisión de la documentación relativa a las intervenciones de las conversaciones no sólo afecta a la causa que se halla en el origen de todas las investigaciones posteriores (diligencias previas 196/2001 del Juzgado Central 5), sino que también concierne a la causa del mismo juzgado que se cita en el informe policial de 12 de mayo de 2001 (previas 264/1999), e incluso a las diligencias previas 118/2001, del Juzgado de Instrucción núm. 1, en lo que respecta a las intervenciones telefónicas comprendidas entre los meses de mayo y julio del mismo año, intervenciones que tampoco constan en la presente causa.

(...)

Siendo así, y ante la falta de la resolución legitimadora de la fuente de prueba con que se ha abierto este proceso y de la documentación en que se sustenta, solo cabe declarar, en principio, la ilicitud de las intervenciones telefónicas y de las pruebas testificales y documentales que directa o indirectamente se derivaron de las mismas, al haberse infringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 11.1 de la LOPJ).

Sentencia 1092/2011, Sala Segunda del TS, de 19 de octubre

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Estafa y apropiación indebida. Condena en costas**

Artículos: **123, 124, 248 y 253 Código Penal y 240 LECrim**

Estafa y apropiación indebida: Se detiene la Sala sobre los requisitos que se precisan para la imposición de costas por temeridad o mala fe, señalando que exige algo más que el simple distanciamiento de las tesis suscritas por la acusación oficial y concretando lo que debe entenderse por tal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

4. (...)

Aduce la defensa que la condena en costas de la acusación particular no se ajusta a las exi-

gencias legales impuestas por los preceptos que se dicen infringidos. Además, la justificación para la condena se asocia al distanciamiento de la acusación particular respecto de las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal, lo que es contrario a nuestro sistema procesal, que no im-

pone una subordinación de las acusaciones particulares respecto del criterio del Fiscal.

El motivo tiene que ser estimado.

En principio, la recurribilidad de la condena en costas, basada en la discrepancia respecto de la ponderación que sobre la temeridad o mala fe haya llevado a cabo el Tribunal *a quo*, está hoy fuera de dudas (cfr. STS 387/1998, 11 de marzo). El art. 240.3 de la LECrim que el recurrente considera infringido asocia la condena en costas a la acusación particular al hecho de que resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

No es tarea fácil la fijación de un criterio seguro para discernir cuándo puede estimarse la existencia de temeridad o mala fe. La doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que no existe un concepto o definición de la temeridad o la mala fe, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada supuesto concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querella, a sabiendas de que el querellado no ha cometido el delito que se le imputa (cfr. SSTs 46/2007, 30 de mayo, 899/2007, 31 de octubre y 37/2006, 25 de enero).

Como regla general, el simple dato de la disparidad de criterio entre el Fiscal y la acusación particular se ha considerado insuficiente para fundamentar la condena en costas por temeridad (STS 754/2005, 22 de junio). Y es que cuando el Ministerio Fiscal ha solicitado la libre absolución, ello no significa que toda pretensión acusatoria de la acusación particular sea inconsistente (STS 94/2006, 30 de enero), pues la disparidad de criterios entre el Fiscal y la acusación particular en relación al resultado valorativo de la prueba practicada, en modo alguno puede considerarse suficiente para imputar a esta parte procesal una actitud maliciosa, temeraria o absolutamente injustificada en el ejercicio de la acción penal (STS 753/2005, 22 de junio).

Pero no faltan casos en los que la jurisprudencia enlaza esa temeridad con el hecho de impulsar a solas un procedimiento respecto del que el Ministerio Fiscal interesa un pronunciamiento absolutorio que, además, es luego acogido por el Tribunal de instancia (cfr. STS 361/1998, 16 de marzo).

Sin embargo, este último criterio, siendo singularmente indicativo, no puede erigirse en definitivo. De hecho, la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular. Para ello se hace preciso una resolución jurisdiccional habilitante del Juez de Instrucción —en el procedimiento abreviado así lo impone el art. 783.1 LECrim— en la que aquél ha de valorar la procedencia del juicio de acusación y atribuir al imputado la condición de acusado en la fase de juicio oral. Con carácter previo, se hace indispensable una resolución de admisión a trámite de la querella que, por más que se mueva en el terreno del razonamiento meramente hipotético, supone un primer filtro frente a imputaciones manifiestamente infundadas (art. 312 LECrim). A lo largo de la instrucción se practican diligencias de investigación encaminadas a determinar la naturaleza de los hechos y la participación que en ellos haya tenido el imputado (arts. 299 y 777 de la LECrim). Y si, pese a ello, el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba *ex post* para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales. Es cierto también que la temeridad puede ser sobrevenida y que la actuación procesal de la acusación particular en el plenario se haga merecedora de la condena en costas. Sin embargo, si así acontece, el Tribunal *a quo* ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas.

De ahí que la obtención de un criterio seguro desaconseje aferrarse al aval institucional

que, en función de los casos, aporta a cada una de las pretensiones, en las distintas etapas del procedimiento, el criterio del Ministerio Fiscal. No se cuestiona la sujeción del órgano de la acusación pública a los principios constitucionales que informan su actuación (art. 124 CE). Pero tampoco puede ponerse en duda que nuestro sistema procesal no contempla una subordinación funcional de la víctima que ejerce la acción penal al criterio institucional del Ministerio Público. La imposición de costas por temeridad o mala fe exige algo más que el simple distanciamiento de las tesis suscritas por la acusación oficial. Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal

al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.

En el presente caso, sin embargo, la probada existencia de la entrega de importantes cantidades de dinero para unas inversiones, más allá de que las pruebas aportadas en el plenario hayan determinado un desenlace absolutorio, hace explicable el afán de los perjudicados por recuperar las sumas dinerarias proporcionadas al querellado.

En la medida en que nada de esto consta en el FJ 3.º de la sentencia recurrida, en el que la Audiencia Provincial ha justificado la imposición de las costas por la temeridad que implica el no acatamiento de las tesis de la acusación pública, se está en el caso de estimar el motivo, con la consiguiente consecuencia de suprimir la condena en costas en la instancia.

Sentencia 1060/2011, Sala Segunda del TS, de 21 de octubre

Ponente: **Julían Sánchez Melgar**

Resumen: **Refundición de condenas. Abono de prisión provisional**

Artículos: **58 y 76 Código Penal y 988 LECrim**

Siguiendo el criterio de la STS 208/2011, de 28 de marzo, recogida en el núm. 34 de la Revista de Derecho Penal, se combina el criterio trazado por la STC 57/2008, de 28 de abril, en lo que se refiere a la imputación de la prisión provisional a distintas causas y la denominada «doctrina Parot», relativa al cómputo de máximo de cumplimiento de las distintas penas impuestas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El argumento del Auto impugnado es que al tratarse de una pena de privación de libertad impuesta como consecuencia de una refundición anterior de condenas que superan el límite de los 30 años de prisión, esta circunstancia debe absorber todas las vicisitudes parciales del cumplimiento individualizado de cada una de ellas, así el doble cómputo únicamente podría aplicarse a la pena parcial del procedimiento en el que se produjo la coincidencia objeto de atención, pero la refundición de la pena y el establecimiento del límite de los 30 años, se produce únicamente con la pena resultante.

Doctrina reiterada de esta Sala establece que la aplicación del tiempo sufrido en diferentes prisiones preventivas se hará en cada una de las penas impuestas en sus respectivos procedimientos, y no sobre el total de su máximo de cumplimiento (por aplicación de la regla que se disciplina en los arts. 75 y ss. del CP). Así, la STS de 11 de febrero de 2011 determina: «*Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra manera, se es-*

tablece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS 1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ».

En lo referente al cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de «acumulación de condenas» (arts. 75 y ss. del CP), 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 cómputo 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 CP, 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 CP.

Con la nueva regulación del art. 58.1 del CP 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 esta 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 CP 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 precepto al tiempo de comisión de los hechos (STC 58/2008, de 28 de abril).

(...)

Tercero.—(...)

Decíamos en la STS 197/2006, que «*es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una “refundición de condenas”, sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (TR 1973).*

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante», en el sentido del limitación penológica, claro es.

Este mecanismo se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 CP 1973 y art. 73 CP 1995); 2) la ejecución sucesiva de las

mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1.^a CP 1973; art. 75 CP 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2.^a CP 1973; art. 76 CP 1995).

Consecuentemente, en un caso similar a éste, la STS 208/2011, de 28 de marzo de 2011, declara lo siguiente:

«... 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 de-*

rogado 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 el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, ya destaca que debe actuarse conforme a la doctrina resultante de la STS 28-3-2011 (citada), «según la cual en el caso de diferentes aplicaciones de prisiones preventivas la reducción del tiempo de cumplimiento será en cada una de las penas impuestas, sin que resulte de aplicación sobre el máximo de cumplimiento».

De ello se deduce, que es más beneficiosa para el penado la aplicación de la denominada «doctrina Parot» que la negativa a los abonos correspondientes de la prisión preventiva en cada uno de las causas en donde se haya en efecto acordado tal medida cautelar, y buena prueba de ello es el recurso del reo, a pesar de «las críticas o cuestionamientos que pudiera suscitar la referida STS 197/2006», como se lee en el Auto recurrido, no por sus razones jurídicas de fondo, «sino por lo que pudieran constituir pérdidas de carácter retroactivo de beneficios penitenciarios», que, como veremos no lo son. Hemos también de dejar constancia a estos efectos del endurecimiento legal que se produce con la modificación operada por LO 7/2003, pues tras elevar los límites de cumplimiento efectivo (del básico de 20 años) a los ahora dispuestos en 25, 30 o 40 años, se ordena, a renglón seguido, en el art. 78 del Código penal, que «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias», señalando a continuación que «dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del art. 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas».

Ahora bien, también queremos dejar constancia que el límite de treinta años en este caso, o el límite que proceda en otros, ha de ser intangible cualquiera que sean las vicisitudes que haya atravesado el finalmente penado (encontrarse, o no, en situación de prisión provisional), de manera que tal cómputo que es un límite infranqueable, no pueda ser traspasado en función de las circunstancias o avatares procesales del caso, por lo que el tiempo sufrido en prisión por las distintas

causas en donde se proceda a la determinación de tal límite máximo de cumplimiento no sea desigual para unos o para otros, en función de las diversas prisiones provisionales a que se hayan visto sometidos, de manera que al transcurso del mismo, se proceda al licenciamiento definitivo del penado, pudiendo en estos casos computarse el día del ingreso en prisión preventiva como fecha de inicio del cumplimiento de la pena, pues a todos los efectos se le abona con tal finalidad.

Sentencia 1125/2011, Sala Segunda del TS, de 2 de noviembre

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

Resumen: **Acción civil. Renuncia**

Artículos: **108 y 110 LECrim**

De entre las diversas cuestiones abordadas por la Sala en esta sentencia, se recoge la relativa a la renuncia a la acción civil válidamente efectuada por su titular y, sin embargo, no atendida por el Tribunal de instancia lo que conduce a la estimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El motivo quinto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación de lo dispuesto en los arts. 110 y 112 LECrim, por cuanto no cabe condena a indemnización en concepto de responsabilidad civil cuando la víctima o el perjudicado han renunciado a ella de forma expresa, y en el presente caso consta en el acta del juicio, cómo la víctima Apolonia ha renunciado de forma expresa a cualquier indemnización que pudiera corresponderle por las lesiones sufridas, al haber manifestado «no quiere que su sobrina la indemnice. No quiere nada».

Constando por tanto, renuncia expresa de la víctima a cualquier indemnización no procede la condena a la acusada al pago de cantidad alguna en concepto de indemnización por responsabilidad civil.

La comisión de cualquier ilícito penal trae consigo el nacimiento de la acción orientada al castigo del culpable. Acción que podría ser efectuada a través de los propios órganos del Es-

tado —acusación pública— o directamente por los particulares (acusación privada y acusación particular) en atención a la naturaleza del ilícito cometido.

Por el contrario, la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

No existe un poder de disposición sobre la acción penal en manos de los particulares en los delitos públicos, semipúblicos o semiprivados, aunque quede a su libre determinación todo lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, que continúa siendo una cuestión de esa naturaleza aunque la reparación se pretenda y se acuerde en la vía penal, lo que ocurrirá siempre

que no exista una previa renuncia o reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado.

Por tanto, por lo que respecta a las acciones civiles, cualquiera que sea la naturaleza del delito del que procedan, la renuncia del ofendido extingue las mismas que, desde ese momento, no podían ya ser ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS 13/2009 de 20-1). La renuncia por el perjudicado a esta clase de acciones tendrá los mismos límites que aparecen impuestos por el ordenamiento privado —interés o el orden público, perjuicio de terceros (art. 6.2 C. Civil, STS 1004/2005, de 28-5; 39/2007, de 15-1)—.

En definitiva —como precisa la STS 1045/2005, de 29-4—, debe significarse que así como la acción penal por delito o falta que dé lugar a procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia del perjudicado, sí se extinguen, como consecuencia de la renuncia, las acciones civiles cualquiera que sea el delito o falta de que proceden (arts. 106.1 LECr.).

Del mismo modo, el art. 109.2 CP contempla la posibilidad de la renuncia al ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el cargo del proceso penal en armonía con el criterio doctrinal de que, aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que con consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad, que establecen los arts. 106 y ss. de la LECr. y el de reserva para ejercitarla en el procedimiento civil una vez concluido el de naturaleza penal, que previene el art. 112 LECrim: la responsabilidad civil se rige por el principio dispositivo, la renuncia equivale a su extinción (STS 535/2006, de 3-5).

