

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 33

Revista de Derecho Penal

© Lex Nova 2011

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 consecuyente 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.

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

MEDIACIÓN PENAL EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO. Entre la solución real del conflicto y el <i>ius puniendi</i> del Estado <i>Elena Martínez García</i>	9
A PROPÓSITO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2010 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 29 DE JULIO, SOBRE <i>LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS PROCESOS PENALES</i> <i>Juan Carlos Vegas Aguilar</i>	33
UNA VISIÓN CRÍTICA DEL NUEVO DELITO DE PROVOCACIÓN AL TERRORISMO DEL ARTÍCULO 579.1 <i>Jesús Bernal del Castillo</i>	65

DERECHO COMPARADO

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ITALIANO, EN PARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN <i>Raúl Carnevali R.</i>	81
--	----

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	133
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	139
Sentencia 68/2010, de 18 de octubre: Declaración policial de coimputado	139
Sentencia 77/2010, de 19 de octubre: <i>Non bis in idem</i> . Material y reglas concursales ..	141
Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre: Dispensa del deber de declarar	147
Sentencia 95/2010, de 15 de noviembre: Prescripción del delito	149
Sentencia 97/2010, de 15 de noviembre: Prescripción de la pena	151
Sentencia 124/2010, de 29 de noviembre: Medidas de seguridad	155
Sentencia 143/2010, de 21 de diciembre: Prisión provisional. Secreto del sumario ..	158

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	160
Sentencia 842/2010, de 7 de octubre: Pornografía infantil. Psicopatías	160
Sentencia 930/2010, de 21 de octubre: Atenuante analógica de estado de necesidad	163
Sentencia 933/2010, de 22 de octubre: Excusa absolutoria y prohibición de acciones penales entre cónyuges	165
Sentencia 910/2010, de 22 de octubre: Preterintencionalidad	168
Sentencia 1019/2010, de 2 de noviembre: Conducción suicida. Inimputabilidad	172
Sentencia 1005/2010, de 11 de noviembre: Intervenciones telefónicas. Prueba ilícita. Conexión de antijuridicidad	180
Sentencia 1099/2010, de 21 de noviembre: Eximentes. Legítima defensa	185
Sentencia 1023/2010, de 23 de noviembre: Legítima defensa.....	187
Sentencia 949/2010, de 1 de octubre: Recurso de revisión.....	190
Sentencia 778/2010, de 1 de diciembre: Quebrantamiento de medida cautelar	194
Sentencia 1117/2010, de 7 de diciembre: Declaración policial	196
Sentencia 1094/2010, de 10 de diciembre: Traición. Control previo de las actividades del CNI	200
Sentencia 1136/2010, de 21 de diciembre: Uso de información privilegiada	206
Sentencia 1163/2010, de 22 de diciembre: Tenencia de moneda falsa. Tarjetas	214
Sentencia 1116/2010, de 22 de diciembre: Competencia objetiva. Conexidad	216
Sentencia 1110/2010, de 23 de diciembre: Entrada y registro. Hallazgo casual	219
Sentencia 1187/2010, de 27 de diciembre: Prescripción del delito	222
Sentencia 1156/2010, de 28 de diciembre: Lesiones	224
Sentencia 1168/2010, de 28 de diciembre: Robo y abuso de superioridad	232
Sentencia 1140/2010, de 29 de diciembre: Conspiración para delinquir. Terrorismo	235
Sentencia 1093/2010, de 30 de diciembre: Intervenciones telefónicas.....	247
Sentencia 1154/2010, de 12 de enero de 2011: Desórdenes públicos. Prueba: grabaciones videográficas	252
Sentencia 5/2011, de 25 de enero: Trastorno de personalidad	256
Sentencia 40/2011, de 28 de enero: Falsificación de tarjeta de crédito	258
Sentencia 31/2011, de 2 de febrero: Imparcialidad del juzgador.....	258
Sentencia 124/2010, de 25 de febrero: Estafa procesal	261
AUDIENCIAS PROVINCIALES	264
Sentencia 612/2010, AP Alicante, de 3 de septiembre: Delito urbanístico: previa condena por falta de desobediencia, <i>ne bis in idem</i>	264

	Página
Sentencia 338/2010, AP Madrid, de 7 de septiembre: La diferencia entre resistencia y atentado	266
Sentencia 116/2010, AP Jaén, de 9 de septiembre: Demolición de lo edificado; delito urbanístico	267
Sentencia 386/2010, AP Tarragona, de 9 de septiembre: Concepto legal de edificación no autorizable	270
Sentencia 701/2010, AP Barcelona, de 13 de septiembre: Condición de los interventores de RENFE a efectos de los tipos penales	271
Sentencia 494/2010, AP Gerona, de 13 de septiembre: Falta de dejar sueltos animales dañinos ¿genera responsabilidad civil?	272
Sentencia 195/2010, AP Madrid, de 13 de septiembre: Responsabilidad civil de los padres por los delitos cometidos por los hijos: moderación	273
Sentencia 1327/2010, AP Madrid, de 13 de septiembre: La «relación de pareja» estable como presupuesto de los tipos de violencia de género	274
Sentencia 1328/2010, AP Madrid, de 13 de septiembre: Violencia de género: no se requiere un elemento finalista	277
Sentencia 340/2010, AP Orense, de 13 de septiembre: Afectación de la imputabilidad del acusado por drogadicción: robo	279
Sentencia 485/2010, AP Tarragona, de 13 de septiembre: Violencia en el ámbito familiar: concepto penal de relación de afectividad	281
Sentencia 274/2010, AP Zaragoza, de 13 de septiembre: Utilización de tarjeta de crédito ajena: absolucón	282
Sentencia 101/2010, AP Badajoz, de 14 de septiembre: Medida de alejamiento: consentimiento de la persona protegida	284
Sentencia 537/2010, AP Barcelona, de 14 de septiembre: Drogas: principio activo en los casos de tetrahidrocannabinol	286
Sentencia 303/2010, AP Castellón, de 14 de septiembre: Robo; uso de armas; pistola simulada «soft air»	288
Sentencia 123/2010, AP Huesca, de 14 de septiembre: Alevosía o abuso de superioridad. Asesinato	289
Sentencia 185/2010, AP La Coruña, de 14 de septiembre: Petición de nulidad implícita. Indefensión. Derecho a la prueba	291
Sentencia 307/2010, AP Madrid, de 14 de septiembre: Desobediencia: es inexcusable que la orden desobedecida sea legítima y dada por autoridad competente	292
Sentencia 299/2010, AP Palma de Mallorca, de 14 de septiembre: Delitos contra la propiedad intelectual: requisito de la «confundibilidad»	294
Sentencia 123/2010, AP Pontevedra, de 14 de septiembre: Nulidad de actuaciones por efectiva indefensión; escrito de alegaciones no incorporado a los autos	295
Sentencia 127/2010, AP Pontevedra, de 14 de septiembre: Tutela judicial efectiva: falta de disposición de la grabación del juicio por parte del recurrente	296

	Página
Sentencia 64/2010, AP Salamanca, de 14 de septiembre: Lesiones por imprudencia: empujón que causa graves lesiones; absolución	297
Sentencia 586/2010, AP Valencia, de 14 de septiembre: Robo: uso de medios peligrosos; destornillador	299
Sentencia 34/2010, AP Zamora, de 14 de septiembre: Violencia en el ámbito familiar: derecho a no declarar y presunción de inocencia	300
Sentencia 90/2010, AP Ciudad Real, de 15 de septiembre: Plantación de marihuana: alegación de autoconsumo	302
Sentencia 969/2010, AP Madrid, de 15 de septiembre: Robo o robo de uso; intención del autor	304
Sentencia 206/2010, AP Oviedo, de 15 de septiembre: Delitos contra la fauna: caza con lazo	305
Sentencia 654/2010, AP Vizcaya, de 15 de septiembre: Desalojo forzoso de pleno municipal: desobediencia, atentado, desórdenes públicos	308

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	315
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	323
DERECHO PROCESAL PENAL	325

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MEDIACIÓN PENAL EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO

Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado ^(*)

ELENA MARTÍNEZ GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Centro de Estudios Multidisciplinares en Violencia de Género

www.uv.es/genero

Universitat de València

RESUMEN

Mediación penal en los procesos por violencia de género

Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado

La LO 1/2004, de Medidas Integrales de Protección contra los actos de Violencia de Género, introdujo un interesante debate con motivo de la prohibición establecida en torno a la mediación en cualquier conflicto penal o civil derivado de este tipo de violencia (artículo 85 ter, párrafo 5).

Discernir entre situaciones de violencia, graduar entre ellas y que las partes se corresponsabilicen en la transformación de la convivencia y en los roles desiguales, puede ser una oportunidad de solucionar el conflicto. La causa pasa a encontrarse *sub iudice* durante el tiempo que dure el pacto de ejecución al que hayan llegado las partes. Esto que planteamos no se encuentra carente de riesgos muy graves, que exigen delimitar en qué casos no debe admitirse de ningún modo y en qué supuestos podría admitirse y ser una posibilidad dentro del proceso penal. A tal fin responden el estudio propuesto en las siguientes líneas.

Palabras clave: Mediación, género, justicia, restaurativa, principio, oportunidad.

ABSTRACT

Mediation in gender violence procedure Between the real solution of the conflict

and the *ius puniendi* of the State

The LO 1/2004, of Protection Measures against Gender Violence Act, introduced an interesting issue in relation to the prohibition regarding the mediation of any criminal or civil conflict, arising from this type of violence (article 85 ter, paragraph 5).

Distinguish between situations of violence and giving the chance to both parties of being corresponsable in the transformation on a new way of sharing and living based on equalitarian roles can be an opportunity to resolve the conflict. The cause goes under the supervision of Justice Administration during the time of the implementation agreement that the parties have reached. This proposal is not devoid of serious risks that require defining in what cases should not be allowed in any way and in what circumstances it could be accepted and be a part of criminal opportunity. To this end, the proposed study meet the following lines.

Key Words: Mediation, gender, justice, restaurative, principle, opportunity.

(*) El presente artículo se encuadra en el marco de dos proyectos de I+D diferentes pero claramente complementarios e interdisciplinares. Nos referimos a PROMETEO/2010/095 «Mediación y arbitraje: piezas esenciales del modelo de justicia en el Siglo XXI» y DER2009/13688 «Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio transdisciplinar a través de la educación, los medios de comunicación y la actuación de los Jueces».

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE.
 - II. LA PROHIBICIÓN DE MEDIAR EN LOS CONFLICTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - III. LA DESIGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA.
 - IV. LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN EQUIDISTANTE E *INTER PARTES* DEL CONFLICTO. DOS VISIONES CONTRAPUESTAS DE LA MEDIACIÓN: ¿FRACASO O NUEVA VISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?
 - V. UN EJEMPLO REAL: LA DENOMINADA «JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA» EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.
 - VI. PROPUESTAS PARA UNA POSIBLE MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO: PRESUPUESTOS, PRINCIPIOS Y ASPECTOS PROCESALES SUJETOS A REVISIÓN:
 1. **Presupuestos.**
 2. **El principio de oportunidad.**
 3. **Ley de mediación penal futura para los conflictos en violencia de género.**
 4. **Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**
 5. **Modificaciones en el Código penal.**
 - VII. LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO EN FASE DE EJECUCIÓN PENAL.
 - VIII. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.
 - IX. CONCLUSIONES Y CLAVES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN VIOLENCIA DE GÉNERO.
-

I. PLANTEAMIENTO DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

El debate jurídico planteado desde el inicio de la puesta en marcha de la LO 1/2004, de Medidas Integrales de Protección contra los actos de Violencia de Género, con motivo de la prohibición de mediación establecida en el artículo 85 ter, párrafo 5, no ha sido solucionado tras cinco años de aplicación de esta Ley sino, antes al contrario, la grieta interpretativa abierta ha sido cada vez más profunda⁽¹⁾. Paralelamente, desde hace una década, hemos

(1) Artículo 85 ter, párrafo 5, «1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia

asistido durante estos años a una sinergia proclive a comprender compatible los fines del proceso penal y la introducción de esta fórmula alternativa a la imposición necesaria de la pena por el Juez.

En este marco de debate científico irrumpe esta prohibición, acompañada de importantes escollos arrojados por la propia práctica judicial, donde paradójicamente, la opinión de los distintos operadores jurídicos especializados en violencia de género es muy dispar, lo que enriquece más, si cabe, el objeto de este debate.

La mediación penal es un procedimiento de resolución de conflictos que debe de discurrir entre la búsqueda de la solución real al conflicto y la pretensión procesal, conceptos que no siempre van de la mano en el proceso penal. Se dice que sólo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito y en ella la víctima puede verse reconocida y perdonar. *A priori* estos fines quedan fuera del proceso penal y, por tanto, de su pretensión;

-
- o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
 - c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
 - d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado.
 - e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.
2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:
- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
 - b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
 - c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
 - d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
 - e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
 - f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
 - g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
 - b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.
 - c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
 - d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
5. *En todos estos casos está vedada la mediación».*

sin embargo, la práctica ha demostrado el alto grado de reincidencia dado en este tipo de delincuencia por la razón de que el verdadero conflicto no se ha solucionado por y en el proceso penal. Según se verá, en este tipo de delitos existe un elemento diferenciador que no concurre en ningún otro tipo penal, a saber, la relación de *afectividad*⁽²⁾. El presente elemento va a ser una clave interpretativa a tener en cuenta al abordar los conceptos en juego, igual que lo será el *desequilibrio* indubitado en el que se encuentran las partes del conflicto que, en definitiva, ha llevado al legislador a establecer dicha prohibición incompatible con el principio de igualdad de nuestra Constitución (artículo 14). En conclusión, en la medida que no se aborde con plenitud y dentro del proceso penal el conflicto existente, la simple imposición coactiva de la pena resultará —en numerosas ocasiones— incompatible con la relación de afectividad que quieren seguir manteniendo las partes del conflicto, con su segura perpetuación de los roles de víctima y agresor y con una consecuente elevación del nivel de riesgo y violencia para y contra ella. Esta triste realidad es algo que —frecuentemente se va a dar— imponamos o no la pena, porque conflicto real y pretensión van por cauces dispares. Con la propuesta de mediación pretendemos:

- a) Que en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones se intente atajar las raíces del conflicto;
- b) Que se eviten nuevos incumplimientos del maltratador y se reubique a la víctima en posición de igualdad.

Son otras las ventajas que un cambio de patrón, como el que se propone en estas líneas, podría traer consigo. En términos de eficacia procesal, escuchar a las partes en su conflicto y posible solución de forma reglada y supervisada, puede ser bastante más barato para el Estado que aplicar, siempre y en todo caso, en sistema punitivo estatal. Discernir entre situaciones de violencia, graduar entre ellas y que las partes se corresponsabilicen en la transformación de la convivencia y en los roles desiguales, puede ser una oportunidad de solucionar el conflicto. La causa pasa a encontrarse *sub iudice* durante el tiempo que dure el pacto de ejecución al que hayan llegado las partes.