Ahora bien, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la Ley Procesal penal,

en concreto por el art. 108, que requiere que el ofendido renuncie «expresamente» a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo en el art. 110 en que es menester de este derecho se haga en su caso de una manera «expresa y terminante», lo que no acontece en casos de no ratificación judicial de renunciaciones en sede policial, y en incomparecencia al acto del juicio oral que no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio a la acción civil, renuncia que debe ser expresa y terminante (STS 1045/2005, de 29-9). Por ello, los actos de renuncia deben entenderse de un modo absolutamente restrictivo, inexistencia: documento en el que consta que la perjudicada desiste de acciones pero no expresa la renuncia de derecho (STS 6/2008, de 23-1).

Sí se aprecia en la perjudicada que en su primera declaración manifestó «no reclamar las acciones civiles», sin tratamiento de la cuestión en juicio oral. Improcedencia de la responsabilidad civil (STS 1996/2003, de 13-11). En efecto, se trataba de interpretar el sentido de la expresión que acaba de producirse. Y teniendo en cuenta que reclamar equivale a «pedir», es advertible en aquella una decisión de «no pedir» indemnización, por contraste con la decisión de instar la persecución penal. Por tanto, de modo diferencial de manifestar la propia actividad de cada uno de los dos planos (civil y penal) de la causa, sólo puede interpretarse como efectiva renuncia a la indemnización que, como se dice en la STS 30-10-2001, no está sujeta a una forma especial, bastando con que se expresa con claridad suficiente.

Situación que sería la del caso analizado en el que los términos empleados por la perjudicada («no quiere que su sobrina la indemnice, no quiere nada») son inequívocos en orden a aquella renuncia.

El motivo, en consecuencia, debería ser estimado.

Sentencia 1162/2011, Sala Segunda del TS, de 8 de noviembre

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Delito contra el medio ambiente. Principio acusatorio**

Artículos: **325 Código Penal, 24 CE y 732, 741 y 742 LECrim**

Delito contra el medio ambiente. Se expone la doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio, deteniéndose especialmente en la debida congruencia que debe mediar entre el escrito de acusación y la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Sobre el contenido del escrito de conclusiones provisionales no existe mucha jurisprudencia. Sí destacamos la Sentencia 2906/1993 de 22 de diciembre, en la que se afirma que lo relevante en el mencionado escrito de conclusiones no es tanto el mero hecho natural o relato de un acontecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar, lo que quiere decir que del hecho de la vida objeto del proceso han de tomarse en cuenta y ser fijados en el momento de la acusación aquellos extremos fácticos que integran el sustrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quienes se imputan tales hechos.

A partir de ahí, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/2003, de 13 de febrero, «la información a que tiene derecho el acusado tiene por objeto los hechos considerados probados, de modo que sobre ellos recae primordialmente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral, pero también la calificación jurídica de los hechos fijada por las actuaciones, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.

Esta consideración del contenido del escrito de conclusiones se constituye en la clave de bóveda del sistema acusatorio. De su contenido dependerá lo que vayamos a considerar el objeto del proceso, unos de los temas mas vidriosos del proceso penal y clave para entender instituciones básicas del sistema, como la competencia, en sus distintas manifestaciones, el contenido del principio acusatorio, la cosa juzgada, etc.,

pues a diferencia del proceso civil, en el que el objeto se fija desde su inicio, en la demanda y, en su caso, en la reconvenición, en el proceso penal, el objeto del proceso se va construyendo con los sucesivos actos procesales. Así la denuncia, que determina una competencia, el auto de procesamiento o de inculpación, según el proceso en el que se tramita, los escritos de conclusiones provisionales y el de definitivas, que van enmarcando el objeto hasta la sentencia final que se dicta.

Pues bien, el escrito de conclusiones de las partes es un elemento esencial en la delimitación del objeto del proceso, de manera que no puede ser rebasado por el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, no puede referirse a hechos distintos ni contener una calificación de los hechos distinta de la que fue objeto de los escritos de calificación, a salvo de los supuestos de homogeneidad delictiva. No se exige una correspondencia absoluta y milimétrica, sino que el escrito de la acusación, y, en su caso, el de la defensa, en cuanto enmarcan el objeto del proceso, deben ser claros y precisos en la exposición del hecho sometido a enjuiciamiento, expresando los elementos fácticos esenciales y que permitan la subsunción de los hechos en el precepto penal que invocan como título penal de acusación.

La comparación de los escritos de acusación, en este caso el del Ministerio fiscal, y el hecho probado, no presentan una variación sustancial, ni, consecuentemente, una vulneración de la acusación, de manera que para la defensa haya podido ser sorpresivo el relato fáctico de la sentencia que recurre. El escrito de la acusación del Ministerio fiscal, el de conclusiones provisionales con sus añadidos efectuados en las conclusiones definitivas, además de identificar a los sujetos contra los que dirige la acción, refieren las conductas de cada

uno. Concretamente se señalaba que «los vertidos y depósitos que se efectuaban contenían sustancias catalogadas como tóxicas y peligrosas algunas directamente, como los metales pesados, y otras de manera indirecta al mezclarse entre las mismas». Se recoge la producción de lixiviados y las analíticas efectuadas que se recogen en el hecho probado. Además, la producción de riesgo de incendios y explosiones, todo como consecuencia de la desorganización en la gestión de los residuos, con incumpli-

miento de la normativa precisa. El que el relato fáctico de la sentencia concrete los efectos derivados de la mezcla de materia orgánica y los restantes elementos de los vertidos, la producción de lixiviados, o la producción de gases, metanogénesis, no son más que concreción de lo que era objeto de la acusación y que se ha concretado en el juicio oral mediante las periciales practicadas que han permitido concretar, aún más, el objeto del proceso que, como se ha dicho, es de limitación progresiva.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 105/2011, AP Huesca, de 25 de mayo

Ponente: **Antonio Angós Ullate**

Resumen: **Medida cautelar de alejamiento. Abusos sexuales sobre una menor**

Artículos: **15 y 39 CE y 158 Código Civil**

Se trata de un procedimiento penal por supuestas agresiones sexuales del abuelo paterno a su nieta; la Audiencia no descarta una situación objetiva de riesgo para la niña mientras se desarrolla la investigación, siendo prioritario evitar cualquier peligro para la menor cuyo interés es siempre prevalente. Sobre esta base, la Sala estima el recurso y adopta la medida de alejamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—A la vista del contenido y de la propia súplica del recurso de apelación, la ahora apelante interesa en esta segunda instancia la adopción de la medida cautelar de alejamiento del abuelo paterno respecto de la menor (de tres años de edad en esta época) y no mantiene la petición sobre la medida relativa a la restricción del régimen de visitas del padre.

Segundo.—Al respecto, nos encontramos en este caso con un procedimiento penal que todavía sigue abierto por supuestas agresiones sexuales del abuelo paterno de la niña, las que habrían sido exteriorizadas por la menor, de un modo u otro, no solo ante la denunciante —su madre—, sino también ante algunos de los profesionales que han emitido los diversos informes que constan en el testimonio de particu-

lares remitido. Sentado lo anterior, y como con acierto expresa el Ministerio fiscal al adherirse al recurso, no podemos descartar una situación objetiva de riesgo para la niña mientras se desarrolla la investigación, en la que lo prioritario es evitar cualquier peligro a la menor, cuyo interés siempre es prevalente, teniendo en cuenta que, en caso contrario, el inculpado podría seguir estando solo en compañía de su nieta mientras está incurso en un procedimiento penal como el que nos ocupa.

Sobre la base de todo ello, y sin prejuzgar cuanto en su día pueda ser definitivamente decidido, nos parece oportuna la adopción de la medida de aproximación o alejamiento interesada, conforme al artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los términos que vamos a indicar.

Auto 73/2011, AP Segovia, de 26 de mayo

Ponente: **María Felisa Herrero Pinilla**

Resumen: **Recurso contra el auto de sobreseimiento. Indicios suficientes**

Artículo: **790 LECrim**

Considera la Audiencia que obran en las actuaciones elementos indiciarios suficientes como para entender que el denunciado podría haber cometido más de un ilícito penal, lo que provoca que el recurso haya de ser estimado a fin de que, por el instructor, se continúe con la tramitación del procedimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Sostiene el denunciante que hay suficientes indicios de que el denunciado pudiera haber cometido un ilícito penal, por lo que solicita que se deje sin efecto la anterior resolución y se continúe con la tramitación de las diligencias, bien como procedimiento abreviado o bien como juicio de faltas.

Por su parte el Ministerio Fiscal, que en anteriores informes estuvo conforme con el archivo del procedimiento, se ha adherido al recurso de apelación, estimando que los hechos denunciados podrían constituir un delito de resistencia a agentes de la autoridad en concurso con dos faltas de lesiones dolosas, además de un delito o falta de hurto de uso de vehículo de motor.

Segundo.—Sin que sea éste el momento de realizar una calificación jurídico-penal de los hechos denunciados, lo cierto es que de todo lo

instruido se desprende que podríamos estar en presencia de varios ilícitos penales, imputables a Pedro. En las declaraciones del denunciante y del testigo Luis Pedro, se recoge que el denunciado cogió el vehículo del primero sin su permiso, aprovechando que dormía, colisionando después contra un muro y provocando daños cuya reparación ha sido valorada por perito.

Por otro lado, y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, resulta que durante la actuación de la Guardia Civil tras la denuncia, el Sr. Pedro opuso fuerza física contra los agentes, llegando a lesionarlos, insultarlos y amenazarlos, circunstancias que habrían sido confirmadas por el dueño del local donde ocurrieron los hechos.

En definitiva, obran en las actuaciones elementos indiciarios suficientes como para entender que el denunciado podría haber cometido más de un ilícito penal, lo que provoca que el recurso haya de ser estimado a fin de que por el Instructor se continúe con la tramitación del procedimiento.

Auto 74/2011, AP Segovia, de 26 de mayo

Ponente: **María Felisa Herrero Pinilla**

Resumen: **Suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad. Requisitos**

Artículos: **80 y 81 Código Penal**

Afirma la Audiencia que, al margen de la interpretación que se dé a la circunstancia prevista en el artículo 81.1 del Código Penal, lo cierto es que, como se razona en el auto impugnado, la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena es potestad del tribunal sentenciador, pues, aunque se den los requisitos del citado precepto, el juez ha de valorar otras circunstancias como la peligrosidad o la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los motivos esgrimidos por el recurrente no pueden ser atendidos. Al margen de

la interpretación que se dé de la circunstancia prevista en el art. 81.1 del Código Penal, lo cierto es que, como se razona en el auto impugnado, la concesión o no de la suspensión

de la pena es potestad del tribunal sentenciador conforme refleja el párrafo primero del artículo 80.1 C.P. Es por ello que aunque se den los requisitos del art. 81, el juez ha de valorar otras circunstancias concurrentes en el condenado antes de decidir si le otorga o no el privilegio de la suspensión, y muy especialmente la peligrosidad criminal del sujeto, así como la existencia de otros procedimientos penales contra éste (art. 80.1 párrafo segundo).

En el caso de autos el recurrente fue condenado por un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada (hasta cinco robos distintos), constando, así mismo, que se han seguido contra él diversos procedimientos, al menos el que

dio origen a la sentencia de 4 de marzo de 2008. Por consiguiente, se entiende bien denegada la suspensión de la condena impuesta.

Tercero.—Se alude también por el recurrente a la sentencia de incapacidad recaída el 22 de junio de 2009. Al respecto, debe compartirse el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal, por cuanto la sentencia penal actualmente en ejecución fue declarada firme el 25 de agosto de 2009.

Ello nos lleva a confirmar la decisión de la instancia, entendiéndose de aplicación lo dispuesto en el art. 60 y debiendo ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que valore aquella circunstancia a efectos del cumplimiento de la pena de prisión.

Sentencia 177/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo

Ponente: **Fernando Pizarro García**

Resumen: **Valoración de la prueba de la declaración del denunciante. Falta de lesiones**

Artículos: **617 Código Penal; 24 CE y 741 LECrim**

No aprecia la sentencia de apelación error diáfano e importante en la valoración de la prueba realizada en el Juzgado de Instrucción. No estima, pues, las alegaciones referentes a la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* y el error en la valoración de la prueba y confirma la condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En primer lugar, que, cuando la cuestión debatida a través de recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia en uso de las facultades que le confiere nuestro Ordenamiento Jurídico (artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 117.3 de la Constitución Española) y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete conducen a que, por lo general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez a cuya presencia se practicaron, y ello, porque es dicho Juzgador *a quo* quien goza

del privilegio de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente las pruebas (ya sean las de la instrucción, las anticipadas, las preconstituidas, o las del artículo 730 de la Ley Procesal Penal), todo lo cual, sin duda alguna, tiene una trascendencia fundamental en lo que afecta a la prueba testifical (modo de narrar los hechos, expresión, comportamiento, dudas, rectificaciones, vacilaciones, seguridad, coherencia etc.) y a la del examen del acusado, y no tanto respecto de la valoración del contenido de documentos o informes periciales, pues en principio nada obstaría una nueva valoración de los mismos en la segunda instancia.

Y, en segundo término, que, consecuentemente con lo expuesto, cabe concluir que sólo es posible revisar la apreciación probatoria he-

cha por el Juez de instancia en los siguientes casos: 1.º, cuando con carácter previo al proceso valorativo no exista prueba objetiva de cargo válidamente practicada, en cuyo caso se vulnera el principio de presunción de inocencia; 2.º, cuando, existiendo tal prueba, la apreciación de la misma no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el Juez tuvo con exclusividad, es decir, cuando no dependa de la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídos solamente por el Juzgador, y 3.º, cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud —razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario—, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia, labor de rectificación esta última que, además, será más difícil cuanto más dependa la valoración probatoria a examinar de la percepción directa que se tiene en la instancia, pero no imposible cuando las pruebas valoradas se hayan practicado sin observancia de los principios constitucionales o de legalidad ordinaria. Es por ello por lo que si la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinaria y su interpretación no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes por contrarias a las evidencias de su resultado, el Tribunal *ad quem* no debe alterar las apreciaciones llevadas a cabo por el Juzgador *a quo* en la valoración de la misma pues una cosa es el derecho a la presunción de inocencia y otra distinta el derecho al acierto del Juez cuando interpreta la norma y valora la prueba.