Todo lo que decimos no se encuentra carente de riesgos muy graves, que exigen que cualquier novedad pase por respetar unas premisas de difícil cuestionamiento. A tal fin responde el estudio propuesto en las siguientes líneas.

II. LA PROHIBICIÓN DE MEDIAR EN LOS CONFLICTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La mediación como fórmula de resolución de conflictos no sólo generados en la esfera civil sino también el penal, nos llega desde el ámbito europeo a través de la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el

(2) Salvo en la violencia doméstica —de claro entronque con el género (con una etiología y explicación diferentes del abuso de poder manifestado en agresión)—, el resto de tipología delictiva no contiene este elemento de «afectividad» que distorsiona lo que se entiende por relación entre víctima y victimario y que les mantiene en roles que perpetúan la violencia.

proceso penal⁽³⁾. Paralelamente, desde este mismo ámbito europeo se obliga a los estados a comprender el complejo fenómeno de la violencia sexista y a regularlo, partiendo del reconocimiento del desequilibrio existente, de la manera más protectora posible para la mujer, que le evite la victimización secundaria y posibles nuevas agresiones. En conclusión, el desequilibrio entre las partes en conflicto y la quiebra del principio de igualdad son fundamento de la LO 1/2004 y *leit motiv* de la acción realizada a lo largo de toda la Ley en diferentes materias y, por supuesto, en materia penal.

Entender la violencia de género supone partir de una doble premisa como es, en primer lugar, la de dar voz a la víctima en el proceso llegando a comprender y respetar sus intereses en cuanto sean cohonestables con el orden público; en segundo lugar, dentro de la rehabilitación del condenado agresor está la necesidad de que se corresponsabilice de lo realizado y repare el daño y ello exige darle esa oportunidad de ofrecer algo a la víctima y que ella lo admita como reparación⁽⁴⁾. De esta forma, el compromiso o acuerdo al que se llega no es una pena independiente o ajena al bien jurídico dañado, sino que tiende directamente a restablecerlo⁽⁵⁾. Para entenderlo, pensemos que en una pareja —en la que se quie-

(3) A este respecto, véase la evolución dada en la materia en el ámbito europeo:

Recomendación núm. (83) 7, de 23 de junio, del Comité de ministros del Consejo de Europa por la que se pide a los Gobiernos de los Estados la regulación de mecanismos que aseguren la indemnización de la víctima en los casos en los que exista pena sustitutiva a la pena privativa de libertad;

Recomendación núm. (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal, donde se recomienda al Estado el uso y fomento de la mediación y conciliación;

Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia de las víctimas y la prevención de la victimización;

Recomendación (92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad como formas de combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión;

Resolución 1999/26, de 28 de julio, del Consejo Económico y Social sobre el desarrollo y aplicación de la mediación y la justicia reparadora en el derecho penal;

Comunicación de 14 de julio 1999 de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social sobre la alternativa real al procedimiento penal que puede ser la mediación entre delincuente y víctima;

Consejo Europeo de Tampere donde se concluye que los estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales también en materia penal (15 y 16 de octubre 1999);

Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2000 sobre la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas del crimen;

Recomendación núm. (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre la asistencia de las víctimas de las infracciones criminales. Véase su Anexo donde se define con claridad todos los aspectos relativos a la justicia restaurativa y, en concreto, a la mediación penal.

(4) Contrariamente a la idea que originariamente ha ido anudada a la reparación y compensación en el sistema penal de sanciones, donde alcanzar un acuerdo compensatorio presupone una suerte de reconciliación entre víctima y autor del hecho delictivo (*vid.* ROXIN, C., «Pena y reparación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 6), hoy parece que los postulados de dicha reparación tienen un fundamento diferente y alejado de tal presunción. Debemos distinguir —precisamente en los delitos de violencia de género— entre finalidad de la reparación (opción política que apuesta por la *oportunidad*) y la meta perseguida por el legislador al regular estos mecanismos restauradores de la justicia (*legalidad* como forma de lograr la igualdad y justa responsabilidad por el hecho). A este respecto *vid.* HASSEMER, W., «La persecución penal: legalidad y oportunidad», *Jueces para la democracia*, 4 septiembre/1988, p. 10.

(5) Pensemos que una mediación civil o mercantil se hace porque este tipo de solución de conflictos permite a las partes continuar, por ejemplo, con una relación comercial y éste puede ser un interés tan importante para las partes como la recuperación de las reivindicaciones iniciales que les han llevado ante los Jueces. Claro está, que en la mediación penal entran en juego otro tipo de intereses y lo público *a priori* no entiende de negociaciones e intereses particulares. Pero precisamente aquí debe residir el cambio: cómo seguir tutelando intereses públicos por el Juez, dando

bra la igualdad en los términos que ocurre en la violencia de género—, la víctima pretende —en numerosas ocasiones— acabar con el desequilibrio pero no perder el ámbito afectivo que le une a la pareja. Y esta doble pretensión es incompatible con el sistema punitivo y procesal actual de diseño decimonónico⁽⁶⁾.

Lo que en ningún caso debe ser admisible es una suerte de relajación del elemento público a favor del privado. Es decir, la manifestación de la violencia física o psicológica es un atentado grave contra la persona. Sus causas tienen una base afectiva y emocional que le lleva a comportamientos asociales con sus parejas o ex parejas. La mediación va a permitir generar el marco para hablar, negociar y entablar condiciones en relación con las causas que generan la violencia, pero respecto de los actos agresivos no podemos permitir una minimización de su desvalor. Cuestión diferente es que si atajamos las causas de la violencia, sea razonable permitir reconocer una modulación de la pena, según el tipo de violencia generada pero —siempre y en todo caso—, cuando este diálogo se produzca en el marco de un proceso judicial y restablecido con carácter previo el equilibrio *inter partes*, o mejor dicho, restablecida libre y fehacientemente la libre determinación de la autonomía de la víctima mujer. Si esta última condición no se genera, en ningún caso se debe permitir por el Juez o Ministerio Fiscal —como responsables de velar por el orden público y la vulnerabilidad de la parte en conflicto— la posibilidad de acceder a una mediación penal entre ellas.

Los conflictos en violencia de género sólo deben ser mediables según las características del mismo y el estadio o grado de violencia impuesto por el hombre hacia su pareja. No es lo mismo una primera amenaza o zarandeo físico que una situación de violencia habitual. En el primer caso, roto el principio de igualdad, si la mujer víctima reacciona solicitando a la Justicia la tutela de sus derechos, *debe entenderse que el principio de igualdad lo tiene dicha mujer interiorizado* y al primer abuso es capaz de sacarlo de la esfera privada y ubicarlo en la pública con la tutela penal de sus derechos fundamentales. En el segundo supuesto, dicho principio constitucional ha sido minado durante ese periodo donde la violencia se ha convertido en habitual y cuando la mujer acude a la Justicia el desequilibrio preexistente entre las partes no permite negociar o transaccionar, por eso el orden público pasa a ocupar un primer plano y no puede dejarse en suspenso, atenuarse o negociarse la ejecución de una pena. Por esta razón, en el proceso penal con carácter general las faltas son ampliamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia como objeto de mediación pero no los delitos⁽⁷⁾.

En conclusión, la prohibición del legislador tuvo todo su sentido en esta primera fase de cambio de percepción legal de estas acciones delictivas y de su firme voluntad de trans-

voz a las partes del conflicto y supervisando que ambas se encuentran en igualdad de oportunidades para exigir y dar de forma acorde y respetuosa con la ley y el orden público.

(6) Muy interesantes las líneas de reflexión de PÉREZ GINÉS, C.A., «La mediación en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil cumplimiento)», *La Ley penal*, núm. 71, mayo 2010.

(7) Esta aceptación en materia de faltas no es honesta en el sentido de que son muchas las ocasiones en las que tras la falta no existe una investigación real de lo ocurrido o, cierta jurisprudencia, entiende erróneamente que la falta de prueba del ánimo discriminatorio, convierte en falta el delito de violencia de género.

formar la sociedad, en sus roles de género, de forma más igualitaria y comprometiendo al Poder Judicial en dicho cambio, según se explicará en los siguientes apartados⁽⁸⁾.

III. LA DESIGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

Para entender la acción llevada a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, es necesario hablar del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad. Las claves de dicha interpretación servirán para realizar los ajustes procesales propios de la incorporación del principio de igualdad a los procesos en los que se tutelan actos violentos de género⁽⁹⁾ y, en concreto, para poder plantearnos la adecuación de esta fórmula pacífica de solución del conflicto ante este tipo de violencia, de naturaleza desequilibrada y machista. Insistimos que los términos «resolver el conflicto» atienden a las causas de la violencia y no a una minimización de la acción delictiva y de la consecuencia penal.

El artículo 14 CE consagra ese derecho desde una doble perspectiva. En primer lugar, se refiere a *la igualdad formal*, que impone la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este mandato es doble⁽¹⁰⁾. En segundo lugar, y con el fin de alcanzar la igualdad, la prohibición de la discriminación tiene un alcance *material* en el artículo 14 en relación con el artículo 9.2 CE, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su efectiva realización. Ello implica una obligación para los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva. Y es aquí cuando se permite la discriminación positiva para lograr tal fin. En este sentido, afirma el Tribunal Constitucional «La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados» (STC 216/1991). Nos encontramos, pues, en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el «derecho desigual igualatorio»*; esto es, la desigual situación de partida de un determinado colectivo requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y

(8) Existe muy poca bibliografía específica. Recomendamos la lectura de ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant monografías, 2008.

(9) Cuesta afirmar que desde que se promulgó la Constitución española de 1978, donde se sitúa al principio de igualdad como piedra angular de ésta, este mandato a los poderes públicos todavía no se ha hecho una realidad en materia de género, entre el hombre y la mujer, en casi ninguno de los ámbitos en los que éstos interactúan y tampoco en el de las relaciones de afectividad.

(10) Por un lado, exige *la igualdad de trato* a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Es decir, ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales y cualquier desigualdad debe ser razonable y proporcionada (STC 229/1992). Pero por otro lado, también impone la *prohibición de discriminación, de modo que se prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables*, «que afectan a colectividades concretas», que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto (artículo 10 CE).

efectivo. De lo contrario se produciría la «discriminación por indiferenciación», es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles⁽¹¹⁾.

La Ley Orgánica 1/2004 parece haber asumido esta diferenciación de trato lo largo de su articulado. Una de ellas —y la única controvertida— incide sobre el ordenamiento penal. A ella se refiere el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 59/2008 —entre otros— que ha declarado expresamente la constitucionalidad del artículo 153.1 CP⁽¹²⁾. No se trata de un supuesto de discriminación positiva ni de medida de acción de esta índole, sino simplemente de «una legislación sexualmente diferenciada, que es razonable porque obedece a la selección constitucionalmente legítima, al amparo del artículo 9.2 CE, de bienes jurídicos y finalidades constitucionalmente legítimas distintos a los protegidos por las normas generales del Código penal sobre malos tratos, lesiones, coacciones o amenazas»⁽¹³⁾. O, en otros términos, se trata de una ley sexo-específica⁽¹⁴⁾.

En este sentido, entender la posición del Alto tribunal, supone partir de los siguientes aspectos⁽¹⁵⁾:

- a) La desigualdad de género en las relaciones de afectividad que generan violencia y sometimiento constituyen el plus de protección dispensado por el legislador en estos tipos penales. Se trata del principio de igualdad entre el hombre y la mujer del artículo 14 CE. Como esta desigualdad se genera casi de forma unánime en una dirección, la consecuencia lógica ha sido que el sujeto pasivo siempre será el mismo, pero la protección dispensada se dirige a dicho principio protector de la igualdad y del género en el ámbito de las relaciones de afectividad.
- b) El género (y la vulnerabilidad en que se encuentran estas personas frente a la violencia en el ámbito de la pareja) es el fundamento de la diferencia de penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador en la norma. Por esta razón, la agravación de las penas al maltratador la ha generalizado el legislador para todos los casos que afecten a los sujetos pasivos que sufran dicha violencia dentro enclave de la relación afectiva, tanto para la mujer como para las personas especialmente vulnerables (hijos, ancianos, etc.).

(11) RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., «El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *La nueva Ley contra la Violencia de Género* (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp. 65 y ss., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela Judicial de la Violencia de Género*, Iustel, 2007.

(12) Sobre esta sentencia véase el comentario de LARRAURI PIOJAN, E., «Igualdad y violencia de género», *Revista para el análisis del Derecho*, Indret, febrero 2009, www.indret.com.

(13) ALÁEZ CORRAL, B., «El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi, p. 14.

(14) AÑÓN ROIG, M.J./MESTRE MESTRE, R., «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho», *La nueva Ley contra la Violencia de Género* (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp. 64 y ss.

(15) COMAS D' ARGERMIR, M., «La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución», *Tutela procesal frente a hecho de violencia de género* (VVAA, Coor. GÓMEZ COLOMER), *op. cit.*, pp. 61 y ss.

- c) Esta agravación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica. Cuando el código penal castiga de forma diferente al sujeto activo (empresario) que emplee sin contrato a españoles y a extranjeros, recibirá mayor reproche si el empleado es extranjero que si es nacional, dado que las condiciones de vulnerabilidad y especial situación de debilidad son diferentes (artículos 311 y 312 CP).
- d) No se quiebra el principio de proporcionalidad, dado que no se priva al Juez de la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad dentro de la aplicación del Derecho penal, en las condiciones definidas por el legislador y acordes al artículo 9.2 CE para perseguir las finalidades constitucionalmente legítimas (principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la especial vulnerabilidad de ésta frente a la violencia de su pareja).
- e) El artículo 153.1 CP (así como los artículos 148.4, 172.2, 171.4, 5 y 6 CP) se trata de una norma sexo-específica que se dirige directamente a romper con la subordinación generada en el ámbito de la pareja y a restablecer la igualdad de género.

Con esta explicación podemos sentar las bases de entendimiento de la prohibición del legislador. Si hasta la aprobación de la LO 1/2004 se minimizaba la consideración delictiva de este tipo de conflictos por los poderes públicos y, ejemplo de esta situación también lo encontramos en la Judicatura, se entiende que el principio de igualdad se regulara marcadamente en una pluralidad de preceptos y que, en esa línea, no se permitiera a los órganos jurisdiccionales abrir puertas que «minimizaran» el sentido de la reforma y la novedad legal⁽¹⁶⁾. En conclusión, la prohibición de mediación penal del artículo 87 *ter* párrafo 5 para los conflictos de violencia de género, ha logrado de forma sensata impedir obviar a los aplicadores de la norma o restarle importancia al hecho delictivo, tal y como venía desde antaño siendo frecuente, sobrevalorando el ámbito de la privacidad familiar en detrimento de la dignidad e integridad física y moral de la persona y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja.