Partiendo de la recordada doctrina jurisprudencial, el motivo ahora analizado no ha de tener acogida por cuanto quien ahora resuelve en esta alzada estima que la sentencia apelada es consecuencia de una prueba en cuya valoración no se aprecia aquel claro error que, habida cuenta su magnitud y diaphanidad, haría necesaria una modificación de la realidad fáctica establecida en dicha resolución, no pudiendo, por ello, acoger la tesis del apelante por cuanto el mismo, sin poner de manifiesto qué pruebas de carácter objetivo demuestran un posible error en la valoración

de la prueba, se limita a sustituir la credibilidad que, tras valorarlas con las ventajas que le proporcionó la inmediación, le merecieron a la juez de Instancia las manifestaciones del denunciante, de los denunciados y del testigo por las que le merecen al propio apelante, sustitución que no resulta posible por cuanto ello implicaría modificar una realidad fáctica (la establecida en la sentencia apelada) sobre la base, no de un manifiesto o claro error en la valoración de la prueba, sino de la interpretación subjetiva que la parte apelante hace de una prueba no practicada ante quien ahora resuelve (de cuyo alcance queda fuera uno de los elementos claves para su interpretación o valoración como es la inmediación), no quedando sino subrayar, por una parte, que no hay en autos dato alguno que permita suponer o sospechar que tanto el denunciante como el testigo decidieran, caprichosa, arbitraria y falazmente, atribuir a Cayetano (a quien no conocían) una agresión que en realidad no había ejecutado, y, por otra, que, habiendo, pues, de considerarse acreditado que el referido acusado dio un puñetazo en la cara a Eleuterio, la relación de causalidad entre dicha agresión y la lesión sufrida por éste puede inferirse fácilmente si se tiene en cuenta, primero, que dicha lesión es compatible con la indicada agresión, y, segundo, que, ocurridos los hechos el día 6 de diciembre de 2009, Eleuterio, según consta en el informe medido obrante al folio 40, el día 7 del mismo mes fue atendido por el doctor Eleuterio, quien, tras diagnosticarle «otitis izquierda», le derivó a la consulta del ORL, quien, el día 18 del mismo mes, diagnosticó «perforación timpánica izquierda».

Tercero.—Se alega también en el recurso «vulneración del principio que rige el ordenamiento jurídico vigente *in dubio pro reo*».

Partiendo de cuanto se ha dicho en el epígrafe anterior, no cabe sino ratificar la conclusión alcanzada por el juzgador de Instancia ya que se basa en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada en el juicio oral, ajustándose el razonamiento deductivo para alcanzar su conclusión a los parámetros de racionalidad y motivación exigibles, por lo que carece de fundamento alegar vulneración del principio *in dubio pro reo* por cuanto su aplicabilidad sólo tiene lugar cuando el juzgador de Instancia de-

cide condenar al acusado a pesar de las dudas manifestadas sobre ello, lo que no ocurre en el presente caso, en el que dicho juzgador, tras la

valoración de la prueba, obtuvo la plena convicción de que Joantan cometió los hechos por los que fue acusado.

Sentencia 178/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo

Ponente: **Fernando Pizarro García**

Resumen: **Valoración de la prueba. Impago de pensiones alimenticias**

Artículo: **227 Código Penal**

Afirma la Audiencia que, tratándose de acreditar de una parte, si el denunciado dejó de pagar la pensión, y, de otra, si tal impago fue voluntario o impuesto por su imposibilidad económica, la Sala estima que la declaración del propio acusado y su hija, por un lado, y la prueba documental por otro, integran prueba de cargo obtenida con respecto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan la práctica de dicha prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—a) Entrando ya en el examen de las alegaciones referidas a la cuestión de fondo, procede analizar en primer término aquella en la que se aduce que Ángel Daniel no ha incumplido la obligación de abonar la pensión estipulada por cuanto ha pagado a su esposa un total de 8.700 euros, cantidad superior a los 4.500 euros correspondientes a los quince meses del periodo comprendido entre diciembre de 2007 y febrero de 2009.

La indicada alegación no puede ser acogida por cuanto, si bien es cierto que ha quedado acreditado que Ángel Daniel abonó a la denunciante 6.000 euros y, según manifestó la hija de dicho acusado, éste entregó a través de ella a su madre cuatro mensualidades (1.200) euros, no lo es menos (1) que los indicados 6.000 euros correspondían al rescate de un plan de pensiones y, por ello, no podían imputarse al pago de la pensión compensatoria; (2) que, en todo caso, y aunque pudiera hacerse tal imputación, no puede olvidarse que dicha suma fue entregada en abril de 2009, esto es, cuando ya se había cometido el delito, con lo que, en tal caso, dicha entrega sólo, podría tener consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil, y (3) que la entrega de 1.500 euros que alega el acusado no puede considerarse acreditada

si se tiene en cuenta que la única prueba practicada al respecto (el testimonio de su hija) carece de eficacia si se tiene en cuenta que, tratándose de un testimonio de referencia, sólo podría considerarse eficaz si el testigo principal (el hijo a través del que, según el acusado, entregó a la madre 1.500 euros) no hubiera podido ser traído a la causa, habiendo de precisarse, por otra parte, que, en todo caso, la realidad de dicho pago es poco creíble si se recuerda, por un lado, que el padre no la adujo en su primera declaración, y, por otro, que padre e hija discreparon en su cuantía, y así mientras aquel dijo que abonó 1.500 euros, ésta manifestó que 1.200 euros.

b) Se alega, en segundo término, que si Ángel Daniel no ha abonado la pensión ha sido porque su situación económica se lo ha impedido.

Tampoco esta alegación ha de tener favorable acogida por cuanto, sin olvidar el hecho de que la supuesta imposibilidad de hacer frente al pago de la pensión pudo, de ser cierta, haberse hecho valer en el procedimiento civil a través de la solicitud de modificación de medidas (que el ahora apelante no instó), ha de tenerse en cuenta, por un lado, que en el periodo comprendido entre septiembre de 2007 y diciembre de 2008 Ángel Daniel no estaba en la situación laboral que se aduce como fundamento de la pretendida imposibilidad, y, por otra, que, después, no obs-

tante haber cobrado el rescate del plan de pensiones (19.518 euros) sólo entregó a la denuncia una parte del mismo (6.000 euros).

c) En lo que atañe, por último, al procedimiento civil abierto por el impago de las pensiones y al hecho de que la denunciante no asistiera al acto de la vista, no cabe sino con-

cluir que se trata de alegaciones que carecen de relevancia desde el punto de vista penal y, por ello, en nada alteran la conclusión obtenida por el juzgador, excepción hecha, claro es, de las consecuencias que en el ámbito de la responsabilidad civil pudiera tener en esta causa lo resuelto en aquel procedimiento civil.

Auto 234/2011, AP Valladolid, de 30 de mayo

Ponente: **Miguel Ángel De la Torre Aparicio**

Resumen: **Incumplimiento del régimen de visitas. Carácter subsidiario del Derecho Penal**

Artículo: **618.2 Código Penal**

En el presente caso no se acudió previamente a la vía civil, sino directamente al proceso penal para resolver cuestiones matrimoniales, sin que los hechos denunciados aparezcan como presuntamente constitutivos de infracción penal alguna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En este sentido, ha de tenerse en cuenta asimismo que las exigencias de taxatividad de los tipos penales imponen una interpretación de los elementos del tipo objetivo que no amplíe desmesuradamente el campo de la infracción. Por ello es preciso entender el tipo de forma que la sanción penal quede reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves o que, al menos, revistan una cierta entidad, excluyendo aquellos otros casos que, aun cuando formalmente pudieran quedar comprendidos en la descripción legal según su sentido literal, vengan integrados por acciones de menor entidad o relevancia desde el punto de vista de la integridad del bien jurídico.

Examinados los hechos denunciados desde esta perspectiva, es de significar que no estamos ante infracciones o incumplimientos del régimen de custodia, tampoco del régimen de visitas, ni de prestaciones económicas o de alimentos, sino que se plantea una presunta inobservancia por el progenitor no custodio respecto de las actividades extraescolares deportivas de los menores, aspecto que si bien ha de ser atendido tal como se recoge en el convenio o resolución que lo apue-

ba (por cierto con elevado grado de minuciosidad y concreción) no representa el núcleo básico y fundamental de las obligaciones familiares derivadas de la separación o divorcio, por lo que tal situación debió exponerse ante el Juez de ejecución civil a fin de tomar las medidas adecuadas, pues es la jurisdicción idónea para el seguimiento de estas medidas y, de constatar incumplimiento, para corregir esas posibles disfunciones.

Así pues entendemos que, en lo referente a estos aspectos, la vía penal opera de forma limitada ante la inoperancia de la civil o cuando la conducta del obligado sea reticente a cumplir esas disposiciones civiles en ejecución de tales medidas.

Bajo tales premisas ha de interpretarse la descripción típica del artículo 618.2 del Código Penal cuando alude al incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en convenio aprobado judicialmente o resolución judicial.

De ahí que como en el presente caso, no se acude a la vía civil previamente sino que directamente se acude al proceso penal para plantear los hechos anteriormente aludidos, y a la vista de su carácter, coincidimos con el Juez de instancia en que los mismos no aparecen como presuntamente constitutivos de infracción penal alguna,

sin perjuicio de que pueda instarse el correspondiente procedimiento de ejecución en la juris-

dicción civil sobre el extremo de las actividades extraescolares de los menores.

Auto 253/2011, AP Zaragoza, de 30 de mayo

Ponente: **Alfonso Ballestín Miguel**

Resumen: **Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. No acudir a la notificación del beneficio**

Artículo: **80 Código Penal**

No obstante haberse acordado la suspensión de la ejecución de la pena, aun sin haberse otorgado audiencia al penado, lo que no es considerado admisible por la Audiencia es que no se le haya podido notificar la suspensión de la condena por no encontrarse el afectado a disposición del órgano judicial sentenciador, pues, entre otras cosas, no se le ha podido hacer saber el plazo de suspensión ni las obligaciones que deba asumir.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Según dispone el art. 80 del Código Penal, para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena ha de atenderse fundamentalmente a la peligrosidad del condenado y a la existencia de otros procedimientos penales contra él, pero ello no significa que no puedan tenerse en cuenta otros motivos, pues, centrándonos en lo que interesa al supuesto que se analiza, no puede ser irrelevante que el condenado no se encuentre a disposición del órgano judicial para el cumplimiento de la pena o la notificación, como es el caso, de la suspensión del mismo. Es más, tratándose de una facultad discrecional, sólo si existía posibilidad de oír al penado se podría haber valorado realmente la oportunidad de concederle el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, aun habiéndose acordado dicha suspensión, al parecer sin tal audiencia, lo que en este momento tampoco se puede considerar admisible es que no se le haya podido notificar

la suspensión de condena por no encontrarse el afectado a disposición del órgano judicial sentenciador, pues, entre otras cosas, no se le ha podido hacer saber el plazo de suspensión ni las obligaciones que debía asumir. Por tanto, si formalmente se le ha concedido a dicho penado el beneficio (como así ha ocurrido en este caso en virtud del auto de 11 de junio de 2010), pero ni siquiera se le ha podido notificar en el domicilio que tenía designado en el procedimiento, la revocación resulta evidente, pues entenderlo de otro modo sería contrario a la interpretación más lógica del espíritu de la institución, procediendo, consecuentemente, conforme a los razonamientos expuestos, y dado que ninguna de las alegaciones contenidas en el recurso de apelación desvirtúan los argumentos del auto revocatorio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, ni tampoco del resolutorio del recurso de reforma, procede desestimar aquel, confirmando ambas resoluciones.

Sentencia 407/2011, AP Valencia, de 31 de mayo

Ponente: **José Manuel Megía Carmona**

Resumen: **Delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes. Inexistencia**

Artículos: **152, 316 y 318 Código Penal**

Delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes: El recurrente no puede ser condenado como cooperador necesario del delito, vistos los deberes que tenía como encargado y la inexistente contribución que tuvo su comportamiento en el consiguiente resultado de peligro para la integridad física y la vida de los trabajadores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—(...)

En resumen, la jurisprudencia ha declarado que cuantos dirigen y se hallan a cargo de la actividad deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con la normativa legal, a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino atendiendo a cada situación con el debido cuidado. Todas estas obligaciones competen a todas aquellas personas que desempeñan funciones de dirección o de mando en la empresa y tanto sean superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, las cuales tienen obligación de exigir a los obreros coactiva e imperativamente el cumplimiento cabal y exacto de las cauteles y prevenciones dispuestas en las normas de seguridad e higiene (SSTS 10 de mayo de 1980, 21 de mayo de 1981, 30 de marzo de 1990) y en ese sentido se pronunció también la SAP Jaén, Sec. 1.ª, de 20 diciembre 2006: «... El encargado o jefe de obra, vino a incurrir en la infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales y no facilitación de los medios necesarios para los trabajadores, que conllevó a derivarse un riesgo y peligro grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores tal y como exige y requiere el Art. 316 del Código Penal, ya que estaba obligado a facilitar las medidas de seguridad, a controlar y verificar que se cumplan los requisitos de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, (sentencias del TS de 26 de Septiembre y de 10 de Abril de 2001, entre otras), y en este caso, se produce el resultado típico por no realizar un comportamiento adecua-

do al no adoptar todos los medios necesarios de prudencia, control y supervisión para evitar el resultado lesivo».

Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta es claro que no se puede afirmar que en el actuar del recurrente pueda encontrarse reproche alguno. Parece, al menos así resulta de la lectura de los hechos y de la magra fundamentación de la responsabilidad del recurrente, que se liquida en el Fundamento de Derecho Primero 3.º donde se asienta en que «no estando presente, debiendo estar, se limitó a mandarlo sin adoptar ni asegurar las medidas de precaución necesarias ni comprobar el cumplimiento de las medidas de precaución necesarias ni comprobar el cumplimiento de las medidas de protección necesarias, que estas eran usadas por los trabajadores».

(...)

Y ello por cuanto el tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal es un delito de omisión —de las medidas de seguridad e higiene adecuadas—, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser —en expresa remisión a la normativa laboral— de normas de prevención de riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo, la redacción del precepto no se interpreta inadecuadamente —sigue diciendo la STS— no excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico o encargado, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario. Por consiguiente, el Tribunal Supremo ha estimado que si bien el calificativo de autor en

sentido estricto no puede aplicarse a los técnicos de una obra por no estar obligados a facilitar o proporcionar los medios idóneos para garantizar la seguridad de los trabajadores, sí pueden estos sujetos ser condenados como cooperadores necesarios en su modalidad omisiva, con la correspondiente equiparación punitiva (art. 28 del CP), en los casos en que con su intervención pudieran evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios, si bien creemos necesario aclarar que desde luego al técnico de seguridad no se le puede castigar por no vigilar o controlar que los trabajadores utilicen los medios que se le proporcionan, sino que el delito de riesgo del art. 316 sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene, pero no el evitar, mediante la vigilancia y el control, que los trabajadores no los utilicen en su labor diaria.

(...)

Decimosegundo.—(...)

Entendemos por lo tanto que el recurrente no puede ser condenado como cooperador necesario del delito del art. 316 del Código Penal, vistos los deberes que tenía como encargado y la inexistente contribución que tuvo su comportamiento en el consiguiente resultado de peligro para la integridad física y la vida de los trabajadores, pues aunque es lógico suponer que por su condición de encargado de los trabajadores tenía la obligación de acudir periódicamente a la misma y debía conocer tanto la situación de la misma, no puede reprochársele que no adoptase medidas correctoras para mitigar

o anular una situación de riesgo que, sencillamente, ignoraba se iba a producir y no podía conocer y ni siquiera intuir, ni por lo tanto evitar, dado lo grueso y soez de la imprudencia que supone actuar como hicieron los lesionados.

Por ello procede, estimando el recurso por su representación interpuesto, dictar Sentencia absolviendo a Florentino de los delitos de que venía siendo acusado. Y ello por cuanto no puede dejar de sostenerse que estamos ante uno de aquellos supuestos, de principio advertidos, en los que un Tribunal de apelación debe entrar a corregir la valoración efectuada por el Juez *a quo*, por cuanto no se ha valorado adecuadamente la actuación del lesionado, sin que por este Tribunal se violente derecho alguno, sino que es riguroso cumplimiento de las facultades devueltas en este recurso.

Lo trascendente es que él también era corresponsable, y el primero de todos, en la observancia de la propia autoprotección, y que sin esta cautela poco valen las medidas de seguridad que puedan establecerse y los órganos de vigilancia de ellas. Y se olvidó de cualquier cautela y llevó a cabo una acción que jamás debió haber acometido, tanto como por no ser esa la manera de acopiar materiales, como por conocer que la plataforma, asimétrica, era algo verdaderamente inestable y que podía irse, como sucedió, al suelo. Y el trabajador con ella.

No cabe apreciar inobservancia o indiligencia alguna en el condenado que, ya decimos debe ser absuelto.

Sentencia 152/2011, AP Madrid, de 2 de junio

Ponente: **María Pilar Rasillo López**

Resumen: **Conducción alcohólica. Presunción de inocencia. Motivación de la pena**

Artículos: **66 y 379 Código Penal**

Delitos contra la seguridad del tráfico: Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Elementos del tipo: Concentración alcohólica e influencia de ésta en la conducción. Necesidad de prueba de este último elemento. Respeto de las garantías formales en la práctica de la prueba de alcoholemia, especialmente la información del derecho a una segunda toma y a un análisis de sangre. Incorporación al proceso en condiciones adecuadas con el respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Motivación de las resoluciones judiciales: Falta de motivación de la pena en la sentencia impugnada. Necesidad de justificar una extensión determinada de la pena. Estimación parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el presente caso, la Juez sentenciadora acogiendo la impugnación de la defensa, excluye del acervo probatorio las pruebas etilométricas realizadas al acusado al no constar la verificación del etilómetro. Sin embargo, la ausencia de pruebas de medición no lleva a un resultado absolutorio: el elemento nuclear del tipo examinado del inciso primero del art. 379.2 CP, por el que viene condenado el acusado, a diferencia del tipificado en el inciso segundo, no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica en la sangre sino en la conducción de un vehículo de motor «bajo la influencia de bebidas alcohólicas», cuya acreditación no queda restringida a determinados medios probatorios (STS de 9 de diciembre de 1987, SSTC 19 de enero de 1989, 25 de noviembre de 1991 y 19 de septiembre de 1994). El requisito central del ilícito requiere la valoración del Juez que deberá comprobar si, en el caso concreto, el conductor se encontraba afectado por el alcohol, para lo cual han de emplearse los distintos medios probatorios obrantes en autos, no siendo imprescindible ni suficiente por sí sola la prueba de impregnación alcohólica; en análogos términos SSTC de 18 de febrero de 1988, 28 y 30 de octubre de 1985, que precisó que el elemento normativo del delito puede quedar evidenciado por la manifestación de signos externos que denoten que se encuentran mermadas las facultades del individuo en el manejo de un elemento peligroso como es un vehículo de motor. Igualmente STC de 23 de septiembre de 1987, mencionando en semejante sentido las STS de 14 de julio de 1993 y STC de 14 de febrero de 1992 que la aludida medición no es el único elemento apto para probar la concurrencia de los requisitos del tipo, siendo también valorables las propias circunstancias que rodearon la conducción (ATC 649/1985) y la declaración del acusado (SSTC 145/87, 89/88, y AATC 62/83 y 1079/87).

En el caso de autos existe prueba de cargo suficiente para considerar acreditado que el recurrente conducía bajo la influencia de las bebidas alcohólicas que había ingerido. Todos los Policías Locales actuantes manifiestan coin-

cidente que aquél presentaba síntomas de embriaguez y que olía a alcohol, lo que solo puede deberse a una previa ingesta de bebidas alcohólicas. Concreta el núm. 116 que era repetitivo, costaba entenderle y parecía dormido; síntomas todos ellos que se hicieron constar en el atestado. Y junto a esta sintomatología, la conducción del recurrente en dirección prohibida y a gran velocidad —aun cuando fuera por breve tiempo y para buscar aparcamiento según intenta excusar el acusado—, revela una desinhibición que solo encuentra su justificación en la merma de las capacidades psicofísicas adecuadas para una conducción y evidenciada en su forma de expresión y en su estado de somnolencia.

Ha de concluirse, en definitiva, que el influjo etílico ha quedado acreditado con la prueba obtenida en el plenario, con todo tipo de garantías procesales por lo que alcanzan pleno valor probatorio, siendo por tanto más que suficientes como para desvirtuar tanto el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución como el de *in dubio pro reo*.

(...)

Tercero.—(...)

Ciertamente, el art. 66 del Código Penal, tras la indicada reforma, ya no hace referencia en su apartado 6.º a la necesidad de razonar en la sentencia los motivos concretos que llevan al Juzgador a fijar la pena en una extensión determinada, pero ello no quiere decir que deba omitirse tal motivación, pues la interpretación contraria implicaría un evidente retroceso en los derechos del justiciable. Por otra parte, no puede olvidarse la garantía que la motivación supone al derecho a la tutela judicial efectiva y que tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica, y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan (SSTC 55/1987, de 13 de mayo; 22/1994, de 27 de enero; 184/1995, de 12 de diciembre; 47/1998, de 2 de marzo; 139/2000, de 29 de mayo).

En este caso la Juez *a quo* impone unas penas ligeramente superiores a las mínimas, justificando no la pena impuesta sino la no impuesta, al decir que la pena lo es en una cuantía cercana a la mínima prevista atendiendo que no se llegaron a causar ningún daño material ni personal. Sin embargo, silencia la razón de por qué se impone una pena ligeramente superior a la mínima pese a esa falta de daños concretos, sin que sea posible que este Tribunal complete la motivación de la sentencia respecto de la individualización de la pena,

dado que el derecho a la tutela judicial efectiva, presupone que el recurrente conozca los motivos de la resolución recurrida para poder combatirlo por vía del recurso correspondiente. El reemplazo de tal motivación en esta instancia dejaría al recurrente sin posibilidad de oponerse mediante un recurso a las razones que aquí fundamenten la pena (STS 285/2010, de 25 de marzo). Lo que nos lleva a la estimación del motivo, fijando las penas mínimas en lugar de las más elevadas y faltas de motivación de la sentencia de la instancia.

Sentencia 619/2011, AP Madrid, de 3 de junio

Ponente: **Carlos Agueda Holgueras**

Resumen: **Tráfico de drogas. Cantidad de notoria importancia**

Artículos: **368 y 369 Código Penal**

Tráfico de drogas. Sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia. Características típicas: Delito de peligro abstracto. Elementos: Objetivo (posesión o tenencia de drogas) y subjetivo (ánimo de su destino al tráfico). Necesidad de prueba indiciaria para acreditar el elemento subjetivo. Cantidad de notoria importancia: Apreensión de 500 dosis referidas al consumo diario o 750 gramos de cocaína pura. Concurrencia del subtipo agravado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Según reiterada jurisprudencia se induce el fin de traficar con droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pudieran ser la modalidad de la posesión, el lugar en el que se encuentra la droga, la forma de posesión y su disposición, la ocupación de instrumentos adecuados para el tráfico, la capacidad adquisitiva del acusado en relación al valor de la droga, la actitud al producirse la ocupación o la condición o no de consumidor de su poseedor.

En el caso que nos ocupa el procesado era portador, y por consiguiente poseedor, de 1.472,6 g de cocaína con una pureza del 74,5%. Cantidad que ocultaba en cinco planchas en el interior de los dobles fondos de su maleta, con la que había viajado desde Buenos Aires hasta Madrid, y que lo es de notoria importancia.

Al respecto el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, tras disponer que la agravante específica de cantidad de notoria importancia se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario teniendo en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza con la salvedad del hachís y sus derivados, fijó para la cocaína 750 gramos como cantidad a partir de la cual debe operar el subtipo agravado, previsto y penado en el artículo 369.1.5.ª del Código penal.

La naturaleza y composición de la sustancia intervenida viene determinada por el informe emitido por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo (folios 64 a 66 y 68 de las actuaciones), no impugnado por las partes, en el que se detalla el número de muestras recibidas y el resultado de su análisis en gramos y pureza. La cocaína es una sustancia

gravemente perjudicial para la salud incurra en las listas I y IV de la Convención Única de 30 de marzo de 1961 ratificada por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, Convención enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 ratificado por España el 4 de enero de 1977; finalmente fue plasmado en la Convención Única de 1981, recogida por España en la Orden de 11 de marzo de 1981, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el BOE conforme dispone el artículo 1 núm. 5 del

Título Preliminar del Código Civil, y el artículo 96 núm. 1 de la Constitución.

En definitiva, resulta acreditado tanto el elemento objetivo del delito que nos ocupa (esto es, la posesión o tenencia de la sustancia) como el elemento subjetivo o su preordenación al tráfico, admitida por el procesado, debiéndose entender como tal los actos de venta, negocio, ganancia, provecho, donación, invitación, o cualquier otro que suponga promover, facilitar o difundir su consumo; ya sólo la cantidad de droga poseída pone de manifiesto su destino ilícito.

Sentencia 126/2011, AP Murcia, de 17 de junio

Ponente: **Juan del Olmo Gálvez**

Resumen: **Violencia de género. Ausencia de menosprecio a la dignidad de la mujer. Amenazas leves**

Artículos: **74, 171.4 y 620 .2 Código Penal**

Violencia de género. Amenazas en el ámbito familiar. Circunstancias agravantes: Reincidencia. Delito continuado. Valoración de la prueba: El juzgador de instancia alcanza una conclusión razonable, racional y adecuadamente argumentada extraída de las fuentes de prueba. Principios de inmediación y oralidad. Entiende la Sala que el comportamiento del condenado no atendió a un «menosprecio a la condición de mujer de la víctima». El mensaje utilizado no es expresivo de una posición de dominio del hombre sobre la mujer. Aplicación del reproche penal genérico y no el especializado del artículo 171.4 del Código Penal: Falta de amenazas. Estimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La realidad fáctica acreditada y que procede mantener es la plasmada en el relato de Hechos Probados, y en ella no se reseña que el acusado vertiese alguna expresión que proyectase desprecio o menosprecio a la dignidad de la mujer o fuera expresivo de una posición de dominio o exigente de sumisión, antes al contrario, las dos conversaciones reseñadas en el relato de Hechos Probados de la sentencia de instancia no expresan comentario o expresión alguno en tal sentido, ni en la Fundamentación Jurídica de la sentencia se explicita razón que haga pensar en esa posición de dominio o de control sugerida por el Ministerio Fiscal en su dictamen impugnatorio.

Incluso procede señalar que la expresión «zorra» utilizada en el escrito de recurso, escuchada la grabación de la vista oral, no se utilizó por el acusado en términos de menosprecio o insulto, sino como descripción de un animal que debe actuar con especial precaución, a fin de detectar riesgos contra el mismo.

(...)

Cuarto.—En atención a lo expuesto, ante las leves amenazas proferidas según el relato de Hechos Probados, procede apreciar que nos encontramos ante una falta de amenazas continuada del artículo 620.2.º, en relación con el artículo 74, del Código Penal (los que causen a otro una amenaza de carácter leve, tratándose la persona ofendida la mujer del acusado, serán castigados con la pena de localización permanente de 4 a 8 días o de 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad),

que en modo alguno vulnera el principio acusatorio, por cuanto se trata de idéntico sustrato fáctico, atiende al mismo medio comisivo, existe un bien jurídico simple (la tranquilidad psíquica de la mujer) que estaba comprendido o absorbido por la pluralidad de bienes jurídicos que salvaguardaba el artículo 171.4 del Código Penal, y supone una relevante disminución del grado de reproche penal (pena más leve de modo ostensible).