Hoy, a punto de cumplir el sexto aniversario de la puesta en marcha de la Ley en cuestión, con una aplicación generalizada y razonable de la norma por los Juzgados especializados y las secciones de las Audiencias Provinciales, es el momento de volver a reflexionar en la materia⁽¹⁷⁾ y fijar las condiciones y perfiles sobre las que podría ser factible. A este fin pretenden contribuir las siguientes líneas de reflexión.

(16) Este espíritu debe impregnar igualmente la interpretación de la propia LECrim y, fruto de ello (así como de otras muchas normas), es posible pedirle al legislador una revisión del artículo 87 *ter*, párrafo 5.

(17) Informe de la Subcomisión penal para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie D, 154/000005, de 23 de noviembre de 2009, núm. 296.

En este sentido, vienen pronunciándose SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa», *Panorama actual y Perspectivas de la victimología: La victimología y el sistema penal, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 121, 2007 y LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, 2007, p. 106.

IV. LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN EQUIDISTANTE E *INTER PARTES* DEL CONFLICTO. DOS VISIONES CONTRAPUESTAS DE LA MEDIACIÓN: ¿FRACASO O NUEVA VISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

Comprender el fenómeno del que hablamos exige entender el propio origen de la acción penal. Históricamente el propio derecho penal nace como una forma de negación de la idea de venganza que se ubicaba tras la Ley del Talión o, lo que es lo mismo, el «ojo por ojo, diente por diente». Este cambio fue acompañado de la asunción del monopolio estatal de la jurisdicción penal, en este caso, donde sería un tercero a partir de ese momento quien procedería a aplicar el derecho penal de forma impositiva, por la razón de que se privó de la acción a los titulares de la relación jurídica material entre víctima y victimario.

Desde hace un tiempo el modelo ha entrado en crisis. Las razones son muy variadas y valga como ejemplo para sostener el cambio que aquí señalamos aquella que se refiere a la ineptitud demostrada por el proceso penal para prevenir nuevos delitos o para resolver nuevas formas criminológicas, la poca presencia de la víctima en él —aun a sabiendas que el caso español es bastante más generoso que la mayoría de ordenamientos extranjeros—, y, en general, costes excesivos para una justicia desbordada. Además, de no cumplir las funciones propias que le atribuye la Constitución española relativas a la prevención general en la sociedad, la reparación de la víctima y la sociedad y la rehabilitación y reinserción del delincuente.

Ya no se trata de explicar el proceso penal a través de conceptos penales y procesales más o menos novedosos, tales como protagonismo de la víctima y la responsabilización de la conducta por el infractor, sino que hay que ir a la génesis real del problema y aplicarle en el siglo XXI una solución adecuada y que traiga como consecuencia que la víctima ya no se sienta víctima y que el infractor deje de serlo. Pero este cambio de perspectiva trae consigo el reconocimiento del ejercicio del *ius puniendi* del Estado para restablecer el orden público dentro proceso penal, donde se facilite el diálogo y se reconstruya la paz social, «devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil» y «minimizando las consecuencias negativas» que todo proceso penal conlleva⁽¹⁸⁾. En palabras de dicho autor, se trata de «otra» idea de la Justicia diferente a la clásica Justicia penal, basada en la «superioridad ética del modelo» restaurativo, donde se trata de «releer» los principios del proceso penal desde los valores dignificadores a los que sirve la justicia restaurativa⁽¹⁹⁾. La mediación penal no puede ser un «postizo» que se añade a un modelo procesal hoy caduco, sino que requiere de una modulación de alguno de los componentes del sistema penal, del sistema procesal penal y del sistema penitenciario, amén de la conformación orgánica y competencial de algunos de nuestros órganos jurisdiccionales⁽²⁰⁾.

Retomamos nuestras palabras que entendemos premisa básica en la aceptación de la reformulación del binomio mediación/causas del conflicto —en el marco del principio de

(18) RÍOS MARTÍN, J.C., «Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia (2005-2008)», *www.ammediadores.es*, p. 9.

(19) RÍOS MARTÍN, J.C., «Justicia restaurativa...», *op. cit.*, pp. 14 y 15.

(20) BARONA VILAR (VVAA), *La mediación penal para adultos*, «Prólogo», Tirant lo Blanch, 2009, p. 15. También *vid.* DE URBANO CASTRILLO, E., «La Justicia restaurativa penal», *la Ley penal*, núm. 73, julio 2010.

oportunidad cuya función es resaltar la finalidad y efectividad de la norma— y pena/consecuencias de desvalor —como ejercicio del principio de legalidad cuya meta a conseguir es la justicia e igualdad en la expiación del hecho—⁽²¹⁾. Ello lo consideramos así por la razón de que «realidad» y «consecuencias legales fijadas por la norma penal» van por caminos diferentes y, si bien para otra tipología delictiva poco o nada importa tal disfunción, en el caso de la violencia sexista se traduce en un conflicto perpetuado o no resuelto por la pena, por la razón de que el agresor sigue queriendo delinquir contra su víctima (y sólo contra ella) y, en ocasiones, con una indudable y no superada vinculación emocional de esa víctima respecto del agresor. Mirar a un lado negando tales premisas nos lleva a seguir maquillando el problema, en sus orígenes y consecuencias.

V. UN EJEMPLO REAL: LA DENOMINADA «JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA» EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Desde hace ya tiempo, a instancias de los Jueces se viene apuntando las dificultades que entrañan determinados conflictos, predominantemente en materia penal, que aunque constitutivos de delito o falta, tienen su origen en un problema de naturaleza social y psicológica. De esta forma, cuando el conflicto llega a manos del Juez, éste debe resolver problemas, digamos, de naturaleza humana que son la causa de que estos casos lleguen a los juzgados. En esta línea dentro del derecho anglosajón encontramos la creación de juzgados que intentan comprender y enfrentarse al problema subyacente origen del delito o falta y, a su vez, ayudar a los sujetos en conflicto desde el propio Juzgado y dentro del proceso penal con el fin de que se trate el problema eficazmente, se eviten reiteraciones delictivas y se desperdicien recursos.

La «Therapeutic Jurisprudente» es un movimiento en el ámbito de los jurídico y judicial que explica —dentro del proceso penal— una nueva forma de elaborar la solución del conflicto⁽²²⁾. Existen ejemplos meridianamente claros de conflictos en los que la prisión en ningún caso aporta solución alguna al problema social generado por el individuo en cuestión. Ejemplo de ello son Juzgados de Tratamiento de Drogas, fundados en Miami en 1989, creados a partir de la toma de conciencia de que las condenas por posesión de drogas (sin que mediara acto de violencia) no consigue efecto alguno si no se realiza una terapia que acabe con la adicción.

No significa que la justicia penal a través de estos juzgados especializados haga funciones que le corresponden a la Administración, pero sí que se impongan penas y/o medidas de seguridad en proceso penal con cierta eficiencia y acorde con la resocialización del delincuente, conminando a la administración pública a que preste su servicio. Se trata, por tanto, de ejercicio de jurisdicción en el proceso, orientada a la resolución tangible de

(21) Ya hemos aludido *supra* a la necesaria coherencia que arroja el derecho penal y el proceso de los principios de oportunidad y legalidad, siendo el primero una opción política que introduce finalidades diferentes (pero necesarias) a la responsabilidad justa e igualitaria por el hecho cometido (principio de legalidad). A este respecto *vid. HASSEMER, W.*, «La persecución penal: legalidad y oportunidad», *op. cit.*, p. 10.

(22) Sobre esta materia puede encontrarse abundante información en www.restorativejustice.org, www.vorp.com, www.therapeuticjurisprudence.com.

los casos, desde una perspectiva multidisciplinar tendente a averiguar *qué* soluciones legales funcionan y *por qué*, sobre la premisa de «que la ley es una fuerza social que puede producir consecuencias terapéuticas o antiterapéuticas». «La JT propone que utilicemos los instrumentos de las ciencias de la conducta para estudiar el impacto terapéutico y antiterapéutico de la ley y que pensemos creativamente en cómo mejorar el funcionamiento terapéutico de la misma sin violar otros valores importantes, tales como los referidos al debido proceso (Gault)»⁽²³⁾.

Sobre esta base, en numerosos países vienen realizándose mediaciones en materia penal⁽²⁴⁾, que combinan el criterio cualitativo con el de la gravedad del caso y de la pena. En esos ordenamientos se regula este sistema de aplicación del derecho penal reconsiderando la forma en la que se llega y aplica el castigo, sin perderse por ello el efecto intimidatorio de la pena o minimizando las acciones delictivas.

VI. PROPUESTAS PARA UNA POSIBLE MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO: PRESUPUESTOS, PRINCIPIOS Y ASPECTOS PROCESALES SUJETOS A REVISIÓN

La escasa eficacia que tiene el sistema procesal penal, en los términos establecidos en la LECrim, hace reflexionar sobre su necesaria actualización y reforma. La pregunta básica que surge al hilo será la siguiente: ¿debe la pena retroceder en aras del principio de subsidiariedad del derecho penal a favor de la reparación y restauración del orden dañado?

El análisis de GONZÁLEZ CANO desde un punto de vista constitucional y procesal es inmejorable. El proceso penal tiene la doble finalidad de ser instrumento para el ejercicio del *ius puniendi* del estado pero también la de satisfacción de derechos e intereses⁽²⁵⁾. No es algo ajeno al derecho penal ni algo que se encuentre desregularizado⁽²⁶⁾, de hecho, en la actualidad los artículos 21 y 27 CP regulan la atenuación de la pena por la existencia de conciliación entre víctima e infractor a través del proceso de mediación, algo que si bien podría darse en otra tipología delictiva no es el fin a alcanzar en materia de violencia sexista y, en tal sentido, se requeriría de cierta reformulación legal de las normas.

1. Presupuestos

La mediación se articula sobre cuatro criterios básicos⁽²⁷⁾, concretables, también, en los casos de violencia sexista.

(23) WEXLER, D./WINICK, B., «La transformación del Papel de la Justicia», *www.therapeuticjurisprudence.com*.

(24) BARONA VILAR, S., *La mediación para adultos...*, *op. cit.*

(25) GONZÁLEZ CANO, I. (Coor. BARONA VILAR, S.), *La mediación para adultos...*, *op. cit.*, p. 27.

(26) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Las Víctimas...», *op. cit.*, pp. 235 y ss.

(27) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., «Las Víctimas...», *op. cit.*, p. 240.

- 1) En primer lugar, la consideración de la víctima de violencia de género como persona capaz de comprender el hecho delictivo y de condenarlo como tal. No cabe justificación alguna; de darse, nos encontraríamos fuera del ámbito de lo mediable, porque mediación no es reconciliación⁽²⁸⁾.
- 2) En segundo lugar, el reconocimiento del victimario de los hechos delictivos cometidos contra la víctima y el porqué de su realización, con asunción explícita de la existencia de un abuso de poder y desequilibrio dentro de la relación de afectividad presente o pasada.
- 3) La creación de un espacio de comunicación reposado que genere la reflexión de lo ocurrido y el significado dañino que ello tiene en sus vidas. Espacio que será creado por un mediador formado en este tipo de comunicación vertebrada y equidistante, que asegure las condiciones de equilibrio y respeto en dicha comunicación, con poder para romper el diálogo cuando se quiebren estas condiciones.
- 4) La posibilidad de construir por víctima y victimario una reparación adecuada al daño producido a la víctima y a la sociedad, que en nuestra opinión siempre debería ir acompañada de un sometimiento obligatorio a terapia conductiva en el caso del maltratador y, en su caso, si así se estimara y aceptara, también por la víctima.

En conclusión, más que hablar de tipos delictivos susceptibles de mediación, consideramos más factible que se cumplan los requisitos expuestos con anterioridad. Lo importante no es que se denuncie una falta y ésta se someta a mediación. El órgano jurisdiccional tiene el deber de averiguar todo lo ocurrido en el tiempo y sólo si concurren los citados requisitos se podrá incoar procedimiento de mediación.

2. El principio de oportunidad

La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal (y, por tanto, la influencia de principio acusatorio puro de partes) es una realidad callada en nuestro proceso, que sólo cuando se acude a juzgados se puede comprobar, que se manifiesta en detrimento del principio de legalidad, de alguna forma. En palabras de MORENO CATENA el principio de legalidad «hunde sus raíces tanto en el positivismo legalista propio del movimiento codificador del siglo XIX, como en las doctrinas retribucionistas de la pena, de modo que la Ley ha de proporcionar al órgano público de acusación los parámetros seguros para el ejercicio de acción»⁽²⁹⁾. Hablar hoy de rehabilitación, reinserción y reeducación impone entender el proceso penal con presupuestos diferentes al principio de legalidad, pues éste

(28) *Vid.* nota 4.

(29) MORENO CATENA, V., «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2002, Madrid 2003.

llevado hasta sus últimas consecuencias no crea una sociedad con menores tasas delictivas y tendente a la no reiteración del delito⁽³⁰⁾.

Volvemos sobre nuestras palabras señaladas *supra* en torno a la necesaria cohesión que el legislador debe de asumir en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal futura (*vid.* nota 4). Se pone de manifiesto que la realidad viene ajustada por la función jurisdiccional para no aplicar las normas (y penas) de manera poco eficiente, en términos constitucionales⁽³¹⁾, es decir, el principio de legalidad penal, que genera seguridad jurídica en la aplicación de la sanción penal, debe poder ser modulado por el Juez, previa habilitación normativa, en determinados casos, lo que nos lleva a admitir el principio de oportunidad reglada en el proceso penal. En tales términos, aceptar la oportunidad será ejercitar acción penal de la forma establecida por el legislador y, por tanto, no al margen de la legalidad.

Por esta razón, y sin que sea el objeto de estas líneas, para admitir el principio de oportunidad debe hacerse sobre la toma de conciencia de su alcance y significado, a saber, sobre las siguientes premisas⁽³²⁾:

- a) Respeto por el principio de separación de poderes: Mientras que el principio de legalidad asegura igualdad de trato entre los ciudadanos, el principio de oportunidad pone en peligro, en cierta forma, el principio de división de poderes, porque si la autoridad instructora puede decidir acerca de la no persecución de hechos delictivos, supone que el poder judicial acaba definiendo lo que es o no delito perseguible e importante, criminalidad más o menos grave.
- b) Respeto por la fase plenaria del proceso penal: Igualmente, se está «devaluando el plenario»: cuantos más delitos se eliminen durante la fase instructora —en especial la llamada «criminalidad en masa»— menor será el significado del juicio para el control de punibilidad. Esto ya es algo que ocurre con las conformidades en la actualidad⁽³³⁾.
- c) Respeto por el principio de publicidad del plenario. La publicidad es una garantía constitucional del proceso; todo lo que no pasa por la fase pública del proceso no puede ser fiscalizado por tercero.