En atención a los extremos que resultan inamovibles de la sentencia de instancia, y considerando la descripción de las conductas y el contexto en que se producen los hechos, en atención al artículo 638 del Código Penal procede imponer la pena de localización permanente, en consonancia con el grado de reproche punitivo derivado de un comportamiento que aunque leve, ha sido plural, con una especial capacidad de persistencia en la voluntad de atentar contra la tranquilidad psíquica de la esposa por parte del acusado. En orden a la extensión de la pena, la misma atendiendo a esos mismos factores (y aunque no procede estimar la agravante de rein-

cidencia del artículo 22.8.^a del Código Penal, pero sí valorar la existencia de ese antecedente penal), procede que sea impuesta en su extensión máxima, de ahí que se imponga, en la extensión de 8 días de localización permanente.

Considerando las circunstancias del caso, la Sala aprecia justificado atender a la previsión legal contemplada en el artículo 57.3, en relación con el artículo 48 del Código Penal (lo que tampoco vulneraría el principio acusatorio, habida cuenta que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular solicitaron en su momento una medida de esas características y así lo adoptó el Juzgado en su sentencia de instancia), en una extensión temporal de seis meses (siendo el máximo legal de la previsión contemplada, pero justificada ampliamente atendiendo al comportamiento del acusado, con desprecio evidente a la tranquilidad psíquica de la esposa, debiendo adoptarse una medida que asegure el núcleo de seguridad psíquica de la víctima frente a futuros comportamientos del acusado respecto a la misma).

Sentencia 530/2011, AP Bilbao, de 27 de septiembre

Ponente: **Reyes Goenaga Olaizola**

Resumen: **Delito contra la propiedad intelectual. Descarga directa gratuita. Valoración de la actividad, no del contenido. Condena**

Artículos: **15 y 17 Ley de Sociedad de la información y comercio electrónico; 20 Ley de Propiedad Intelectual; 270 Código Penal, y 24 CE**

Delito contra la propiedad intelectual: Puesta a disposición de terceros de enlaces de descarga gratuita de música y películas protegidas por derechos de autor, sin autorización, obteniendo ganancias por publicidad. Responsabilidad del prestador de servicios de intermediación: Según la Sala debe valorarse la actividad y no si el contenido enlazado era ilícito. Facilitaban una descarga directa sin llevar al usuario al entorno de intercambio mediante una labor técnica y de alteración de la página. Condena a un año de prisión y multa de catorce meses. Indefensión: No existe a pesar de la ausencia de relato fáctico en la sentencia de instancia. No existe a pesar de la nueva valoración probatoria en segunda instancia sin percepción directa de las pruebas, porque los acusados han podido declarar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO
Cuarto.—(...)

Sin embargo, lo primero que debemos indicar es que la argumentación de la sentencia

no puede ser aceptada pues en definitiva niega la tipicidad de la conducta por dos motivos: por entender que «Internet es un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red elec-

trónica virtual de información y que lo que tal sistema ha venido a permitir ha sido el superar el intercambio tradicional entre particulares de soportes físicos para llegar a un intercambio entre internautas usuarios mucho más rápido y con alcance general de archivos de todo tipo...»; y como segundo argumento indicando que «las páginas a que se refiere nuestro procedimiento no alojaban archivos como tales sino enlaces, ni realizaban directamente la descarga de los mismos», por lo que concluye que no encaja en las conductas del art. 270 CP.

Es evidente que el primero de los argumentos no tiene base jurídica alguna y el hecho de que Internet tenga unas características concretas (como plataforma de comunicación y de transmisión de datos) entre las que puede destacarse la ausencia de controles expresos, el favorecimiento del anonimato, o la facilidad o rapidez; en la conexión y en la comunicación, ello no justifica desde luego que se lesionen derechos o que se atente contra bienes de otras personas, o contra su intimidad, o que se acceda a la información de otro sin la autorización correspondiente, no justifica en definitiva que se lleven a cabo conductas ilícitas.

Y en cuanto al segundo argumento utiliza por el Juzgador, como diremos a continuación, y aun considerando que los archivos no eran descargados en el servidor de los dos acusados, y entendiendo que lo que ofrecía la página eran meros enlaces, la Sala considera que la conducta sí constituye comunicación pública y en tal sentido es típica con arreglo a lo dispuesto en el art. 270 del CP.

Según sostienen los dos acusados ellos no procedían en ningún caso a descargar los archivos en su servidor, se limitaban a reseñar una serie de contenidos que cualquier usuario podría encontrar en las páginas que se utilizan para compartir archivos como Emule o Edonkey. De este modo, señalan, realizaban una labor de intermediación consistente en facilitar enlaces a otros contenidos y tal labor está regulada en el art. 17 LSSI (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico), según el cual tal conducta no lleva consigo responsabilidad alguna por la información o por el contenido, siempre que los prestadores no tengan conocimiento efectivo de

que la actividad a la que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros.

(...)

Pero en el caso que nos ocupa los acusados enlazan con películas o con música. El contenido en sí no es ilícito (podría serlo si alguna de las cintas incluyera contenido pedófilo por ejemplo, pero no es el caso). Y tampoco sería ilícito si lo que hicieran los acusados fuera enlazar con la página p2p de intercambio privado de archivos. Si el enlace fuera a la página p2p los acusados estarían dando acceso a una página cuya actividad no es ilícita, puesto que como ellos mismos han indicado, la actividad de compartir archivos no se ha considerado ilícita por los tribunales (desde el punto de vista del usuario que participa en el intercambio de archivos).

Pero en nuestra opinión el enfoque es incorrecto: no se trata de valorar si el contenido al que acceden es ilícito, sino de valorar su actividad, es decir, si con su actividad los acusados realizaban un acto de comunicación pública. Dicho de otro modo, aunque consideremos la labor de los acusados como de intermediación, lo que solo puede ser entendido en nuestra opinión en un sentido muy amplio del concepto, entendemos que el art. 17 de LSSI al que se remiten las defensas no es el más adecuado para regular la responsabilidad de los dos acusados puesto que, como hemos visto, lo relevante en este caso no es la licitud o la ilicitud del contenido, sino su actividad.

Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en «descargar» realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en «descargar» accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de

ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la licitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación. Pero compartimos con los recurrentes que se trata más bien de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos p2p y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros.

(...)

Quinto.—Una vez establecido todo lo anterior y dado que la Sala entiende que los recursos deben ser estimados, consideramos que los dos acusados son autores de un delito relativo a la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270.1.ª CP.

En cuanto a la determinación de la pena y a pesar de que las acusaciones tanto pública como privadas han solicitado la pena en su extensión máxima, esta Sala no aprecia circunstancias agravatorias que justifiquen esta imposición. Consideramos que sí debe tenerse en cuenta el volumen de obras ilícitas que se reproducían

gracias a la acción de ambos acusados, lo que incrementa en nuestra opinión la gravedad de la conducta. Teniendo ello en cuenta consideramos adecuada la pena de un año de prisión para cada uno de los acusados y multa de catorce meses. En cuanto a la cuota multa y dado que ninguno de los acusados es insolvente sino que mantienen actividades retribuidas resulta adecuada la cuota de 12 euros solicitada por el Ministerio Fiscal.

Sexto.—En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, la cuestión no ha quedado suficientemente aclarada en cuanto a su determinación concreta. Entiende la Sala que no hay duda de que se ha causado un perjuicio a las compañías productoras de cine y distribuidoras de música afectadas, perjuicio que debe corresponderse en principio con los ingresos dejados de obtener por la reproducción lícita de las obras. Consideramos, como han solicitado tanto el Ministerio Fiscal como una de las acusaciones recurrentes, que la fijación de ese perjuicio debe determinarse en ejecución de sentencia.

Finalmente y tal como solicitan todas las acusaciones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 272 CP en relación con el art. 138 y 139 LPI, procede acordar el cese de la actividad de ambas páginas web. Y el comiso de los efectos ocupados y de las ganancias obtenidas.

Sentencia 507/2011, AP Valencia, de 4 de octubre

Ponente: **Inés María Huerta Garicano**

Resumen: **Descubrimiento y revelación de secretos. Atenuante analógica**

Artículos: **21 y 197 Código Penal**

Descubrimiento y revelación de secretos. Acceso a la historia clínica de un familiar, valiéndose de la condición de enfermera de la autora, y posterior información a otro familiar. Conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y existencia de dolo en su proceder. Eximente de estado de necesidad: Existencia de peligro real, efectivo, grave e inminente. Atenuante analógica: Proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción de la acusada. Pena de multa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—La defensa de la acusada solicita la aplicación de forma conjunta o alternativa de la

eximente de estado de necesidad, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y error de prohibición invencible.

En ningún caso se acredita la existencia de esta situación de necesidad derivada de la existencia de un bien en peligro real, efectivo, grave e inminente. Se ha pretendido en este procedimiento intentar acreditar que la querellante padecía determinadas patologías que vendrían a demostrar una situación de riesgo para los sobrinos de la acusada que justificaran su proceder. Nada más lejos de la realidad. La aportación el día del juicio de un informe pericial psiquiátrico que concluye con un juicio diagnóstico determinado no puede tener los efectos pretendidos por la parte que lo aportó, pues resulta más que cuestionable el método utilizado en la medida en que se toman en cuenta sólo la versión de una de las partes sin examinar ni oír siquiera a la persona directamente afectada. No hay elemento alguno acreditativo de esa situación de peligro. Los datos médicos tenían una notable antigüedad. El contenido de los mensajes, aportados por la defensa, remitidos por la querellante en respuesta a otros cuyo contenido se ignora, nada aportan y más cuando los mismos datan de fecha posterior a la comisión de los hechos enjuiciados. Cabría el estado de necesidad putativo, siempre que se adquiriera la convicción de que, el agente, si quiera sea erróneamente, se crea amenazado por un mal que él reputaba real. Las consecuencias habrían de ser reconducidas, según criterio jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002, de 15 de febrero de 2002 y de 14 de mayo de 2002), a la teoría del error, habiendo declarado el TS, en Sentencia de 11 de octubre de 1983, en el mismo sentido, que «el estado de necesidad es susceptible de tener el tratamiento de un error de prohibición, exonerativo de responsabilidad penal, cuando se está en la creencia de que existe, dando lugar al denominado estado de necesidad putativo». Pero tampoco hay un estado de necesidad putativo, pues la errónea creencia de encontrarse en una situación de necesidad requiere igualmente que a los ojos del sujeto aquella situación aparezca como de necesidad —sin serlo— para lo cual el criterio del que se debe partir es el de una persona media colocada en similar situación que el autor. Y en este sentido, si bien la situación de alarma que le trasmitía su hermana provocó la natural inquietud, había otras formas o métodos para buscar una solución a la problemática que les afectaba.

No cabe tampoco invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo consta que están prohibidas, como tampoco se puede alegar el cumplimiento de un deber cuando era inexistente.

Sin embargo, sí debemos estimar la atenuante analógica prevista en el art. 21.7.^a en relación con el art. 21.3.^a del Código Penal como muy cualificada a la vista de su intensidad. No cabe duda que la acusada actuó en la forma que lo hizo para ayudar a su hermana y proteger a sus sobrinos que entendía no resultaba aconsejable estuvieran en compañía de la querellante cuando visitaban a su progenitor. A esa conclusión cabe llegar tanto por lo que la acusada siempre ha manifestado como por lo declarado por su hermana y testigos, que reconocieron que ésta contactó con la familia del padre de los hijos para mostrarles su preocupación y el dato objetivo de que la información indebidamente obtenida se empleara en el procedimiento entablado precisamente para suspender de manera cautelar el régimen de visitas reconocido a favor del padre por la situación de riesgo que entendía existente. Entendemos de todo ello que la acusada ante la situación de angustia y ofuscación provocada por la idea de que sus sobrinos pudieran sufrir algún tipo de mal decidió realizar la actuación arriba narrada. En este sentido la pericial obrante acredita ese estado que sufría la acusada (folio 102 y ss. del rollo de Sala). Y si bien no procede reconocer efectos atenuatorios a cualquier modalidad pasional, entendemos que en el presente caso existe proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción, que permite explicar, que no justificar, la reacción concreta que se produjo en la acusada.

En orden a la penalidad, procede imponer la pena inferior en un grado y en la extensión mínima de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses, que entendemos ajustada a la entidad de la acción. Si bien se desconoce los medios económicos de la acusada se sabe su actividad profesional, estimándose adecuado fijar el importe de la cuota en diez euros. No se puede aplicar el artículo 198 del Código Penal, como pretende la acusación particular, cuando se desconoce, por no constar en las actuaciones, el régimen jurídico del centro médico en que se

ejecutó la acción delictiva y el *status* de la enfermera acusada, por lo que no se sabe si la misma tiene la condición de funcionario público a los efectos del Código Penal.

Por fin, a la vista de la importancia del derecho lesionado y de la entidad de la acción delictiva que lo lesionó procede reconocer por daño moral la suma de tres mil euros.

Sentencia 273/2011, AP Murcia, de 25 de octubre

Ponente: **José Joaquín Hervás Ortiz**

Resumen: **Delito contra la seguridad de los trabajadores por imprudencia grave. Improcedencia. Accidente de buceo**

Artículos: **316, 317 y 621 Código Penal**

Homicidio por imprudencia: Accidente de buceo no explicado por una causa evidente. No puede entenderse acreditado que el Jefe de Equipo incumpliese las obligaciones de seguridad que, en relación con la comprobación y revisión de los equipos de buceo, le vienen impuestas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Centrado el ámbito propio de la valoración probatoria a realizar y entrando ya en dicha valoración probatoria, debe comenzarse por señalar que no puede entenderse acreditado, en modo alguno, que el acusado ordenase a los buceadores que bajasen a buscar el ancla a una profundidad superior a cincuenta metros ni tampoco que omitiese medida de seguridad alguna en la actividad que realizaban los buceadores de la empresa. Así, debe comenzarse por señalar que el acusado negó en su declaración en el acto del juicio que ordenase a sus buceadores bajar a una profundidad superior a los cincuenta metros, manifestando que lo que se había planificado era bajar por un cable a una profundidad no superior a cuarenta y ocho o cincuenta metros e intentar divisar el ancla desde dicha profundidad, lo que viene a ser corroborado por el propio relato de hechos del escrito de acusación del Ministerio Fiscal cuando señala que tanto en el Plan de Trabajo como en el Plan de Inmersiones (hoja de buceo) se hizo constar que la profundidad de búsqueda se situaba entre los cuarenta y ocho y cincuenta metros; y ello puede constatarse también acudiendo al Plan de Trabajo obrante al folio 273 de las actuaciones (Tomo II), en el que se indica expresamente que no debía superarse

en ningún caso esa profundidad de entre cuarenta y ocho y cincuenta metros. Y, en este punto, debe destacarse que una cosa es la profundidad de búsqueda o de trabajo y otra distinta la profundidad a la que pudiera encontrarse el ancla o la profundidad total del fondo marino, toda vez que, como también se desprende de las diferentes declaraciones que se realizaron en el acto del juicio, entre las que pueden citarse las prestadas por los testigos D. Rómulo y D. Severino y la prestada por el perito D. Víctor Manuel, no era necesario llegar hasta el fondo para realizar la búsqueda, sino que, antes al contrario, ofrecería más garantías de éxito una búsqueda realizada a cierta distancia del fondo, no sólo porque permite abarcar más campo de visión de dicho fondo, sino porque evita que al tomar contacto físico con éste se levante arena y polvo que dificulten la visión y, por tanto, la búsqueda, lo que es algo completamente ajustado a la lógica. También el acusado explicó que para realizar el trabajo de búsqueda del ancla no era necesario tocar fondo y que la profundidad de trabajo es aquella que el Jefe de Equipo encomienda a los buceadores, de tal manera que la profundidad de trabajo no tiene que coincidir necesariamente con el fondo natural, como se corrobora con las declaraciones testificales y pericial antes referidas. Y añadió

el acusado que, en cualquier caso, a él se le dio por parte de la empresa principal, «Dragados», un punto por donde podría encontrarse el ancla perdida y que se le dijo que la profundidad del fondo marino no era superior a cincuenta metros y que con anterioridad no habían realizado en dicha obra ninguna inmersión que superase los cincuenta metros de profundidad, sino que por la altura de la obra en la que se encontraban las inmersiones anteriores al día de los hechos habían estado siempre entre los treinta y ocho y los cuarenta metros de profundidad, lo que también se corrobora por medio de la documental obrante en autos y por medio de las declaraciones testimoniales de D. Casimiro, D. Severino y D. Gustavo. Y, en el mismo sentido, el otro acusado, Cecilio, dijo en juicio que fue él el que dio a Adolfo la orden para localizar el ancla perdida y que pensaban que el ancla estaría a unos treinta y ocho o cuarenta metros, según la batimetría de la zona, añadiendo que, según lo que ellos sabían, en la obra que se estaba realizando no había ninguna zona que excediera de los cincuenta metros de profundidad.

(...)

En definitiva, por todo lo expuesto no puede entenderse acreditado, en modo alguno, que el acusado ordenase en ningún momento a sus buceadores que bajasen a una profundidad superior a los cincuenta metros, sino que, antes al contrario, del Plan de Trabajo y del Plan de Inmersiones (hoja buceo) a los que hace referencia el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y de la declaración testimonial de D. Rómulo se desprende que ordenó que no bajasen los buceadores a una profundidad superior a los cincuenta metros. Y es indiferente, por tanto, que el acusado pudiera saber, en virtud de lo supuestamente comunicado por D. Roberto, que la profundidad del fondo marino pudiera ser superior a cincuenta metros, toda vez que el trabajo encomendado no exigía llegar hasta ese fondo, en la medida en

que no se trataba de rescatar el ancla, que según se desprende de lo declarado en juicio era de elevado paso y no podía ser rescatada por sólo dos buceadores, sino que se trataba simplemente de localizar o avistar el ancla para emprender posteriormente, en una operación de mayor envergadura, el rescate de la misma.

(...)

Quinto.—(...)

Finalmente, debe añadirse que no ha resultado acreditado, en modo alguno, que el fallecido realizase la inmersión sin «jacket» ni tablas de inmersión ni descompresímetro, pues, como hemos visto, el testigo D. Rómulo, manifestó que los dos bajaron con el equipo completo, incluido el «jacket», sin que ello pueda entenderse desvirtuado, en modo alguno, por la declaración prestada en juicio por D. Roberto, no sólo por las limitaciones de tal declaración, que ya han sido expuestas con anterioridad, sino porque dicho testigo matizó mucho en juicio lo que inicialmente resultaba de las declaraciones que prestó en fase de instrucción, al señalar que él no sabía si el fallecido llevaba o no «jacket» porque no lo vio y que como salió a superficie sin el equipo debió quitárselo en el agua, explicando también que cuando salió a la superficie el fallecido no llevaba espalderas ni ningún otro elemento salvo el traje y que lo que él dijo en su día en instrucción es que le dijeron que cuando el fallecido y su compañero se tiraron al agua llevaban, en vez de «jacket», una espaldera acolchada, pero que el declarante no lo verificó.

En definitiva y como ya adelantábamos, no puede entenderse acreditada la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de Julio y alguna conducta del acusado y, en consecuencia, procede absolver a éste de la falta de muerte por imprudencia leve del artículo 621.2. del Código Penal, por la que ha sido condenado en la primera instancia.

Revista de

Derecho Penal

**DOCTRINA DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

CIRCULAR 3/2011*

SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y DE PRECURSORES

CONCLUSIONES

PRIMERA. La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, produciendo un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas. En la aplicación de dichas penas tiene especial relevancia la innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas con el objeto de facilitar la resolución de las situaciones concursales derivadas de la nueva regulación, mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los diversos supuestos que pueden presentarse.

(...)

TERCERA. La atenuación prevista en el párrafo segundo del artículo 368 CP, a tenor del texto legal, puede ser aplicada respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del artículo 368 CP, y también cuando concurra uno o dos subtipos agravados del artículo 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación con alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena.

(...)

* Por su extensión únicamente se reproduce el contenido de las Conclusiones más significativas de las siguientes Circulares de la Fiscalía General del Estado.

No obstante, puede consultarse su texto íntegro en: <<http://portaljuridico.lexnova.es/doctrina-administrativa>>.

QUINTA. En los supuestos en los que el culpable introdujera o sacare ilegalmente sustancias estupefacientes o productos psicotrópicos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, deberá apreciarse la absorción del delito de contrabando en el de tráfico de drogas por existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3.^a del artículo 8 CP.

(...)

NOVENA. En los supuestos en los que se produzca un concurso entre las normas que regulan la pertenencia a una organización criminal, es decir, entre los arts. 369 bis y 570 bis CP, se ha de aplicar la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.^a CP, y por tanto, comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla III de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del artículo 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de drogas, por lo que para hacer la comparación de penas con el artículo 369 bis es preciso añadir, a las penas previstas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

DÉCIMA. En el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que afectan a bienes jurídicos distintos. Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el artículo 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los artículos 368 y siguientes CP, no siendo de aplicación las normas establecidas en el artículo 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los artículos 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

(...)

CIRCULAR 4/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE

SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SINIESTRALIDAD LABORAL

IV. CONCLUSIONES

TERCERA. El sujeto «legalmente obligado» a actuar en el ámbito preventivo laboral es por antonomasia el empresario, sobre el que recae esencialmente la deuda de seguridad en el trabajo, lo que le convierte en el primer y principal obligado. Esto no obsta a que pueda haber otras personas que concurran con él en esa obligación legal de seguridad, bien compartiéndola o incluso exonerándole de ella.

En principio, los técnicos de los servicios de prevención sólo ejercen funciones de asesoramiento y apoyo; los recursos preventivos son normalmente trabajadores designados por el empresario con meras labores de vigilancia sin capacidad de mando, y los delegados

sindicales de prevención, como representantes que son de los trabajadores, carecen en rigor de capacidad o poder de decisión en el ámbito preventivo laboral, por lo que, salvo excepciones derivadas de otras circunstancias concurrentes, todos ellos, en su citada condición, no podrán ser considerados legalmente obligados a los efectos de los artículos 316 y 317 CP, como delitos especiales que son.

No obstante, pueden responder de los resultados lesivos derivados de su conducta imprudente cuando sea penalmente relevante.

(...)

QUINTA. El delito de riesgo imprudente del artículo 317 CP sanciona la misma conducta objetiva que el artículo 316 CP, si bien «cuando se cometa por imprudencia grave». En la práctica, el resultado jurídico de riesgo concreto que ha de concurrir en estos delitos en la mayoría de los casos será abarcado por el dolo, normalmente en la modalidad de dolo eventual, por lo que se considera que el tipo imprudente se presenta como residual para aquellos casos excepcionales en que el sujeto ha proporcionado medidas de seguridad, pero éstas son insuficientes o defectuosas, a pesar de lo cual el autor confía en que la situación de peligro grave, que se representa como posible, no llegue a producirse.

Respecto de la homogeneidad o heterogeneidad entre los artículos 316 y 317 CP, se considera que, generalmente, salvo supuestos fácticamente incompatibles, ambos tipos son homogéneos por lo que, formulada acusación por el delito del artículo 316 CP, es posible una eventual condena por el delito del artículo 317 CP. En previsión de posibles supuestos de improcedente impunidad por no alegación expresa del tipo imprudente, que el órgano de enjuiciamiento estime aplicable, y para evitarla, se podrá utilizar una fórmula de calificación subsidiaria, que invocando ambos preceptos, cumpla con el principio acusatorio, respetando, al mismo tiempo, el derecho de defensa.

En cualquier caso, la acusación formulada únicamente por el delito del artículo 317 CP excluye la posible condena por el delito doloso del artículo 316 CP.

(...)

CIRCULAR 5/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2011

**SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN
ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA
DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN**

VII. CONCLUSIONES

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS (ARTÍCULO 177 BIS CP)

PRIMERA. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incorporado al Libro II del Código Penal el nuevo Título VII bis que, integrado únicamente por el artículo 177 bis, tipifica el delito de trata de seres humanos, incluyendo dos entidades criminológicas que, aunque

tienen por objeto común el desplazamiento, migración o movimiento territorial de personas, deben ser perfectamente diferenciadas: la trata de seres humanos o de personas (trafficking in human beings; trafficking in persons; traite des êtres humains) y el contrabando de migrantes (smuggling of migrants). Ambos son delitos de tráfico de personas por cuanto exigen circulación o movimiento territorial de personas por cualquier procedimiento de transporte, pero mientras la ilicitud del tráfico, en el caso del delito de trata, deriva de la utilización de unos determinados medios tendentes a la explotación del ser humano, en el caso del contrabando la ilicitud del tráfico está vinculada limitadamente a la introducción ilegal de la persona en un Estado del que no es nacional.

(...)

SEGUNDA. El tipo básico del artículo 177 bis CP relaciona con carácter alternativo la violencia, la intimidación, el engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia.

(...)

CUARTA. El delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia que se consuma sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. Si se han alcanzado, el delito del artículo 177 bis CP entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados.

QUINTA. El artículo 177 bis CP describe las tres modalidades específicas de trata, también de manera alternativa. Por ello, basta que se acredite la existencia de uno de dichos fines para que el delito se produzca. Por el contrario, si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin, ello no daría lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata.

(...)

DUODÉCIMA. Si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188.1 CP —en el caso de personas mayores de edad— o con el artículo 188.2 o 3 CP, si fueran menores de dieciocho o trece años respectivamente. Del mismo modo, si la actividad efectivamente desarrollada en el caso de menores o incapaces necesariamente sometidos al proceso de trata fuera el explotarlos sexualmente —es decir con ánimo de lucro— a través de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se producirá un concurso de delitos con el artículo 189 del CP.

(...)

DECIMOCUARTA. Al incorporarse al Código Penal el nuevo artículo 156 bis CP, en el que se tipifica el tráfico ilegal de órganos, se produce un concurso de normas con el artículo 177 bis a resolver por el criterio de la alternatividad (artículo 8.4 CP), procediendo a la aplicación del artículo 177 bis CP —además de los supuestos en que el fin de la extrac-

ción no tuviera como objetivo el tráfico ilegal de órganos— cuando el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la extracción —fase de agotamiento— el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.

(...)

VIGÉSIMO PRIMERA. La regla del párrafo 9 del artículo 177 bis CP define un concurso de delitos —normalmente medial del artículo 77.1 CP— entre el tipo básico de delito de inmigración clandestina y el que corresponda del delito de trata de seres humanos, pues es imposible delimitar un sólo subtipo cualificado del artículo 318 bis CP que no se encuentre contemplado en cualquiera de los subtipos agravados del delito de trata.

(...)

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

SEGUNDA. El artículo 318 bis del CP continúa manteniendo un tratamiento jurídico penal unificado entre el delito de tráfico ilegal de migrantes y el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, que es de naturaleza marcadamente formal. La ilegalidad del tráfico o la clandestinidad de la inmigración constituyen elementos normativos del tipo que deben ser integrados por el artículo 25.1 LOEX, regulador de los requisitos de entrada en territorio español de los extranjeros no comunitarios.

(...)