(30) La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, sobre la simplificación de la justicia penal, exhorta a los Estados Miembros a que adopten la introducción del principio de oportunidad en los procesos penales con las necesarias cautelas en su aplicación.

(31) Eficiencia debe distar de conceptos tales como economía procesal, descargar a los tribunales de trabajo, etc. Eficiencia debe entenderse en el sentido constitucional de imposición penas por los Jueces y Tribunales orientadas a la resocialización y reeducación del delincuente, donde el derecho de la persona víctima de un delito sea restablecido, así como la paz en la sociedad. Muy interesante en este sentido la reflexión de DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, Oportunidad y Otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, núm. 73, julio 2010.

(32) HASSEMER, W., «La persecución penal: legalidad y oportunidad», *op. cit.*, p. 10.

(33) En la conformidad también hay oportunidad y, además, un diálogo vertical, escalonado, entre sujetos procesales que se encuentran en posiciones desiguales, *vid.* muy interesante a este respecto CANDAU PÉREZ, A. (junto a ANDRÉS, P., y TARUFFO, M.), *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 169. De hecho, en otros países es determinante en los casos de violencia de género la concepción *oportuna* del proceso penal, pues a pesar del entendimiento público de estos delitos de violencia de género, se acaba de alguna forma persiguiendo a voluntad de la parte ofendida que es quien genera el acervo probatorio mayoritariamente.

3. Ley de mediación penal futura para los conflictos en violencia de género

Consideramos, a la luz de todo lo dicho, que la mediación en violencia de género no puede tener exactamente las mismas características que en otro tipo de delitos. Aceptar la mediación en este tipo de agresiones físicas o morales dentro del ámbito de la afectividad, supone partir de la necesaria admisión de un desequilibrio de poder entre las partes, algo que ocurre en todo tipo de delitos, pero donde la negociación se da entre el Estado y el delincuente. En este caso, hablamos de una aproximación de posturas en la que una parte ha maltratado a otra y este dato debe modificar la naturaleza, el alcance y procedimiento de mediación.

¿Qué significa, entonces, mediación en violencia de género? El concepto de mediación aplicado a este tipo delictivo se definiría como la vía alternativa desarrollada dentro del proceso penal y destinada a aplicar el Derecho penal a través de la intervención activa de la víctima y el infractor en las fases procesales que establezca el legislador.

Para el diseño de este procedimiento debemos partir de varias premisas que deberá regular la Ley.

- 1) Cumplimiento de la obligación de investigar los hechos una vez interpuesta la denuncia y/o la querrela en los términos establecidos por los artículos 299, 774, 797, 309 bis de la LECrim. Del resultado de dicha investigación se deducirá judicialmente si se trata de un supuesto susceptible de mediación o no.
- 2) Necesaria solicitud a instancias del Ministerio Fiscal y/u órgano judicial.
- 3) Necesario reconocimiento por ambas partes de la naturaleza delictiva de los hechos.
- 4) No minimización o trivialización de los hechos por parte de la mujer. La recuperación de su autoestima y el reconocimiento de la gravedad de lo ocurrido es condición necesaria para poder derivar a una mediación, recurriendo, incluso, a una terapia previa, en su caso. Sólo así se restablece un diálogo de poder equilibrado en el que las partes apliquen el derecho penal de la manera más adecuada a la naturaleza del conflicto y necesidades de las partes pero, en definitiva, aplicando la ley penal.
- 5) Sólo aplicable cuando no hay reincidencia. Aquí se exige una especial labor judicial y de Fiscalía tendente a averiguar los hechos reales, antecedentes hasta llegar al acto violento denunciado y, en definitiva, averiguar si se trata este concreto hecho de la punta de un iceberg tras el que se ubica una situación violenta consentida —entendida como no denunciada— en el tiempo. En estos casos no debe haber mediación. Y ni que decir tiene que el juicio rápido no sirve a los fines averiguadores de conductas a los que nos referimos.
- 6) La función de las Unidades de Valoración Forense⁽³⁴⁾ en los procedimientos de mediación debe de ser previa al inicio del procedimiento con el fin de valorar por

(34) Estas unidades se encuentran adscritas al Instituto de Medicina Forense y tienen la siguiente composición: Un/a médico forense, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social. La citada composición pretende abarcar el conflicto de forma plural y compleja, a imagen y semejanza de este tipo de violencia. Su función es realizar los informes sobre

ese equipo psicosocial el grado de toma de conciencia que las partes tiene del conflicto (minimización de lo ocurrido, antecedentes, etc.) y, por tanto, del cumplimiento de las condiciones requeridas para mediar.

Además, con ello se obtiene el efecto —respecto de la víctima— de que su declaración pudiera tener mayor consistencia y que el miedo no le hiciera retractarse y/o querer volver con el agresor incumpliendo, probablemente, el mandato del 468 CP y —respecto del agresor— a tomar consciencia de la necesidad de recibir una terapia adecuada y a ser derivado de forma inmediata para recibir ayuda. La situación se encontraría *sub iudice* con la tutela institucional deseada.

- 7) La mediación no puede suponer un beneficio en detrimento de la víctima real o simbólica⁽³⁵⁾, al igual que tampoco puede ser un medio para desvirtuar la clara finalidad de los pronunciamientos civiles que corresponden a este tipo de tutela⁽³⁶⁾. Por tanto, el respeto por estos dos aspectos civiles y su supervisión por el Juez o el Ministerio Fiscal, pasa a ser presupuesto para poder realizar una mediación.

4. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La admisión de la mediación dentro del proceso penal exige de ciertas modificaciones de la Ley procesal y del Código penal⁽³⁷⁾, aunque no le falta razón a SUBIJANA ZUNZUNEGUI que la habilitación legal actual para admitir la mediación y reconducir el proceso se encuentra en los artículos destinados a regular las conformidades⁽³⁸⁾. Sin pretender más que una aproximación a esta cuestión *de lege ferenda*, valgan las siguientes propuestas:

los que el órgano jurisdiccional va a decidir, abarcando un estudio tanto de la víctima como del agresor e hijos, en su caso. Dicho estudio sólo se entrega al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de modo que en caso de que las medidas civiles las dicte un Juzgado de Familia la emisión de dicho informe es competencia de un equipo psicosocial diferente.

Una finalidad no prevista, pero evidentemente de utilidad práctica, sería extender las posibilidades que ofrecen dichas Unidades a la actuación preventiva de la policía, que debe evaluar riesgos objetivos. La valoración integral debe hacerse sobre los siguientes ejes a tenor del citado Informe:

- Valoración del resultado de las agresiones puntuales y de las consecuencias de la exposición prolongada a la violencia que ejerce el agresor como mecanismo de control de la mujer en el seno de la relación de pareja.
- Valoración de la agresión y la violencia en el plano físico y psíquico, y sus repercusiones en el ámbito social de la pareja.
- Estudio de la mujer y menores víctimas de la Violencia de Género, y del agresor en cada uno de los casos para poder integrar todos los elementos y circunstancias de la violencia, y alcanzar de este modo una imagen global de la situación denunciada.
- En el caso del estudio sobre el agresor, debe incluirse de manera sistemática una valoración del riesgo o peligrosidad que presente en los momentos del estudio.

(35) Sobre la responsabilidad civil véase IBÁÑEZ SOLAZ, M., «La valoración de la responsabilidad civil de la víctima de malos tratos», *Cuadernos de formación del Consejo General del Poder Judicial*, 2010 (en prensa).

(36) Nos referimos a las cuestiones relativas a la guardia y custodia de menores, régimen de visitas y periodos vacacionales, uso del domicilio familiar, cuestiones relativas a la pensión alimenticia, cuestiones relativas a la pensión por desequilibrio y otros gastos que puedan ser extraordinarios.

(37) Sobre estos pormenores existe un estudio pormenorizado realizado por el Consejo General del Poder Judicial, accesible en www.poderjudicial.es en la sección destinada a la Mediación, que a su vez se basa en el estudio realizado por varios autores coordinador por RÍOS MARTÍN, J.C., «Justicia restaurativa...», *op. cit.*

(38) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., *op. cit.*, p. 250.

- a) El artículo 2 LECrim debe incorporar la definición del concepto de mediación.
- b) El artículo 9 LECrim debe regular la competencia de los tribunales para decidir sobre la derivación del asunto a este tipo de procedimiento; para ello será necesario definir bien en el código penal, bien en la LECrim la obligatoria derivación, oída la Unidad de Valoración Integral de la víctima, sea cual sea la fase procesal en la que se encuentre.
- c) El artículo 325 LECrim sobre la actuación judicial en fase de instrucción que, conforme al Informe del Consejo, deberá desarrollar un procedimiento que garantice el derecho de información de las partes y de sus letrados relativo a este tipo de fórmula restaurativa e, igualmente, a su audiencia previa a la derivación donde otorgarán el consentimiento informado de someterse, en su caso, a una mediación⁽³⁹⁾.
- d) Los artículos 779 y 780 deberán admitir la posibilidad de que se presente escrito de calificaciones acorde al compromiso reparatorio fruto de la mediación emitido por el equipo mediador, en su caso.
- e) Para las faltas se deberá modificar el artículo 962 LECrim en el sentido de incorporar la posibilidad de ir a mediación y sus consecuencias.
- f) Igualmente, debiera regularse expresamente el hecho de que la información obtenida durante este proceso, sea cual fuere el momento procesal oportuno, no pueda constituir prueba las aportaciones en ese u otro proceso ni afectar, por tanto, a la presunción de inocencia⁽⁴⁰⁾. En este sentido deberá señalarse el contenido que debe reunir el acta del equipo mediador y qué cubre el secreto profesional, obligación que puede ser dispensable por las partes⁽⁴¹⁾.

(39) El sometimiento y la derivación del caso, en ningún momento, pueden suponer una paralización de la causa y, especialmente, de las diligencias de investigación. El intento de mediación se deberá hacer con la antelación suficiente que asegure la apertura del juicio oral con resultado positivo o negativo del intento de acuerdo.

(40) DEL MORAL GARCÍA, A., «Perspectiva de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal», *Revista Familia*, núm. 36, Universidad Pontificia de Salamanca, enero 2008, donde afirma que no es una fase destinada a recabar pruebas y donde las actuaciones de mediación no son prueba. La decisión de someterse a una mediación o su decisión contraria no son prueba, pero son más de actitudes valorables como indicio o contraindicio y deberán ser sometidos a debate contradictorio en juicio oral con las mismas garantías de inocencia que pudieran derivarse, por ejemplo, de un reconocimiento de culpabilidad en la fase de instrucción y su posterior negativa en juicio oral. Se tratará de una cuestión de lo que se pueda o no probar en juicio y de la decisión judicial plasmada en la sentencia. Afirma el citado autor «que sentar la regla de que el fracaso del proceso de mediación ha de ponernos en una situación idéntica a aquella en que el proceso no se hubiera iniciado no es real. (...) No significa que aquel sea culpable, pues hay muchas circunstancias y factores que pueden justificar creíblemente la realización de una actividad de reparación distinta a la culpabilidad y también algunas (...) que explican verosímilmente un prematuro reconocimiento de unos hechos delictivos por el autor que luego se retracta y que, por tanto, pueden explicar un pronunciamiento absolutorio a pesar de esa inicial confesión. (...) Es más correcto admitir que el reconocimiento de los hechos previo a la mediación, que la voluntad de someterse a ese proceso, puede influir posteriormente en la valoración probatoria —aunque, desde luego, no han de ser determinantes— para que el imputado adopte la decisión con toda la información y siendo consciente de todas las repercusiones», p. 94.

(41) Se debe tener en cuenta el hecho de que la declaración testifical del que fue mediador es uno de los supuestos que puede dar lugar a la ilicitud probatoria (artículos 11.1 LOPJ y 416 LECrim).

- g) En la Ley procesal debiera introducirse, según lo dicho, el principio de oportunidad reglada en el artículo correspondiente, actualizándose a una situación forense real y regularizando los casos en los que es adecuada la introducción de dicho principio, sus límites y formas.
- h) Fruto de ello, se tendrían que incorporar los momentos en los que una mediación penal sea posible y las consecuencias o efectos de ésta en sus diferentes fases.
- i) Pensemos que la ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse con anterioridad al juicio oral si se pretende que se acabe con un sobreseimiento o archivo de la causa (cuando la pena fuese inferior a un año de prisión). La reparación puede considerarse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el/la Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas. Ello exigiría tanto para delitos como para faltas, regular esta situación y sus condiciones para generar el sobreseimiento (638 y 641).
- j) Sobre la incorporación del acuerdo a la sentencia se estará al 248 LOPJ y se modificará el artículo 794 LECrim a tales fines.
- k) Igualmente se modificará el artículo 984 LECrim en materia de ejecución penal.

5. Modificaciones en el Código Penal

Nuestro derecho penal no recoge los postulados propios de la justicia restaurativa. Sin embargo, podrían reinterpretarse en esta clave como formas de atenuación de la pena, reparación, suspensión, sustitución, ejecución y extinción⁽⁴²⁾.

- a) Se debe incorporar expresamente una atenuante específica en el artículo 21 CP, donde se exprese el inicio de la reparación con carácter previo al juicio oral. La concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada puede llevar consigo la atenuación de la pena en uno o dos grados (artículo 66.1.1 y 2 CP).
- b) El código penal debiera incorporar un elenco de delitos no perseguibles de oficio en el que quepa la mediación en los términos que determine el legislador. Igualmente debiera haber una mención expresa para los casos en los que la pena a imponer sea en trabajos en beneficio de la comunidad, se haya solicitado indulto, se sustituya la pena, para la clasificación en grados o la libertad condicional, en los términos expuestos con anterioridad⁽⁴³⁾.
- c) Modificación del artículo 80.5 CP en el sentido de incorporar la posibilidad de que la mediación tras la sentencia, pueda habilitar al Juez para proceder a la suspensión de la prisión de hasta 3 años, aunque no concurra el requisito del 81.1 CP.

(42) Véase el extenso y cuidadoso estudio realizado por SUBIJANA ZUNZUNEGUI, pp. 251 y ss. También véase aquí el aludido informe del CGPJ.

(43) *Vid.* en ejecución apartado VII de este trabajo.

- d) En caso de mediar renuncia a la acción civil por la víctima debiera pasar a un fondo de ayuda a mujer maltratada como responsabilidad civil simbólica derivada de delito consumado, frustrado, tentativa, en los casos en los que haya mediación. Igualmente, aquel que no pueda pagar debe hacer trabajo en beneficio de la comunidad. La mediación no puede suponer un beneficio en detrimento de la víctima real o simbólica⁽⁴⁴⁾, al igual que tampoco puede ser un medio para desvirtuar la clara finalidad de los pronunciamientos civiles que corresponden a este tipo de tutela⁽⁴⁵⁾. Por tanto, estos dos aspectos civiles pasan a ser presupuestos irrenunciables en la mediación.