OCTAVA. El empleo de los verbos «promover, favorecer, facilitar» dificulta la consideración de formas de responsabilidad distintas de la autoría. Sólo en supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración es posible la imputación a título de complicidad.

NOVENA. No será punible el hecho aislado de acoger o albergar a inmigrantes clandestinos mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, si esta conducta aparece desconectada de cualquier acto de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal o que sirva de estructura previamente convenida de alojamiento.

(...)

DELITO DE PROSTITUCIÓN COACTIVA

SEGUNDA. El término prostitución no implica necesariamente la consumación de relaciones sexuales completas. Puede abarcar las denominadas actividades de alterne o los llamados masajes eróticos. Sin embargo, ni social ni jurídicamente el concepto de prostitución se corresponde con otras prácticas de naturaleza erótica como la pornografía y los espectáculos exhibicionistas que se encuentran directamente tipificados en el artículo 189 Código Penal y que pueden encajar en el concepto más amplio de explotación sexual al que se refiere el núm. 2 del artículo 318 bis CP y ahora el artículo 177 bis CP.

(...)

SÉPTIMA. La necesidad de respetar la prohibición del *bis in idem* lleva a que la determinación coactiva de la prostitución —artículo 188.1 CP— absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero se debe apreciar el concurso de delitos con la detención ilegal tipificada en el artículo 163 CP cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que no pueden salir por sí mismas, así como cuando, atendiendo a las circunstancias, se les autorizan salidas acompañadas y vigiladas. Acreditada la existencia autónoma de tantos delitos de detención ilegal como personas hayan sido privadas de libertad entrarán en relación de concurso —real o instrumental— con el delito o los delitos de prostitución coactiva.

OCTAVA. El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, por su propia configuración, suele ser preparatorio del delito de prostitución coactiva, pues a través de ella se materializa aquella intención. Existe pues un concurso instrumental de delitos que deberán ser penados aplicando la regla establecida en el artículo 77.1 CP cuando la víctima de trata de seres humanos haya sido compelida a prostituirse.

(...)

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

SEGUNDA. La explotación laboral sólo comprende las situaciones de vulneración dolosa de las normas imperativas reguladoras de las relaciones laborales. Las condiciones impuestas al trabajador han de ser especialmente gravosas y perjudiciales evidenciando una situación de verdadera explotación y falta de respeto de la dignidad del trabajador, lo que siempre ocurrirá cuando el trabajo sea forzado o coactivamente impuesto. Cuando las condiciones impuestas no llegan a producir un atentado a la dignidad del afectado —aunque lesionen determinadas normas de derecho necesario laboral— las conductas perseguidas quedan extramuros del derecho penal.

(...)

SEXTA. Dada la diversidad de bienes jurídicos tutelados en los artículos 312.2 y 188.1 CP, no es posible establecer una relación de consunción entre el artículo 188.1 CP (libertad sexual) y artículo 312 CP (explotación laboral). La relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real.

(...)

EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

TERCERA. Los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000, que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de

residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que sólo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsado judicial o administrativamente.

(...)

SEXTA. Si bien los ciudadanos de la Unión Europea tienen reconocido un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, este derecho es de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007, cuyas disposiciones permiten la suspensión o limitación de tales derechos por razones de salud pública o motivos graves de orden público o seguridad pública. Por consiguiente, adquirida firmeza la sanción de expulsión o devolución, el ciudadano comunitario carece —durante el tiempo marcado en la resolución— del derecho de residencia en suelo nacional. En estos casos le podría ser aplicada la sustitución de penas previstas en el artículo 89 CP.

(...)

UNDÉCIMA. La posible sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por expulsión alcanza a todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no sólo a las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. No constituye un obstáculo a esta interpretación la regla establecida en el artículo 71.2 CP (cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda) toda vez que la remisión abarca las propias disposiciones del artículo 89 CP, que se encuentra ubicado en esa sección, entre ellas la expulsión sustitutiva.

DUODÉCIMA. Es injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español —como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas—, constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.

(...)

DECIMOCUARTA. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito sino la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabe la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquel límite.

DECIMOQUINTA. En el caso de que en la sentencia se impongan pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferior a seis años pero que sumadas exceden de ese límite, nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años. No obstante parece justificado que —según el número y gravedad de las penas impuestas— proceda en estos casos el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por la expulsión.

DECIMOSEXTA. Cuando concurren diferentes resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario, la pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado. En consecuencia, para poder proceder a su ejecución habrá que esperar al cumplimiento de las penas, refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena).

(...)

TRIGÉSIMO OCTAVA. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de prohibición establecido judicialmente, salvo que fuera sorprendido en frontera, en cuyo caso será objeto de devolución, habrá de cumplir las penas que fueron sustituidas sin que pueda considerarse la existencia de delito de quebrantamiento. Ha de considerarse que el artículo 89.4 CP es una norma especial que fija las consecuencias del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP.

(...)

CIRCULAR 6/2011, DE 2 DE NOVIEMBRE,
SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN
ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL
EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

IX. CONCLUSIONES

TERCERA. Las relaciones de noviazgo están incluidas dentro del ámbito competencial de la LO 1/04, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Por tales

se entienden las que trascienden de los meros lazos de amistad, afecto y confianza. No se incluyen las relaciones ocasionales o esporádicas.

CUARTA. La víctima menor de edad está incluida en el ámbito de protección de la LO, siempre y cuando el vínculo afectivo participe de las características señaladas en el apartado anterior.

QUINTA. El hecho de que imputado y/o víctima mantengan más de una relación afectiva estable no excluye la aplicación de la LO 1/04.

SEXTA. Las mujeres transexuales están incluidas en la tutela penal y asistencial de la LO 1/04 en los términos establecidos en esta Circular.

(...)

DECIMOCUARTA. La víctima-testigo deberá ser informada, expresa y claramente, de la dispensa de la obligación de declarar, cuando proceda, en todas y cada una de las fases procesales y siempre que sea llamada a declarar en la sede judicial (artículos 416 y 707 de la LECrim).

No obstante, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del artículo 261 de la LECrim.

En los supuestos en los que la víctima-testigo no haya sido informada, cuando proceda, de la dispensa del artículo 416 de la LECrim en la fase de instrucción, y en el plenario se acoja a tal dispensa, aquella primera declaración carece de efectos, no siendo posible introducirla en el acto del Juicio Oral a través del artículo 730 ni 714 de la LECrim.

En el supuesto de que informada adecuadamente de la dispensa en la fase de instrucción declare voluntariamente y, posteriormente, en la fase del plenario rectifique aquella primera declaración que fue prestada con todas las garantías, podrán someterse a contradicción ambas de conformidad con el artículo 714 de la LECrim a fin de que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.

(...)

DECIMOCTAVA. La pena de prohibición de aproximación en los supuestos de los delitos mencionados en el artículo 57.1 CP cometidos sobre las personas a que se refiere el artículo 57.2 del mismo cuerpo legal tiene carácter imperativo, por lo que los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre en tales supuestos la pena de alejamiento.

DECIMONOVENA. La pena de prisión y las penas de prohibición de aproximación y/o comunicación se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea, de conformidad con lo previsto en el artículo 57.1 párrafo 2 del CP.

VIGÉSIMA. El consentimiento de la víctima en los supuestos de incumplimiento de la medida cautelar de aproximación o pena de idéntica naturaleza es irrelevante a los efectos de incoación del procedimiento penal por delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, sin perjuicio de la valoración de los hechos en Instrucción.

(...)

VIGÉSIMO SEGUNDA. En los supuestos de lesiones menos graves del artículo 147.1 CP, en las que, en atención al resultado causado o riesgo producido, proceda aplicar

el artículo 148 CP y concurran varias de las circunstancias previstas en el mismo, una de ellas se tendrá en cuenta para aplicar el subtipo agravado, y el resto funcionarán, en su caso, como circunstancias agravantes genéricas.

(...)

CIRCULAR 7/2011, DE 16 DE NOVIEMBRE,
SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN
ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL
EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

XII. CONCLUSIONES

PRIMERA. La expresión «obras de urbanización, construcción o edificación», en lugar de la mera referencia a la «construcción o edificación» que contenía la redacción original del artículo 319 del Código Penal, implica un adelanto en la consumación del delito.

(...)

TERCERA. En un proceso en el que la jurisprudencia avanza hacia el reconocimiento del carácter de responsabilidad civil de la demolición del apartado 3 del artículo 319 del Código Penal, se han de evitar las conformidades en las que el acuerdo consista precisamente en dejar de exigir la demolición de lo ilegalmente construido o edificado.

(...)

SÉPTIMA. De entre los nuevos conceptos y conductas que, a instancias comunitarias, incorpora el artículo 328 del Código Penal, el término «valorización» es el que presenta una mayor complejidad, debiendo acudir a la definición que proporciona la nueva Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados.

CIRCULAR 9/2011, DE 16 DE NOVIEMBRE,
SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN
ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL
EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES

XII. CONCLUSIONES

XII.1. La prescripción en la jurisdicción de menores

1.^a Las Diligencias preliminares de investigación del Fiscal, previas a la incoación de expediente de reforma, por su carácter preprocesal, no interrumpen los plazos de prescripción de los delitos o faltas.

2.^a Los Sres. Fiscales cuidarán de no prolongar esta fase procesal más allá de lo imprescindible, ni practicar durante ella más diligencias de las estrictamente precisas.

(...)

XII.2.2. *Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual*

1.º Determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (artículo 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible.

(...)

2.º En el ámbito de la responsabilidad penal de menores, también la comisión de un delito relacionado con la posesión de pornografía infantil o con su uso compartido puede presentar unos perfiles singulares que aboguen por una mayor flexibilidad a la hora de articular, o no, respuestas sancionadoras-educativas. En determinadas circunstancias, la antijuridicidad y culpabilidad que podrían constatarse con claridad si el autor es un adulto pueden quedar desdibujadas de ser aquel menor de edad. De nuevo aquí deben evitarse respuestas estandarizadas, pues los supuestos que se presentan pueden ser muy diversos y merecedores de valoraciones radicalmente distintas.

(...)

XII.3.1.2. *Asistencia a menores detenidos*

1.^a Es requisito legal inexcusable para la declaración del menor detenido —tanto en dependencias policiales como en Fiscalía— la presencia de los padres tutores, acogedores o guardadores, conforme al artículo 17.2 LORPM.

(...)

5.^a En las declaraciones de mayores de edad, que fueren detenidos por delitos consumados durante su minoría de edad, no procede la presencia de sus padres, sin perjuicio de que sigan beneficiándose del resto de derechos y garantías previstos para los menores en la LORPM, entre ellos los plazos de detención previstos en el artículo 17.4 y 5 LORPM.

(...)

XII.3.2. *Representación de menores no detenidos*

1.^a La asistencia de los padres o representantes a la exploración como imputado de un menor no detenido no es un requisito preceptivo procedimental, sino un derecho que corresponde ejercitar al menor conforme al artículo 22.1.e) de la LORPM.

2.^a En caso de que un menor no detenido acudiera a la citación para declarar en Fiscalía en calidad de imputado sin acompañamiento de persona adulta, si se apreciara en el menor suficiente discernimiento, e informado de su derecho, renunciara formalmente a la presencia de sus padres o representantes, se podrá recibirle declaración sin representante legal y sin que entre en juego la previsión del artículo 17.2 de representación a cargo de un miembro del Ministerio Fiscal.

(...)

XII.3.5.1. Desistimientos del artículo 18 LORPM

1.^a Como regla general, las facultades de desistimiento previstas en el artículo 18 LORPM sólo deben ser utilizadas para menores que hubieran cometido un delito aislado, de forma ocasional, y que no se encuentren en un proceso delincuencial. No es procedente utilizar el desistimiento ante hechos que, por su propia naturaleza, evidencien desempeño de papeles o asunción de valores propios del mundo de la delincuencia.

2.^a Las facultades de desistimiento, concurriendo los requisitos legales, podrán en ocasiones emplearse para evitar intervenciones que, por tardías, puedan resultar contraproducentes.

3.^a La circunstancia de haber rebasado la mayoría de edad el encartado, después de cometer la infracción, deberá tenerse especialmente en cuenta a la hora de decantarse por la aplicación del desistimiento, evitando la aplicación a mayores de edad, extemporáneamente, de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores.

(...)

CIRCULAR 10/2011, DE 17 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

XX. CONCLUSIONES

PRIMERA. Para determinar lo que es vía urbana e interurbana en el tipo de exceso de velocidad punible del artículo 379.1 CP, los Sres. Fiscales estarán, como regla general, a las definiciones de los apartados 76 y 77 en relación con el 64 del Anexo 1 de la LSV, que atienden al espacio geográfico marcado por la señal de entrada a poblado, siendo posible apartarse de este criterio en los casos de inexistencia o manifiesta inadecuación de la señalización. Las travesías, de conformidad con el apartado 77, se reputarán vías interurbanas pero, excepcionalmente, en casos de clara conflictividad viaria y peatonal, se podrá valorar la aplicación a este supuesto de los límites de velocidad de las vías urbanas.

SEGUNDA. A la hora de realizar el cómputo de los excesos de velocidad punible del artículo 379.1 CP, se partirá de los límites de velocidad máxima genéricos, (determinados *ex lege*) y fijados principalmente en los artículos 48 (vías interurbanas en función de la clase de la vía y vehículo) y 50 (vías urbanas) del RGCir. Del mismo modo se tendrán en cuenta los específicos, inferiores a aquellos, plasmados en señalizaciones fijas o variables establecidas por el titular de la vía o las autoridades de gestión del tráfico, así como a los derivados de limitaciones psicofísicas del conductor [artículo 52.1.b) del RGCir].

TERCERA. Cuando se trate de límites de velocidad máximos plasmados en señalización fija o variable, habrá de tenerse en cuenta la normativa de la legislación vial sobre señales —artículos 53 a 58 de la LSV y 131-173, en especial 131-142, 150, 154 R-301, 156, 157 y 169.c) del RGCCir— y comprobar su cumplimiento para computar los límites. En los casos en que la señalización por su estado de deterioro u otras circunstancias induzca de modo claro a confusión o perjudique su visibilidad, siempre con ponderación de las circunstancias concurrentes, no se ejercitará la acción penal y se interesará el archivo del procedimiento con comunicación de las irregularidades a las autoridades administrativas competentes para que lleven a cabo la señalización adecuada y, en su caso, exijan las responsabilidades que procedan.

(...)

SEXTA. En el tipo del artículo 379.2 inciso 2 CP se formularán los escritos de acusación con la mera constancia de la concurrencia en el conductor de la tasa objetivada, superior a 0,6 mg de alcohol por litro de aire espirado o 1,2 gramos por litro de sangre. Si las pruebas detectasen el consumo de alcohol, pero arrojasen un resultado inferior a la tasa objetivada, serán de aplicación los criterios de la Instrucción 3/2006 FGE. Así, por encima de la tasa de 0,4 mg de alcohol en aire espirado, se ejercerá normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez y de las anomalías en la conducción. Aun cuando éstas no concurrieren, puede ejercitarse la acción penal en los casos de claros signos o síntomas, siempre con una adecuada valoración de las circunstancias. Por debajo de 0,4 mg/l de aire y con idéntica ponderación, se hará sólo de modo excepcional.

SÉPTIMA. Sólo se ejercitará la acción penal, como regla general, cuando la citada tasa del tipo del artículo 379.2 inciso 2 se constate en las dos pruebas reglamentarias de alcoholemia, computando los márgenes normativos de error conforme a la OM/ITC/3707 y siempre que se haya observado en su práctica lo dispuesto en los artículos 20 a 26 del RGCCir. Asimismo, se darán instrucciones a la Policía de Tráfico para que al atestado se una la documentación que permita calcular el error normativo y, en el caso de ser imposible su aportación, se aplicará el margen máximo contemplado en la norma. También se aportará la ficha o reseña de signos y es conveniente que el atestado incluya, en su caso, los datos pertinentes sobre maniobras irregulares.

(...)

NOVENA.—Deberá valorarse la posible calificación jurídica conforme al tipo del artículo 381 CP también en comportamientos distintos al del llamado conductor suicida, siempre con sujeción a las circunstancias concurrentes, a la mayor o menor peligrosidad para terceros y a las representaciones del autor derivadas de su conducta. En este sentido, deberá interpretarse la expresión «manifiesto desprecio» como referente al dolo eventual de resultado que obliga a calificar como dolosos los delitos de homicidio y las lesiones que puedan llegar a cometerse.

(...)

DECIMOSEGUNDA. Los Sres. Fiscales calificarán como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP los casos de conducciones realizadas una vez cumplida la pena de privación del derecho a conducir superior a dos años generadora de la pérdida

de vigencia del permiso conforme al artículo 47.3 CP cuando éste aún no se ha obtenido de nuevo, siempre que haya habido apercebimiento expreso al penado.

La calificación se hará por el contrario conforme al artículo 384 inciso 1 en los casos de conducciones con pérdida de vigencia por pérdida de puntos, en tanto no se haya vuelto a obtener el permiso de conducir tras la superación de las pruebas reglamentarias.

(...)

DECIMOQUINTA. No se ejercerá la acción penal por el delito previsto en el inciso 3.º del artículo 384 cuando el conductor posea un permiso o licencia obtenido en país extranjero conforme a su legislación interna, aun cuando haya perdido en ella vigencia y no sea válido para conducir en nuestro país. Se investigarán los posibles fraudes o falsificaciones que puedan detectarse y de constatarse la falsedad formularán acusación por los delitos de los artículos 392 y 393 CP con sujeción a las circunstancias concurrentes y además por el delito del artículo 384 inciso último.

Tampoco se ejercitará la acción penal en ninguno de los casos de conducciones con permiso distinto al exigido por la categoría o características del vehículo y solicitarán la aplicación retroactiva de este criterio a los procedimientos tramitados por hechos de esta especie anteriores al 8 de noviembre de 2009.

Se considerará delito del artículo 384 inciso 3 CP la conducción de las motos deportivas fuera de los recintos habilitados para las pruebas. Sin embargo, no se considerará tal delito cuando se trate de minimotos o minibikes.

DECIMOSEXTA. En la aplicación de las reglas del concurso, los Sres. Fiscales considerarán:

- a) Entre los delitos de los artículos 379.1 y 2: concurso de normas.
- b) Entre los de los artículos 379 a 381: concurso de normas.
- c) Entre los del artículo 384 incisos 1 y 2: concurso de normas.
- d) Entre los del artículo 384 incisos 2 y 3: no hay relación concursal.
- e) Entre los del 379 y los del 383: concurso real de delitos.
- f) Entre los delitos del artículo 384 y los de los artículos 379, 380 y 381: concurso ideal.

(...)

Revista de

Derecho Penal

CRÓNICA LEGISLATIVA

SEPTIEMBRE

— Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE del 23).

- **Objeto y finalidad de la Ley:**

- La defensa de la dignidad de las víctimas.
- Se incorpora, como destinatarios, a los amenazados.
- **Ámbito temporal:** su aplicación se extiende a los sucesos acaecidos desde el 1 de enero de 1960.

- **Principales innovaciones:**

- Unificación de las prestaciones recibidas e incremento de su importe.
- Regulación expresa del sistema indemnizatorio para las ayudas excepcionales por daños sufridos en el extranjero.
- Mantiene la competencia del Ministerio del Interior y se simplifica la tramitación.
- Se incorporan medidas bajo la denominación de «régimen de protección social».
- Formación de los profesionales sanitarios en la atención y tratamiento de las víctimas.
- Ayudas para financiar los tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas.
- Preferencia en el acceso a la vivienda; exenciones de tasas académicas y becas.

- **Aspectos procesales:**

- Asistencia jurídica especializada.
- Principio de mínima lesividad en el desarrollo del proceso penal.
- Oficina de apoyo a las víctimas en la Audiencia Nacional y de oficinas especializadas.

— Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional (BOE del 26).

- Constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al cual está subordinado en todos los casos.

- Las Reglas de Procedimiento y Prueba deben interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Estatuto y con sujeción a ellas.
 - A los efectos de los procesos en los países, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional no afectarán a las normas procesales aplicables en un tribunal o en un sistema jurídico nacionales.
- Real Decreto 1273/2011, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores (BOE del 29).
- Nuevo **requisito procedimental procesal**: depósito previo a la interposición de recursos frente a resoluciones judiciales.
 - **Finalidad**:
 - no prolongar indebidamente el tiempo de resolución del proceso judicial en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva;
 - los ingresos obtenidos estarán vinculados al proceso de modernización de la Justicia y a financiar el beneficio de justicia gratuita.
 - **Depósito para recurrir**:
 - exigencia procesal para recursos que deban tramitarse por escrito (recursos ordinarios, extraordinarios, en revisión y rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde);
 - en el orden jurisdiccional penal es exigible a la acusación popular.
 - Creación de la **cuenta especial** de ingresos al Tesoro Público «Depósitos de recursos inadmitidos y desestimados».

OCTUBRE

- Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE del 11).
- **Objeto**: incorporar determinadas medidas de agilización procesal en los ámbitos civil, penal contencioso-administrativo.
 - **Orden penal**:
 - Las modificaciones aprobadas son las relativas a las implicaciones procesales del régimen de **responsabilidad penal de las personas jurídicas** exigidas por la reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.
 - Las **novedades** afectan a aspectos relacionados con:
 - el régimen de la competencia de los tribunales,
 - el derecho de defensa de las personas jurídicas,

- la intervención en el juicio oral y conformidad,
- la rebeldía.
- Se regulan **aspectos básicos procedimentales** relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que cabe destacar:
 - la **citación** (en el domicilio social de la persona jurídica); si el domicilio social se desconociera, la persona jurídica imputada será llamada mediante **requisitoria** publicada en el Boletín Oficial del Estado y Boletín Oficial del Registro Mercantil;
 - la **comparecencia** (con el representante especialmente designado);
 - la **información judicial** de las personas jurídicas imputadas;
 - la adopción de **medidas cautelares**, previa petición de parte y celebración de vista;
 - la posibilidad de que la persona jurídica esté **representada** para un mejor ejercicio del derecho de defensa.

NOVIEMBRE

- Instrumento de Adhesión del Acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como organización internacional, hecho en Viena el 2 de septiembre de 2010 (BOE de 4 de noviembre de 2011).
 - **Finalidad:** promover la prevención y la lucha contra la corrupción mediante el fomento de la cooperación internacional.
 - La **Academia** tendrá personalidad jurídica internacional plena y capacidad jurídica para:
 - contratar,
 - enajenar bienes, y
 - entablar acciones judiciales
 - **Órganos:**
 - Asamblea de las Partes,
 - Junta de Gobernadores,
 - Junta Consultiva Superior Internacional,
 - Junta Consultiva Académica Internacional, y
 - Decano.
 - **Sede:** en Laxenburg (Austria).
 - **Entrada en vigor para España:** 12 de diciembre de 2011.

— Directiva 2011/82/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 por la que se facilita el intercambio de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial (DOUE, L 288, de 5 de noviembre).

- **Objeto:**

- intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial,
- aplicación de la normativa con independencia del Estado miembro de matriculación del vehículo, y
- homologar las infracciones de tráfico en los Estados miembros: administrativas y penales.

- **Incorporación al Derecho nacional:** a más tardar el 7 de noviembre de 2013.

- **Entrada en vigor:** al día siguiente al de su publicación en el DOUE.

DICIEMBRE

— Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (BOE de 2 de diciembre).

- Adaptación del funcionamiento del Sistema de registros a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Regula la forma de acreditar la personalidad y condición de representante legal de la persona jurídica en el acceso a la información registral para su cancelación o rectificación.
- **Entrada en vigor:** a los veinte días de su publicación en el BOE.

— Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE L, 335, del 17; c.e. DOUE L, 18, de 21 de enero de 2012).

- Obliga a los Estados miembros a establecer sanciones penales en su legislación nacional en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil.
- Tipifica como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil.
- Las medidas de protección de los menores víctimas se adoptarán teniendo en cuenta el interés superior de estos y la evaluación de sus necesidades.
- El acceso a los registros de antecedentes penales únicamente puede ser autorizado por las autoridades competentes o la persona interesada.

- Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de diciembre de 2013.
 - **Entrada en vigor:** el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección (DOUE, L, 338, del 21).
- **Objetivo:** establecer normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección dicte una orden europea de protección raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión.
 - **Ámbito de aplicación:** medidas de protección adoptadas a favor de las víctimas de delitos y no con fines de protección de testigos.
 - Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 11 de enero de 2015.
 - **Entrada en vigor:** a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las faltas en el Código Penal y el juicio de faltas*, 7.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte general en esquemas*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Edisofer, Madrid, 2011.

LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Colex, Madrid, 2010.

MAQUEDA/LAURENZO, *El derecho penal en casos. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 9.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Derecho penal. Parte especial. Estudio a través de casos, tomo I. Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

AA.VV., *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011.

LARRAURI/BLAY (eds.), *Penas comunitarias en Europa*, Trotta, Madrid, 2011.

OLÁSOLO ALONSO, H. *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

III. Monografías de parte general

CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

MIR PUIG, S., *Bases constitucionales de Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011.

PRIETO SANCHÍS, L., *Garantismo y Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011.

IV. Monografías de parte especial

ARIAS HOLGUÍN, D.P., *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, Iustel, Madrid, 2011.

BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., *El delito de «fraudes deportivos»: Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos*, Dykinson, Madrid, 2011.

FARALDO (Dir.)/PUENTE (Coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LORENTE VELASCO, S.M., *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Dykinson, Madrid, 2011.

PERIS (Dir.)/CUESTA (Coord.), *La tutela penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2011.

REQUEJO CONDE, C., *Delitos relativos al tráfico viario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROSA CORTINA, J.M. de, *Los delitos de pornografía infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Los delitos bursátiles*, La Ley, Madrid, 2011.

V. Derecho penitenciario

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J., *Procedimientos Penitenciarios*, Comares, Granada, 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Prisiones de empresa, reformatorios privados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 4.^a ed., Comares, Granada, 2011.

VI. Criminología

CEREZO DOMÍNGUEZ/DÍEZ RIPOLLÉS, *Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SAN JUAN GUILLÉN, C. (Dir.), *Avances de investigación en criminología*, Revista SEIC, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

- ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- MORENO CATENA, V., *Tomo III Esquemas de Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2012.
- OLÁSOLO ALONSO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Proceso Penal II*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011.
- VV.AA., *Memento práctico procesal penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

II. Monografías

- AYO FERNÁNDEZ, M., *Las faltas en el Código Penal y el juicio de faltas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y CATALINA BENAVENTE, M.A. (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.
- CORDERO LOZANO, C., *Intereses, costas y reclamación de honorarios en el proceso penal*. (Incluye contenidos complementarios on-line), Editorial Bosch, Barcelona, 2011.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho al secreto de las telecomunicaciones*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 2011.
- LÓPEZ MUÑOZ, M.A., *Los créditos procesales de procuradores, abogados, peritos y testigos: Soluciones de la práctica penal para las juras de cuentas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

MARTÍN AGRAZ, P., *Tutela penal de la violencia de género y doméstica*. (Incluye contenidos complementarios on-line), Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

MARTÍN ANCÍN, F., *Metodología del atestado policial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Análisis Crítico de las Instituciones Fundamentales del Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

RIVES SEVA, A.P., *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

VELASCO NÚÑEZ, E., *El juicio de faltas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Comares, Granada, 2011.

III. Otros

CAPA GIL, C., *Reflejos de la toga*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Ed., 2.^a ed., Barcelona, 2012.

RIVERA MORALES, R., *La prueba. Un análisis racional y práctico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

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.