VII. LA MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO EN FASE DE EJECUCIÓN PENAL

Como punto de partida consideramos admisible la mediación en fase de ejecución judicial en los delitos por violencia de género. Dadas las incógnitas y desconfianzas existentes todavía sobre la aplicación de la mediación en procesos por violencia sexista, creemos que el legislador correría pocos riesgos admitiéndola *ad probandum* en fase de ejecución donde claramente y sin lugar a dudas el *ius puniendi* se ha hecho valer por el estado y existe pena a imponer.

Esta situación que planteamos no ofrece margen de duda cuando la aplicación de la mediación se imponga en fase de ejecución. Las razones se pueden resumir del siguiente modo:

- 1) Sin lugar a dudas, ya se ha aplicado el derecho penal y la mediación servirá como forma de canalizar una pena oyendo a la víctima —que debe seguir cumpliendo los mismos requisitos anteriores— y al condenado al que se le abre la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos e imposiciones derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez. Igualmente, a esta parte condenada le serán de aplicación los presupuestos o requisitos aludidos con anterioridad.
- 2) El incumplimiento de lo convenido en la mediación reactivará la condena pendiente y, además, constituirá un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP.
- 3) En ningún caso, el perdón del ofendido tiene virtualidad en este tipo de delitos públicos.

(44) Sobre la responsabilidad civil véase IBÁÑEZ SOLAZ, M., «La valoración de la responsabilidad civil de la víctima de malos tratos», *Cuadernos de formación del Consejo General del Poder Judicial*, 2010 (en prensa).

(45) Nos referimos a las cuestiones relativas a la guardia y custodia de menores, régimen de visitas y periodos vacacionales, uso del domicilio familiar, cuestiones relativas a la pensión alimenticia, cuestiones relativas a la pensión por desequilibrio y otros gastos que puedan ser extraordinarios.

Las posibilidades que podemos encontrar son las siguientes⁽⁴⁶⁾. En primer término, nos referiremos al condenado que no se encuentre en situación de privación de libertad; y, en segundo lugar, cuando se encuentre privado de libertad.

Cuando no se encuentre privado de libertad será aplicable tal negociación entre ambas partes con el fin de obtener algún beneficio penológico y poder valorar el esfuerzo reparator⁽⁴⁷⁾, siempre bajo el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el epígrafe anterior, en las siguientes penas y casos:

- a) Cuando la condena sea a pena de localización permanente⁽⁴⁸⁾.
- b) Cuando la condena sea a pena de alejamiento⁽⁴⁹⁾.
- c) Suspensión ordinaria de los artículos 80-86 CP, así como la suspensión especial del artículo 87⁽⁵⁰⁾.
- d) Suspensión durante la tramitación de un indulto.
- e) Valoración de la mediación a los efectos de sustituir la pena de prisión por la de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88 CP)⁽⁵¹⁾ cuando quede acreditar la reparación del daño.

(46) RÍOS MARTÍN, J.C., «La mediación en la fase de ejecución penal», *Revista de estudios penitenciarios*, Extra 2006, pp. 169 y ss.

(47) A través de este posible acuerdo se daría contenido a los numerosos supuestos en los que se procede a condenar y a sustituir sin que en la práctica haya ningún esfuerzo real por corresponsabilizarse y reparar el daño.

(48) *Vid.* artículos 35 y 37 CP y RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; RD 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005.

(49) *Vid.* artículo 57.2 CP; este artículo impone la obligatoriedad para el juez de adoptar en la sentencia la pena de alejamiento respecto de la víctima por aplicación de lo dispuesto en el artículo 48.2 CP. Sería una manera de mitigar los efectos derivados de esta pena de imposición obligatoria y que, en las ocasiones en las que no hay una toma de conciencia de la situación delictiva cometida por el agresor y sufrida por la víctima, deviene en quebrantamientos de condena del artículo 468 CP. En estos casos, existiría pena de alejamiento, con posibilidad de modulación tras la negociación y estando la causa *sub iudice* con supervisión judicial del cumplimiento de los requisitos establecidos para dicha suspensión.

(50) *Vid.* RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; también en RD 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005. Su incumplimiento conllevará la pena de prisión al no aplicarse el artículo 84.2 CP.

(51) Tanto para las penas que no sean superiores al año de privación de libertad como a las que sí lo fueren, según se establece en el artículo 88 CP y el RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se fijan las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; también *vid.* RD 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005. En caso de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debe retomarse la ejecución de la prisión que fue sustituida inicialmente, descontando las jornadas efectivamente cumplidas. Lo mismo ocurrirá cuando el incumplimiento verse sobre las obligaciones acordadas como condición para fijar la sustitución.

Cuando sí se encuentre condenado a pena privativa de libertad será un dato a tener en cuenta la mediación resultante con reparación del daño:

- a) Para la clasificación en los diferentes regímenes.
- b) Para la concesión de permisos.
- c) Para excluir el periodo de seguridad del artículo 36.2 CP.
- d) Para la concesión de la libertad condicional.
- e) Aplicación de la libertad condicional anticipada.

Acertadamente, afirma el citado autor que, en los supuestos en los que la mediación no siga adelante por voluntad de la víctima, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá decidir cómo afecta el proceso mediador a la ejecución de la pena en cualquiera de sus formas, aunque parece poco probable que si la víctima rompe la mediación sea por una actitud admisible del condenado. Corresponde a la unidad de valoración informar al órgano judicial sobre los problemas acaecidos en la negociación. Aquí la presunción de inocencia ya no está en juego y, por tanto, se trata sólo de los términos en los que se ejecuta la sentencia de condena. No cabe agravación o intoxicación por parte del Juez sino, en todo caso, la ejecución de la sentencia dictada.

VIII. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación —aun siendo una herramienta de comunicación y aproximación de las partes para la solución del conflicto de forma más satisfactoria—, debe estar reglado. Los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, oficialidad, flexibilidad, bilateralidad informan el proceso de mediación. Este procedimiento, además, debe ser gratuito.

Según se ha dicho, resulta básico que en un futuro se formule una regulación legal de los diferentes momentos o fases en los que se puede mediar con criterios objetivos que establezcan o unifiquen las decisiones judiciales de derivación a mediación (*ante causam*, *intra causam*, *post causam*, en fase de ejecución penitenciaria). En la bibliografía más asentada se establecen cuatro fases en la mediación que consideramos aplicables a nuestro objeto de estudio con los matices que se expondrán a continuación.

1) Fase inicial de contacto: se encuentra destinada a que el órgano judicial decida de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal proceder a derivar el caso a una posible mediación. Para ello se hace aconsejable que el legislador determine los perfiles del conflicto que hacen posible mediar y qué se entiende por consentimiento informado de las partes⁽⁵²⁾.

Por su lado, el procedimiento mediatorio debe regular cuál será el órgano mediador, características, etc. Sólo tras una entrevista individual este órgano —y dado el consen-

(52) Para ello recordar todo lo dicho en el apartado relativo a los presupuestos de la mediación (*supra*).

timiento de ambas partes— podrá decidir si es posible encontrarnos en una posición de igualdad suficiente como para iniciar un diálogo *inter partes* equilibrado o si es necesario derivar, con carácter previo a un equipo psicosocial. Entretanto, deberá quedar en suspenso el proceso principal y la mediación sólo se activará en el momento que el equipo psicosocial dé su visto bueno. A tal fin la Ley tendrá que regular plazos orientativos para estos profesionales.

2) Fase de acogida: en la presente fase importa que las partes se encuentren en un equilibrio restablecido y a través del mediador reconozcan la naturaleza del conflicto y la pena a imponer, en su caso, por el órgano jurisdiccional. Debe llegarse a través de un proceso comunicativo a que el imputado/procesado/condenado reconozca su culpabilidad, los hechos realizados y se corresponsabilice en el restablecimiento del orden público y daño generado a la víctima; por su lado, ésta debe reconocer que esos actos son delictivos y atentatorios contra su persona, consciente de que no son actos que puedan perdonarse ni minimizarse y dándole la palabra para que pueda manifestar cómo podría restablecer el victimario el daño producido a ella y a la sociedad en general. Esta fase puede ir acompañada de la necesaria instrucción de lo que significa el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como de apoyo psicológico y legal para ambas.

3) Fase de negociación: Aproximadas las partes al conocimiento profundo del problema que genera la violencia del hombre hacia su pareja o ex pareja, de las posibilidades de reincidencia si no se da la terapia debida y de las consecuencias penales derivadas de una nueva agresión, las partes deben proponer a través de la denominada «tormenta de ideas» las posibles formas reales de superar esta situación de violencia intrafamiliar y de pareja y éstas deberán aproximarse al catálogo de soluciones que el legislador proponga. La idea de permitir a las partes realizar esa «tormenta de ideas» se dirige a que se obliguen a interiorizar el conflicto y la reparación y deban pronunciarse sobre cómo restablecer el orden dañado. Cualquier acuerdo debe ser aceptado, *a priori* por el mediador y *a posteriori* por el juez.

Si no existiera acuerdo o éste no fuera lo suficientemente claro y corresponsable para el mediador, se procederá a archivar la mediación y a comunicar tal archivo sin más al órgano jurisdiccional⁽⁵³⁾. Sólo si en la mediación su hubieran dado indicios de nuevos delitos, debiera dársele parte al Juez.

4) Fase de ejecución del acuerdo: Esta fase se compone de dos momentos. En primer término, aceptado el acuerdo por el Juez quedará obligado a tomar una decisión de carácter procedimental, según el momento procesal en el que se haya generado el acuerdo⁽⁵⁴⁾.

(53) Téngase en cuenta aquí todo lo dicho sobre la importancia de no transigir en materia de responsabilidad civil y los pronunciamientos civiles que vienen aparejados a este tipo de delitos (*vid. supra*).

(54) DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, Oportunidad y otras propuestas para optimizar la Instrucción penal», *La Ley penal*, núm. 73, julio 2010, clasifica entre los supuestos en los que la causa se ha tramitado por diligencias previas del procedimiento abreviado o por Juicio de faltas.

En el primer supuesto, cuando se trate de un reconocimiento de hechos de los previstos en los artículos 779.1.5 y 801 LECrim), se procederá de inmediato a transformar en diligencias urgentes, con sentencia de conformidad y rebaja de un tercio de la pena. Se proclamará la firmeza de la sentencia y se envía a ejecución, es decir, se ejecuta la pena en los términos pactados por las partes y aceptados por el Juez.

A continuación, se procederá, entonces, a la ejecución de los términos del acuerdo. La Ley debe determinar las consecuencias del incumplimiento y la forma en la que se realice el seguimiento del cumplimiento y por quién.

Llegado a este punto, una cuestión nada sencilla de resolver es la relativa a la eficacia que puede tener voluntad participadora del maltratador y tendente a la reparación del daño. ¿Puede éste recibir algún beneficio si la víctima no quiso mediar?, en nuestra opinión, si no hay acuerdo, debe hacerse cumplir la Ley en los exactos términos que dice el Código penal y el órgano jurisdiccional encargado de resolver el asunto; así, la pena no está en manos de la víctima, y si el órgano jurisdiccional aplica, por ejemplo, el artículo 21.5 CP es porque ha habido un esfuerzo reparador (que no mediador). No se puede utilizar esta vía para seguir obviando a la víctima.

5) Fase de seguimiento: En violencia de género se recomienda que sean equipos psicosociales los que supervisen y emitan un acto para corroborar el estado de la ejecución.

Sólo pueden ser mediadores los equipos psicosociales o las Unidades de Valoración Integral en los términos que señale la Ley, no debiendo hacerlo ni el órgano jurisdiccional, ni la Fiscalía ni la policía. Deben tener la capacitación necesaria y exigida por la ley de mediación penal y, además, ser especialistas en materia de género e igualdad. En ningún caso puede salir del ámbito de la administración de justicia, pues hablamos de la aplicación del derecho penal.

IX. CONCLUSIONES Y CLAVES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

La delegación que el ciudadano hace de sus conflictos en manos de la administración de justicia ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias, de ahí que exista en la LECrim un reflejo del principio de legalidad y necesidad; ahora parece que las cosas cambian y se

Por su lado, en los demás casos y siempre y cuando la pena no exceda de seis años de prisión, aunque llegado a este punto ya no hay beneficio penológico alguno, sí podría considerarse el acuerdo de mediación a los efectos de apreciar la atenuante de reparación del daño, en ausencia de agravante alguna. *A posteriori*, igualmente, podría tener efectos beneficiosos con relación a una posible suspensión o sustitución pero, en nuestra opinión, siempre sujeto —no tanto a la intervención del maltratador en la mediación— sino antes bien a la existencia de un acuerdo forjado sobre la base de la toma de conciencia por ambas partes del carácter grave y delictivo de los hechos, la libertad en la negociación y la reparación de los hechos en los términos descritos *supra*.

En el segundo caso, si se tratara de un juicio de faltas en el que la mediación produce un acuerdo reparador satisfactorio entre las partes, se convocará una vista oral destinada a ratificar el acuerdo y dictar sentencia de conformidad y a reducir la pena conforme al artículo 638 CP. La sentencia será firme y se reconducirá a su ejecución. En estos casos, lo normal es que las partes no acudan a juicio oral y no ratifiquen, por lo que normalmente se acaba con un archivo de la causa equivalente a una sentencia absolutoria. El problema surge, como apunta el citado autor, en los casos en los que existía un acuerdo reparador económico, pues se hace inviable. Como el acuerdo no es título ejecutivo del artículo 517 LEC, la víctima queda desamparada, por eso lo razonable sería que el acuerdo se recogiera en sentencia condenatoria de conformidad con la mínima, pero concretando la responsabilidad civil. En mi opinión, es precisamente en este aspecto uno de los mayores óbices de la propuesta que hacemos porque el beneficio de no mediar es superior al de mediar. Hay que introducir algún elemento corrector.

debate sobre la necesidad de incorporar en la propia ley procesal una leve introducción del principio de oportunidad⁽⁵⁵⁾.

En palabras de Hassemer, hasta ahora se ha neutralizado a la víctima, su conflicto pasó a ser del estado. No se trata de introducir a la víctima para quitarle algo al imputado. «No se trata de privatizar el conflicto, en el sentido de considerarlo como asunto privado, toda vez que la mediación no se concibe como sistema alternativo sino como una herramienta más de la justicia penal para una adecuada respuesta al delito; como una respuesta que puede insertarse en las distintas fases del proceso con diversos efectos jurídicos y en cuya práctica han de observarse unos principios básicos —voluntariedad confidencialidad, libertad, neutralidad— (...) Es, pues, al Estado a quien corresponde la definición y articulación de esta figura, así como garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías procesales»⁽⁵⁶⁾.

No es un problema sólo de dotar de recursos económicos sino de cambio de percepción, de integrar pena, rehabilitación y satisfacción de la víctima. Supone sustituir los fines retributivos de la pena por los restaurativos. Hubo una expropiación de los derechos subjetivos a ser tutelado en el proceso penal y hoy hay una suerte de retroversión en esta situación, devolviendo al ciudadano lo que originariamente fue suyo, lo que le permite discutir la forma en la que debe aplicarse el derecho penal.

Además, se introducen parámetros de índole de justicia material claros, como es el hecho, en primer lugar, de la facilidad de cobro de los daños producidos a la víctima (pues la entrada en prisión del agresor impide normalmente indemnizar a la víctima), y para el maltratador la reparación deberá pasar a ser un acicate para que el Juez dé por sentado el restablecimiento del orden social y reparación de la víctima. Pero, igualmente, la causa *sub iudice* marca un paso de imposible vuelta atrás para el agresor más allá de los aludidos aspectos económicos, pues la administración de justicia pasa a auspiciar la protección de la víctima y a velar por la no reincidencia del victimario. La prevención general funcionará, dado que la sociedad percibe la aplicación judicial del derecho penal, la reparación del daño, la terapia conductual, y la administración de justicia tras los pasos de un delincuente primario al que reactivará la pena en caso de incumplir.

Todo ello sin olvidar la premisa fundamental de este trabajo, a saber, que no todos los casos serán mediables y que la mediación no es la solución a la crisis del proceso penal y, cuando menos, de los procesos por violencia de género, sino que es una posibilidad dentro del proceso penal para evitar futuras nuevas agresiones de parejas o ex parejas cuyas primeras manifestaciones violentas son afortunadamente denunciadas por la mujer que es consciente de que ese acto violento significa desequilibrio y desigualdad.

Por su lado, mientras el presunto maltratador afirme su inocencia, dispondrá del proceso penal público y contradictorio para que se demuestre su culpabilidad, haya habido o no intento de mediación, con pleno ejercicio del derecho de defensa.

(55) El castigo penal es siempre una mirada al pasado, no al futuro. Hacerle responsable en el restablecimiento del orden público es una mirada al futuro.

(56) RÍOS MARTÍN, *op. cit.*, p. 28.

A PROPÓSITO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2010 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 29 DE JULIO, SOBRE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS PROCESOS PENALES (*)

JUAN CARLOS VEGAS AGUILAR

*Becario de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Universitat de València*

RESUMEN

A propósito de la Instrucción 1/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 29 de julio, sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales

Con fecha de 29 de julio de 2010, la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 1/2010, en la que se establecen una serie de pautas dirigidas a la actuación de los fiscales en el impulso del proceso de ejecución penal. El leitmotiv de dicha Instrucción aboga por centrar el debate en el derecho a la tutela judicial efectiva. Desde estas líneas se pretende matizar dicho argumento, ya que consideramos que limitar la no ejecución de las sentencias penales a una violación de tal derecho es restringir, en gran medida, el fundamento del proceso de ejecución penal, el cual se encuentra en la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118 CE).

Palabras clave: Ejecución Penal, Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Ministerio Fiscal, Sentencia Penal, Proceso de ejecución, Acumulación de acciones.

ABSTRACT

In regard to the Instruction 1/2010 of the Government Prosecutor Service, 29th July 2010, about the functions of prosecutors in the phase of enforcement of penal processes

Dated 29th July 2010, the Government Prosecutor Service announced the Instruction 1/2010, which establishes a series of rules to be followed by public prosecutors in the impulse of the criminal enforcement proceedings. The leitmotiv of this Instruction pleads to focus the debate in the right to the legal effective guardianship. These lines try to clarify this argument, since we consider that to limit the non enforcement of penal sentences to a violation of such a right is to restrict, to a great extent, the foundation of the penal enforcement proceeding, which is in the obligation of fulfilling the sentences and other final court decisions of the Judges and Courts (article 118 CE).

Key Words: Criminal enforcement, Right to the legal effective guardianship, Public prosecutor, Criminal sentence, Enforcement proceeding, Actions accumulation.

(*) Este artículo ha sido redactado en el marco del proyecto DER2009-13688 titulado *Prevención y erradicación de la violencia de género. Su estudio transdisciplinar a través de los medios de comunicación, la educación y la actuación de los jueces.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. DEL PROCESO DE EJECUCIÓN.
 - 1. **El proceso de ejecución en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.**
 - A) El proceso de ejecución como elemento básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
 - B) El proceso de ejecución como deber de cumplir los pronunciamientos recaídos en la sentencia.
 - 2. **Diferencia entre *potestas* y *auctoritas*: dos facultades unidas en la potestad jurisdiccional.**
 - 3. **Principio de exclusividad de la jurisdicción: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.**
 - 4. **Diferencias conceptuales entre proceso y procedimiento.**
 - 5. **Concepto del proceso de ejecución.**
 - III. SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN PENAL EN PARTICULAR.
 - 1. **Naturaleza de los pronunciamientos contenidos en la sentencia penal: la aplicación del Derecho Penal.**
 - A) Acumulación de acciones civiles y penales en el procedimiento penal.
 - B) Proceso de ejecución civil de los pronunciamientos civiles.
 - 2. **Ejecución penal: derecho a la tutela judicial efectiva o deber de ejecutar las sentencias.**
 - A) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en el Ministerio Fiscal.
 - B) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en la acusación particular.
 - C) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en el acusado.
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de julio de 2010 la Fiscalía General del Estado (FGE) emitió la Instrucción 1/2010 en la que se establecen «las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales». Esta Instrucción sirve de complemento, según se expone en ella, a las Instrucciones 1 y 2/2008, dictadas con anterioridad, relativas a *la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial y las funciones del Fiscal en la fase de instrucción*, respectivamente.

De esta manera, la FGE potencia la intervención «dinámica y eficaz del Ministerio Público en las distintas fases del proceso penal». El objetivo de tales normas es «hacer

efectiva la importante función que ostenta el Ministerio Público en el proceso penal, impulsando la tramitación de las causas en cada una de las fases procesales». Por lo tanto, al ser la ejecución una parte más del proceso, el objetivo de la FGE es que los miembros del Ministerio Público también centren su actuación en el impulso de dicha fase procesal. Consideramos que la ejecución no sólo es una fase más del proceso, sino que supone un proceso en sí misma, la cual, junto con el proceso de declaración y el cautelar, se constituye en una de las funciones jurisdiccionales que la Constitución Española de 1978 atribuye en exclusiva «a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes» (artículo 117.3).

Este artículo carecería de rigor científico si no matizamos la afirmación realizada en el párrafo anterior. El artículo 117.3 de la CE no hace referencia, entre las funciones que componen la potestad jurisdiccional, a la función cautelar. Lo que ocurre es que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido de manera unánime que el *proceso cautelar* supone «un *tertium genus* que se corresponde también con una subfunción de la jurisdicción»⁽¹⁾. Por este motivo, aunque el precepto citado no haga referencia directa al proceso cautelar, es posible afirmar que la función jurisdiccional se configura como un poliedro de tres caras: *juzgar*, *ejecutar* lo juzgado y la *cautelar*, la cual asegura la eficacia de las dos primeras.

Dicho esto, nos parece muy positivo que el Ministerio Público actúe en el proceso de ejecución penal con el objeto de impulsarlo y controlar la forma en que dicho proceso se realiza. El problema surge cuando la fiscalía fundamenta la Instrucción, objeto de análisis en este trabajo, y la participación de los fiscales en el proceso de ejecución penal, en el derecho a la tutela judicial efectiva y en su violación para el caso de que las sentencias no se ejecuten. La propia norma señala que en el supuesto de que no se hagan efectivos «todos y cada uno de los aspectos» de los pronunciamientos recogidos en la sentencia «no sólo se mermaría la propia función jurisdiccional tal y como la Constitución la define, sino que también se resentiría el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 de nuestra Norma Fundamental».

Afirmar que la inexecución de una sentencia penal afecta al derecho a la tutela judicial efectiva nos parece limitar en gran manera el fundamento del proceso de ejecución penal. Es claro que en el proceso de ejecución de sentencias dictadas en cualquier otro orden jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra de una manera palpable, ya que en dichas resoluciones se le reconoce a la parte vencedora un derecho frente a la parte vencida. En tal caso, si ésta no lleva a cabo de manera voluntaria los pronunciamientos recogidos en la sentencia, aquélla puede acudir al órgano jurisdiccional competente para que los ejecute de manera forzosa y, en el supuesto de que dicho órgano se niegue a la ejecución, o la realice sin atenerse a los términos previstos en ella, sí se contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva⁽²⁾.

(1) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I, parte general*, 18.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 311. En este sentido también se pronuncian, entre otros, los autos de la Audiencia Provincial de Granada de 12 y 25 de julio de 2005. BD Aranzadi-Westlaw (*JUR* 2006\143992) y (*JUR* 2006\143921), respectivamente.

(2) La propia Instrucción hace referencia a la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución. El problema es que las sentencias a las que alude para sustentar dicha idea son referentes a órdenes jurisdiccionales diferentes del penal, a excepción de las dos últimas (SSTC 145/2006, de 8 de mayo, y 110/2009, de

Pero, en el proceso penal no se discute sobre la existencia o no de derechos de las partes, sino que lo que se sustancia es si el acusado ha cometido el hecho delictivo que se le imputa y si, en tal caso, el Estado puede ejercer el *ius puniendi* sobre el que ostenta el monopolio. Por este motivo, en el proceso de ejecución penal se dan otra serie de derechos y de deberes, sobre los que la Instrucción guarda silencio, que son muy importantes y que, por ello, se hace necesario analizar.

La propia Instrucción alude a que los Fiscales deben atender a una serie de circunstancias que se pueden dar en el proceso de ejecución tales como: el inicio del proceso, los incidentes de la ejecución, la ejecución de los pronunciamientos civiles, el levantamiento de medidas cautelares, etc.; en cuya sustanciación en algunos casos sí se encuentra patente el derecho a la tutela judicial efectiva, pero en otros casos no se da tal derecho.

El objeto de este trabajo es estudiar tales derechos y deberes y ver cómo se incardina el derecho a la tutela judicial efectiva entre ellos. Para ello debemos partir de un estudio del proceso de ejecución en general para, a continuación, examinar el proceso de ejecución penal de manera específica, proceso, además, al que hace referencia, exclusivamente, la Instrucción 1/2010, objeto de este trabajo.

II. DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

El artículo 117.3 de la CE establece que «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». De este precepto es posible extraer dos mandatos fundamentalmente. El primero radica en que la potestad jurisdiccional recae, en exclusiva, sobre los Juzgados y Tribunales, y el segundo consiste en que el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional comprende las funciones de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* ⁽³⁾.

Asimismo, y en íntima relación con la potestad jurisdiccional de *hacer ejecutar lo juzgado*, el artículo 118 de nuestra Carta Magna establece, entre otras, la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes dictadas por los Jueces y Tribunales ⁽⁴⁾. De esta manera, vemos cómo nuestra Ley Fundamental prevé, por una parte, que la *ejecución* es una de las funciones de la potestad jurisdiccional, la cual es ejercida por los Juzgados y Tribunales y, por otra, la obligatoriedad de que dicha ejecución se lleve a cabo.

Centrándonos en lo establecido en el artículo 117.3 es posible observar que sigue el esquema lógico de cualquier proceso judicial. Así, comienza con la función de *juzgar*, la

11 de mayo) que se refieren a incidentes en la ejecución penal, que como se verá en el apartado correspondiente al derecho a la tutela judicial efectiva del condenado sí afecta a tal derecho fundamental. Así, las sentencias del TC 167/1987, de 28 de octubre; 155/1985, de 12 de noviembre, y la 116/2003, de 16 de junio, corresponden al orden contencioso-administrativo; la sentencia 223/2004, de 29 de noviembre, al orden civil, y la 209/2005, de 18 de julio, al social.

(3) A estas dos funciones hay que añadir, como ya vimos *supra*, la cautelar, encaminada tanto a asegurar la realización del juicio como la efectividad de la sentencia.

(4) «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

cual consiste en «decir el derecho en el caso concreto»⁽⁵⁾, y culmina con la *ejecución* de dicha *declaración*⁽⁶⁾. De no existir esta función ejecutiva se daría el caso de que una vez declarado el derecho en el caso concreto, habría que estar a la voluntad del condenado para que llevase a cabo las decisiones adoptadas por el órgano judicial en el proceso declarativo correspondiente. De este modo, una de las razones de ser de este proceso de ejecución es evitar que las resoluciones judiciales no se conviertan en papel mojado con un simple valor testimonial.

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas conduce directamente a considerar, como hace el propio artículo 117.3 de la CE, que las funciones de *juzgar* y *hacer ejecutar lo juzgado* se engloban dentro de una *potestad*; en concreto en la *potestad jurisdiccional*.

1. El proceso de ejecución en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) como la del Tribunal Supremo (TS) han ido perfilando una línea doctrinal en torno al proceso de ejecución, de la que se puede extraer como elemento fundamental su doble faceta de *derecho* y de *deber*. De esta manera, la *ejecución*, por un lado, forma parte del contenido del *derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24 CE) y, por otro, comprende un deber y una obligación, tanto para los poderes públicos como para el resto de las personas, de llevar a cabo los pronunciamientos establecidos en las sentencias (artículo 118 CE).

Llegados a este punto parece de interés analizar esta doble faceta de *derecho-deber* que se produce en el proceso de ejecución.

A) El proceso de ejecución como elemento básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

En lo que respecta a su integración dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el TC, ya desde sus primeras sentencias, fue reconociendo que la ejecución de las sentencias debía ser incluida dentro de este derecho. De esta manera, la sentencia 32/1982, de 7 de junio⁽⁷⁾, estableció que «el derecho a la tutela efectiva... Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el

(5) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I*, op. cit., p. 312.

(6) MONTERO AROCA, J. y FLORS MATIES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29. Efectivamente, este esquema lo podemos ver en todas las leyes procesales de nuestro ordenamiento jurídico, así lo encontramos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley de Procedimiento Laboral*, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y en el Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

(7) STC 32/1982, de 7 de junio (FJ 2.º), BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1982/32).

reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones».

En el mismo sentido que la anterior, la sentencia 73/2000, de 14 de marzo⁽⁸⁾, recogiendo la doctrina del TC al respecto, establece que el derecho a la ejecución forma parte del *derecho a la tutela judicial*, el cual «sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes “el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria”», del mismo modo que «las decisiones judiciales “no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”».

Conjuntamente, y siguiendo con esta sentencia, el Tribunal ha declarado que «el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una “exigencia objetiva del sistema jurídico” y “una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho”, pues implica, entre otras manifestaciones, “la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado”».

Por lo demás, el TC ha establecido que el derecho a la *ejecución* no sólo forma parte de este derecho a la tutela judicial efectiva, sino que supone una *garantía* para su efectividad⁽⁹⁾. El máximo intérprete de la Constitución también ha considerado que son los tribunales ordinarios los encargados de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales, siendo éstos los encargados de interpretar los términos del fallo y de examinar el alcance de la cosa juzgada. Además, estos órganos tendrán que decidir sobre si el fallo ha sido ejecutado correctamente o no y, en tal caso, deberán adoptar las medidas oportunas para corregir dicha situación.

Las decisiones que, sobre la ejecución de los pronunciamientos establecidos en la sentencia, adopten los órganos jurisdiccionales ordinarios solamente se podrán revisar en vía constitucional en el caso de que hayan «incurrido en arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado», por lo que sólo «en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE»⁽¹⁰⁾.

(8) STC 73/2000, de 14 de marzo, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 2000\73).

(9) Como muestra de esta doctrina se puede citar el Auto de 13 de octubre de 2008, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 2008\308), en el que se establece lo siguiente: «el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial».

(10) STC 223/2004, de 29 de noviembre, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 2004\223). «De otra parte debe también puntualizarse que estas exigencias, derivadas del artículo 24.1 CE, resultan plenamente compatibles con las atribuciones, también conferidas constitucionalmente a los Tribunales ordinarios, en orden a velar por aquel cumplimiento, de forma que, como igualmente ha recordado la doctrina constitucional, a ellos corresponde la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que sepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la de las medidas oportunas para asegurarlo, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado. De ahí que sólo en los casos en los que

Asimismo, considera el TC, que el Derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de *prestación*, «que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación»⁽¹¹⁾.

Pero, siendo esto así, el legislador no tiene plenos poderes a la hora de regular tal derecho, sino que ha de respetar el contenido esencial, asegurándose, entre otros extremos, de no dictar normas que dificulten o entorpezcan «la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución»⁽¹²⁾.

Por lo tanto, la ejecución de las resoluciones judiciales, como se ha podido observar, forma una parte esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, al ser un derecho de prestación, ha de ser regulado por el legislador. Pero la competencia del legislador para normar el contenido de este derecho no puede impedir que las resoluciones judiciales se cumplan, puesto que tal extremo forma parte del contenido esencial del citado derecho fundamental.

De esta manera, y enlazando con la Instrucción 1/2010, la ejecución de las sentencias afecta de una manera muy intensa al derecho a la tutela judicial efectiva, pero, como se vio *supra*, también supone un deber; el deber de cumplir los pronunciamientos establecidos en una sentencia firme.

B) El proceso de ejecución como deber de cumplir los pronunciamientos recaídos en la sentencia

Conjuntamente con su inclusión dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el TC ha declarado que la ejecución de sentencias no sólo se configura como tal derecho, sino que también lo hace como un principio esencial de nuestro ordenamiento y como un *deber*, por parte de los órganos judiciales y demás poderes públicos, de adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo lo establecido en las resoluciones judiciales.

En este sentido el TC se ha pronunciado con rotundidad acerca de la obligación de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas, afirmando en su sentencia 67/1984 que «es

estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE».

(11) STC 73/2000, de 14 de marzo, BD Aranzadi-Westlaw (RTC\2000\73).

(12) *Ibidem*.

una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho»⁽¹³⁾. Igualmente, la mencionada sentencia no sólo considera que la ejecución de resoluciones judiciales es una cuestión de «capital importancia para el Estado de Derecho», sino que va más allá al aseverar que un Estado en el que no se cumplen sus sentencias difícilmente puede llamarse de Derecho, constituyendo un grave atentado contra éste cuando los poderes públicos quebrantan su obligación de cumplimiento y colaboración para el acatamiento de las sentencias, obligación que se encuentra establecida en el artículo 118 de nuestra Carta Magna.

De este modo, y a título de ejemplo, podemos citar las sentencias del TC 67/1984 (FJ 2.º)⁽¹⁴⁾ y 190/1990 (FJ 2.º)⁽¹⁵⁾. En la primera de ellas el Tribunal establece el deber de los titulares de la potestad jurisdiccional de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo la ejecución, mientras que en la segunda se reconoce su doble aspecto de derecho fundamental, por un lado, y de deber, por otro, decretando, además, que se trata de «una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho».

El TS también se ha pronunciado sobre la obligación de ejecutar los pronunciamientos judiciales. Sobre el particular, sirva como referencia la sentencia de 17 de marzo de 1989⁽¹⁶⁾ en la que se establece que «el carácter ejecutivo de la sentencia lo determina la Ley de forma terminante, no queda a la voluntad del Juzgador... la Ley le obliga a ejecutar la pena impuesta»⁽¹⁷⁾.

Además, el TS, acogiendo la doctrina del TC sobre la ejecución de sentencias, ha establecido en su jurisprudencia una serie de particularidades sobre esta institución como son⁽¹⁸⁾:

- La ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho;
- El ordenamiento jurídico debe garantizar que la violación de los deberes de cumplimiento y colaboración que establece el artículo 118 de la CE, no imposibilite la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes;

(13) STC 67/1984, de 7 de junio (FJ 2.º), BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1984\67).

(14) STC 67/1984, de 7 de junio, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1984\67), en la que en su FJ 2.º se puede leer lo siguiente: «Así, en primer lugar, la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, "haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 de la Constitución), según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución».

(15) STC 190/1990, de 26 de noviembre, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1990\190), en la que en su FJ 2.º se establece que el «Derecho (a la ejecución de las sentencias judiciales) que se configura no sólo como tal derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al artículo 24.1 CE, sino también como un principio esencial de nuestro ordenamiento, siendo una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho».

(16) BD Aranzadi-Westlaw (RJ 1989\2673).

(17) En parecidos términos se pronuncia la STC de 21 de septiembre de 1989 (RTC 1989\148), BD Aranzadi-westlaw.

(18) STS de 10 de noviembre 2004, BD Aranzadi-Westlaw (RJ 2004\8169).

- Uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es la obligación de que el fallo judicial se cumpla;
- Se trata de un derecho subjetivo, a obtener el citado cumplimiento, que forma parte de este derecho fundamental;
- Además, la garantía de inmodificabilidad del fallo también debe estar incluida en el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias.

De igual modo es necesario resaltar que el TC ha señalado que la «Jurisdicción se integra no sólo con la potestad de decir el Derecho sino con la ejecutiva o de ejecución»⁽¹⁹⁾, de esta manera, «la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3»⁽²⁰⁾.

Sobre este particular es posible citar el Auto de 20 de julio de 1993⁽²¹⁾, el cual establece que la labor arbitral carece de carácter jurisdiccional por cuanto que no posee *potestas*, por lo que «necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado». De dicha afirmación se puede colegir que el árbitro no tiene capacidad para ejecutar sus laudos puesto que carece de *potestas*, cualidad que en cambio sí posee el Juez y que aplica a través del proceso de ejecución.

De una forma más explícita lo establece la Audiencia Provincial de Madrid en su auto de 14 de junio de 2006⁽²²⁾, en el que se afirma que «aunque lo característico del proceso de ejecución sea más la actuación, ejercicio de la *potestas*, que la declaración, ejercicio de la *auctoritas*, de la responsabilidad, la actividad cognitiva no puede considerarse completamente ajena ni contradictoria con la esencia de éste».

De esta manera podemos destacar las siguientes características del proceso de ejecución extraídas de la doctrina del TC:

- Tiene un contenido dual de derecho-deber.
- Consiste en una *potestad*.
- Su titularidad es ostentada por los órganos jurisdiccionales.

Ante las continuas referencias a la *potestas* y a la *auctoritas*, en relación con el proceso de ejecución, parece conveniente, llegados a este punto, y con el fin de realizar una aproximación paulatina al concepto relativo al *proceso de ejecución*, analizar qué alcance y significado supone que las funciones jurisdiccionales de *juzgar* y *hacer ejecutar lo juzgado* sean consideradas como *potestades*.

(19) STC 148/1989, de 21 de septiembre, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1989\148).

(20) STC 167/1987, de 28 de octubre, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1987\167).

(21) ATC 259/1993, de 20 de julio, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1993\259 AUTO).

(22) Auto de la AP de Madrid de 14 de junio, BD Aranzadi-Westlaw (JUR 2007\10680).

2. Diferencia entre *potestas* y *auctoritas*: dos facultades unidas en la potestad jurisdiccional

La distinción entre *auctoritas* y *potestas* en el ámbito jurídico se puede encontrar ya en la época romana. En la Roma Clásica se diferenciaba entre aquellas personas que resolvían los casos aplicando el Derecho, Juez particular investido de *auctoritas* pero sin *potestas* y las que, por contra, tenían la fuerza coactiva para hacer cumplir las resoluciones adoptadas por las primeras, el Pretor al que se le atribuía *potestas* pero no *auctoritas*. Esta situación se modificó en la época del Imperio Romano, en la que tras unificar ambas figuras, surgió el denominado Juez-funcionario confluyendo en él las dos facultades de *potestas* y *auctoritas* ⁽²³⁾.

El profesor D'ORS define la *potestas* como «el poder socialmente reconocido», mientras que la *auctoritas* la considera como «el saber socialmente reconocido» ⁽²⁴⁾. Como se apuntó *supra*, constituían dos facultades que, atribuidas a personas distintas, eran ejercidas de manera diferenciada a la hora de aplicar el Derecho en la época de la Roma Clásica. La diferencia principal entre ellas radica, fundamentalmente, en que mientras en la *potestas* se lleva «ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza» ⁽²⁵⁾, en la *auctoritas* no se necesita de dicha fuerza coactiva para vincular el comportamiento de los demás; bastando únicamente el reconocimiento social del saber.

Aquella distinción de facultades provocaba que la función jurisdiccional fuera ejercida de una manera dual, por un lado el Juez, cuya labor declarativa se sustentaba en la *auctoritas* y por otro el funcionario o *pretor* que, encargado de ejecutar la decisión del juez, fundamentaba su tarea en la *potestas* ⁽²⁶⁾. En la época del Imperio esta dualidad de funciones se unificó en una sola persona, a raíz de que la organización política asumiera la aplicación de las leyes en el caso concreto como un monopolio.

Después de que los gobernantes se arrogaran de este monopolio en que consistía la función jurisdiccional, la actividad judicial como manifestación propia de *auctoritas*, centrada en «declarar lo que es justo en cada caso de conflicto», quedó integrada dentro de la *potestas*, lo que provocó el reforzamiento de «la declaración de autoridad del juez cediendo a éste la gestión del proceso y la fuerza coactiva para hacer cumplir las sentencias», de tal manera que la *judicación* de autoridad, entendida como actividad judicial

(23) D'ORS, A., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, p. 81 citado en MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 26.

(24) D'ORS, A., *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 38.

(25) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, p. 36.

(26) CARRERAS LLANSANA, J., «Inauguración del curso 1964-1964», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1965, p. 373, citado por MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, p. 89.

centrada en declarar lo que es justo en cada conflicto, se convirtió en *jurisdicción de potestad* ⁽²⁷⁾.

De esta manera, la *auctoritas* y de la *potestas* confluyen ambas para constituirse como elementos de la función jurisdiccional, elementos que nuestra Carta Magna también reconoce. La CE, siguiendo la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, otorga a la función jurisdiccional la categoría de *potestad* ⁽²⁸⁾, instituyendo el principio de exclusividad e integridad de la jurisdicción en su artículo 117.3, en virtud del cual los únicos que pueden ejercer dicha potestad, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, son los Juzgados y Tribunales, sin que ningún otro órgano del Estado tenga competencia para su ejercicio.

Lo determinante de esta *potestad* es que deriva directamente de la soberanía del Estado y, como afirma el profesor MONTERO, «atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan... actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito, el titular de ella no tiene superior ni iguales; todos están sometidos a él» ⁽²⁹⁾.

De este modo, es posible considerar que en los órganos jurisdiccionales confluyen tanto la *autoridad*, la cual se materializa en la función de juzgar o aplicar el Derecho en el caso concreto, y la *potestad*, cuya externalización se produce cuando se ha de utilizar la fuerza coactiva para hacer ejecutar lo juzgado ⁽³⁰⁾. Así, siguiendo al profesor MONTERO, no se puede caracterizar hoy a la jurisdicción con la única nota de la *auctoritas*, sino que también «la *potestas*, dimanante de la soberanía del Estado, del *imperium*, es indispensable para que un órgano pueda ser calificado de jurisdiccional» ⁽³¹⁾.

Sobre la base de lo dicho se podría caracterizar a la actividad ejecutiva, como una potestad jurisdiccional exclusiva de los Juzgados y Tribunales, los cuales, en virtud de

(27) D'ORS, A., *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 38.

(28) Afirma D'ORS que «La división de poderes supone la confusión, propia del Estado, entre la potestad política y la autoridad: absorbida la autoridad por la potestad, el equilibrio que debería producirse por la independencia de la autoridad, o saber socialmente reconocido, frente a la potestad, se busca por una división interna de la misma potestad», y, continúa el autor, «Un sistema de autoridad independiente sólo puede darse si existen órganos de Consejo desprovistos de poder», en *Una Introducción al Estudio del Derecho*, 8.ª edición, Ed. Ediciones Rialp, SA, Madrid, 1989, pp. 144-145. Con esta afirmación el autor nos traslada la idea de que el verdadero equilibrio del poder no es su división en tres, sino que es la autoridad independiente la que controla verdaderamente al poder. Lo que ocurrió es que debido a la absorción de aquélla por parte de éste, hubo que articular un sistema que equilibrara el ejercicio del poder, siendo la solución su división interna.

(29) MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., p. 36.

(30) En este sentido la profesora MARTÍNEZ GARCÍA afirma que «sólo desde una concepción romana del *iuris dicere*, preexistente a la asunción de monopolio por la organización política, podría entenderse tales facultades separables», en *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000...*, op. cit., p. 89.

(31) MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 28, en la que cita algunas obras de FAIREN como, «Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870», en *El centenario de una gran obra legislativa*, ed. Sep., Valencia, 1972, p. 13; «la fuerza obligatoria de las sentencias no deriva de presunciones, ni de ficciones, ni de relaciones contractuales o cuasi-contractuales; deriva de que se trata de actos de soberanía del Estado, con nota de *imperium*, de la coerción».

ésta, pueden hacer uso de la fuerza para vincular el comportamiento del ejecutado a su mandato.

3. Principio de exclusividad de la jurisdicción: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

El artículo 117.3 de la CE consagra, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de exclusividad de la jurisdicción, en virtud del cual sólo los Juzgados y Tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional, cuyo contenido, como ya se ha dicho en varias ocasiones a lo largo del trabajo, abarca las funciones de *juzgar*, *proteger* y *ejecutar*. Una consecuencia directa de este principio es que impide que los demás poderes del Estado, *Ejecutivo* y *Legislativo*, tengan atribuida esta *potestad*, ya que se trata de un monopolio exclusivo de los Juzgados y Tribunales pertenecientes al Poder Judicial.

Este principio, analizado desde un punto de vista negativo, también supone que los órganos jurisdiccionales no pueden ejercer más función que la jurisdiccional. Así se encuentra dispuesto en el artículo 117.4 de la CE cuando ordena que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». El límite a esta exclusividad en sentido *negativo* se puede ver en la expresión «las (funciones) que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Como ejemplo a citar de este tipo de tareas es la gestión del Registro Civil, la cual ha sido tradicionalmente atribuida a los órganos jurisdiccionales, aunque el caso más destacado es hoy en día la llamada jurisdicción voluntaria⁽³²⁾. Sobre el respecto, señala el profesor MONTERO que «tradicionalmente se han atribuido a los órganos judiciales funciones no jurisdiccionales precisamente en atención a su independencia»⁽³³⁾.

En la actualidad esta tendencia está cambiando con el objetivo de no saturar a estos órganos de trabajo, pero consideramos, en consonancia con el citado autor, que conviene actuar con prudencia a la hora de atribuir o quitar este tipo de competencias a los órganos jurisdiccionales; debiendo tenerse en cuenta, principalmente, la garantía de la tutela de los derechos y libertades de las personas, en lugar de aspectos diferentes como la oportunidad política o las presiones por parte de diversos sectores de la opinión pública.

Ha sido costumbre por parte de nuestra doctrina, plantear como una posible fisura a este principio de exclusividad la institución del arbitraje, ya que al tratarse, al igual que la jurisdicción, de una forma *heterocompositiva* de solución de conflictos en la que un tercero *suprapartes* resuelve la controversia surgida entre dos partes situadas en un mismo plano,

(32) La jurisdicción voluntaria se encuentra regulada actualmente por la LEC de 1881. Dicha jurisdicción ha sido objeto de algún intento de reforma a partir de la promulgación y entrada en vigor de la LEC de 7 de enero de 2000. El último de ellos fue el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, el cual fue retirado finalmente por el Gobierno el 27 de octubre de 2007 [Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de 26 de octubre de 2007, núm. 115-e, p. 171].

(33) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., p. 85.

se podría pensar que está suplantando la potestad jurisdiccional. En nuestra opinión esta ruptura en modo alguno se produce⁽³⁴⁾.

Es preciso tener en cuenta que la actuación arbitral se encuentra revestida de *auctoritas*⁽³⁵⁾, aquella que las partes le reconocen para dar respuesta al conflicto, pero no de *potestas*, ya que el uso de poder para ejecutar la decisión adoptada es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales. Visto en este sentido, la *auctoritas* sí es susceptible de ser trasladada a los árbitros, pero no así la *potestas* que es propia de los órganos jurisdiccionales, al ser éstos los únicos a los que la CE concede la competencia para ejecutar lo juzgado⁽³⁶⁾.

Mayor interés presenta el planteamiento de otra posible excepción al principio de exclusividad, nos referimos, en concreto, a la intervención de la administración penitenciaria en la ejecución de algunas penas o medidas de seguridad. Esta actuación ha llevado a algunos autores a considerar que la naturaleza jurídica de esta institución es administrativa⁽³⁷⁾. Así se considera, por parte de los seguidores de las teorías administrativistas, que la ejecución de la pena privativa de libertad es una actividad puramente administrativa y no jurisdiccional⁽³⁸⁾; afirmación que tiene difícil engarce con lo establecido en el artículo 117.3 de la CE.

Sin embargo, y sin pretender entrar en profundidad sobre este asunto puesto que nos desviaría del tema central de este trabajo, consideramos que la actuación de la Administración en la ejecución penal no debe de ser encuadrada dentro del *proceso* de ejecución penal, sino que ha de enmarcarse en el *procedimiento* de ejecución de la sanción penal; con los efectos propios de que se trate de un *procedimiento* y no de un *proceso*.

(34) Siguiendo a la profesora MARTÍNEZ GARCÍA dicha quiebra no se produce porque, afirma: «en el arbitraje no existe atribución de potestad jurisdiccional del Estado *ex lege*», con lo que a los árbitros no se les atribuye ninguna competencia propia que pertenezca a la jurisdicción del Poder Judicial, puesto que «Poder o autoridad para decir el derecho y jurisdicción estatal se encuentran en diferentes planos, si se les permite decir el derecho es por razones de heterocomposición y por ese entramado constitucional al que acabamos de aludir, pero no porque suplanten a los jueces haciendo uso de la potestad que el Estado en exclusiva les atribuyó». Asimismo, y continuando con esta autora, considera que el fundamento del arbitraje se encuentra en la libertad y en la autonomía de la voluntad, en *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000...*, *op. cit.*, pp. 75-81.

(35) MARTÍNEZ GARCÍA afirma que la autoridad del árbitro, derivada de su posición superior, es «conferida por compromiso de las partes, simple y sencillamente, porque así lo desean», en virtud del principio de oportunidad, *ibidem*, p. 85.

(36) El profesor MONTERO afirma que «la naturaleza de ambas formas de heterocomposición es la misma, aunque, en el caso, el arbitraje, intervienen uno o varios terceros nombrados por las partes, al amparo de la disposición legal correspondiente, para la solución de un conflicto determinado, agotándose su *auctoritas* con un único ejercicio, mientras que en el otro, la jurisdicción, el tercero imparcial está establecido por el propio Estado para solucionar todos los conflictos que surjan, estando investido de *auctoritas* y de *potestas*», en *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, pp. 94-95.

(37) Sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución penal existen tres teorías diferentes, las denominadas *teorías administrativistas, jurisdiccionalista y mixtas*. GONZÁLEZ CANO, M.ª I. analiza estas tres teorías en *La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, también NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.

(38) GONZÁLEZ CANO afirma que «en las construcciones doctrinales que optan por atribuir a la ejecución penal una naturaleza no jurisdiccional late la idea fundamental de que el proceso penal, como actividad encomendada a la autoridad judicial, finaliza con la sentencia de condena», en *La Ejecución de la pena privativa de libertad*, *op. cit.*, p. 72.

Es frecuente que al estudiar las actuaciones propias de los órganos jurisdiccionales se observe que unas veces se hace referencia al proceso y otras al procedimiento, lo que provoca, en no pocas ocasiones, confusión entre ambos términos. Lo que ocurre es que cada uno de ellos tiene un concepto diferente, a pesar de que en muchas ocasiones se usen como términos sinónimos. Por esta razón se hace necesario delimitar el contenido de ambos, con el objeto de que se sepa a qué nos estamos refiriendo cada vez que se utilice uno u otro concepto⁽³⁹⁾.

4. Diferencias conceptuales entre proceso y procedimiento

El *proceso* es entendido como el medio o instrumento que utilizan los órganos jurisdiccionales para ejercer su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el cual está compuesto por una serie de actos que se suceden entre sí a lo largo de un período de tiempo, siendo cada uno de ellos consecuencia de su antecesor y presupuesto del que le sucede. Pero, si hay algo que lo caracteriza es que se trata del único *instrumento*⁽⁴⁰⁾ puesto en manos de la

(39) La determinación de qué es *proceso* y *procedimiento* ha centrado buena parte del debate en el seno de la doctrina procesalista desde los inicios de esta ciencia. Así FENECH y CARRERAS entienden al primero como una «sucesión de actos» y al segundo como «las normas que regulan los actos y su desarrollo», llegando a la conclusión de que en el ámbito jurídico se pueden encontrar multitud de *procesos*, los cuales «pueden estar regulados implícita o explícitamente por las normas jurídicas», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, Ed. Bosch, p. 43. Por el contrario, el profesor MONTERO, entre otros autores, parte de la idea, la cual compartimos plenamente, de crear un concepto general de *proceso* para, a partir de éste, «poder entender científicamente lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes». De este modo considera, que la naturaleza jurídica del *proceso* no debe ser buscada en el interior de una categoría más general, sino que se trata de por sí de una categoría jurídica autónoma, constituyendo «un instrumento necesario» para que los órganos jurisdiccionales cumplan su función constitucionalmente consagrada. El autor afirma que decir del *proceso* que es un instrumento no es suficiente, ya que hay que añadir que «es el único instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la cual no se realiza fuera del proceso» y, además, supone «el único instrumento puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos». Partiendo de esta idea general de *proceso* se hace posible descender y regular por ley los distintos tipos de procesos, los cuales no existen antes en la «realidad social», siendo de esta manera entendidos como «instrumentos técnicos al servicio de los órganos jurisdiccionales, dependiendo su conformación de razones técnicas». Pero, aunque es el legislador el encargado de crear dichos procesos, éste no es absolutamente libre a la hora de hacer tal cosa, ya que si no respeta una serie de principios, los cuales se han ido fraguando a lo largo del tiempo, no habrá un verdadero *proceso*. El profesor MONTERO, señala que tales principios se sitúan en tres círculos concéntricos; el interno, que es el más reducido, en el que se encuentran los principios indispensables para que dicha creación legal pueda ser considerada *proceso* (*dualidad de posiciones, contradicción, igualdad*); el intermedio, donde se encuentran las garantías constitucionales (*tutela judicial efectiva*); y el externo, que se compone de los principios propios de cada uno de los procesos que la ley regula, teniendo un carácter más técnico (*necesidad, oportunidad...*), en MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pp. 291-304.

(40) La idea del proceso como instrumento se puede ver en gran parte de la doctrina, de esta manera, FENECH y CARRERAS afirman que «el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional», en FENECH, M, y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., p. 45; PEDRAZ PENALVA, E. señala «que dicha potestad (jurisdiccional) ha de ser, y únicamente puede ser, ejercida por ellos (jueces y magistrados), a través del proceso, para juzgar y ejecutar lo juzgado», de esta manera se puede observar que el autor también considera al *proceso* como un instrumento para ejercer la potestad jurisdiccional, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 143; RAMOS MÉNDEZ, F. también afirma que «el verdadero alcance del proceso es servir de instrumento para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción», en *Derecho y Proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 46. Pero, aunque se vea el *proceso* como un instrumento, lo que difiere en la doctrina es el sentido que se le da al concepto instrumento, así vemos como el profesor MONTERO señala que la doctrina tradicional lo considera instrumento en tanto en cuanto

jurisdicción para que ésta lleve a cabo su labor, hasta el punto de llegar a afirmar que *jurisdicción y proceso* son conceptos correlativos, lo que supone que la supresión del segundo provocaría la desaparición del primero ⁽⁴¹⁾.

Esta concepción instrumental del *proceso* tiene dos consecuencias directas. La primera es que la jurisdicción sólo puede actuar por medio del proceso, y la segunda es que las partes únicamente disponen de dicho instrumento para solicitar de los órganos jurisdiccionales que desempeñen su labor constitucional ⁽⁴²⁾.

En cambio, el *procedimiento* se ha considerado como «el aspecto exterior del fenómeno procesal» ⁽⁴³⁾, el cual es imprescindible para que las partes, en pos del principio de seguridad jurídica, conozcan las actuaciones que son necesarias realizar para poder solicitar de los órganos judiciales la tutela de sus derechos e intereses ⁽⁴⁴⁾.

Las principales diferencias entre estos dos conceptos han sido recogidas por el profesor MONTERO ⁽⁴⁵⁾:

- «El término *procedimiento* no es exclusivo del ámbito judicial», sino que se puede aplicar a todas las funciones del Estado, por lo que se puede hablar, entre otros, de *procedimiento administrativo* o *procedimiento legislativo*.
- El *procedimiento* se refiere a la forma, esto es, a una sucesión de actos sin que dicha actividad tenga que ser necesariamente jurisdiccional.
- Cuando se habla de procedimiento judicial, se está haciendo referencia a la forma que hacia el exterior adopta la actividad judicial, es decir, a la sucesión de actos que se deben llevar a cabo para realizar con éxito un proceso judicial.
- Mientras que en el *procedimiento* destaca la forma externa del cómo se debe proceder, en el *proceso* lo más importante es «la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan».

que las normas procesales sirven para aplicar las normas sustantivas, en cambio este autor defiende que como los órganos jurisdiccionales son los encargados de llevar a cabo la potestad jurisdiccional, y esta labor no es posible que se desarrolle de forma automática (requiere un período de tiempo más o menos prolongado), es necesario que se ponga en manos de estos órganos una herramienta con la que realizar su labor jurisdiccional, siendo este utensilio el *proceso*, idea que compartimos plenamente, en MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, pp. 292-293.

(41) MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 196.

(42) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, p. 303.

(43) MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 41.

(44) FENECH y CARRERAS señalan que el *procedimiento* «es el itinerario del *iter* que recorre el proceso intencional a cuya norma ha de plegarse éste (el proceso)», es decir, el *procedimiento* es la norma por la que se ha de guiar el *proceso*, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 45. En el mismo sentido se pronuncia RAMOS MÉNDEZ, F. al afirmar que el *procedimiento* «no es más que el cauce a través del cual se desarrolla el proceso», en *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 38.

(45) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, pp. 304-305.

Al hilo de dichas características y diferencias, en palabras del citado autor, es posible inferir las siguientes conclusiones⁽⁴⁶⁾:

- «La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso»;
- «Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional»;
- «Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento»;
- «Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso»;
- «Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos»⁽⁴⁷⁾.

De esta manera se puede extraer de lo dicho hasta ahora, que cuando se habla de *proceso de ejecución penal* se está haciendo referencia a un *instrumento*, pero no a uno cualquiera, sino al único del que disponen los órganos jurisdiccionales para ejercer una de sus funciones constitucionalmente encomendada como es la de *hacer ejecutar lo juzgado*. Por lo tanto, mientras que el *proceso* implica actividad únicamente jurisdiccional, el *procedimiento* puede englobar, además de ésta, actuaciones administrativas o legislativas, entre otras. Así, cuando la Administración participa en la ejecución de una sanción penal lo hace a través de un procedimiento administrativo, pero no a través de un proceso jurisdiccional.

5. Concepto del proceso de ejecución

En los puntos anteriores se han tratado tres aspectos básicos del proceso de ejecución, como son, el jurisprudencial; su consideración como *potestad*; y el principio de exclusividad. De esta manera, de todo lo dicho anteriormente se pueden extraer una serie de conclusiones y características sobre el proceso de ejecución, las cuales se tratarán de exponer a continuación; y que deberán conducirnos a la elaboración de un concepto que abarque, de la manera más completa posible, el contenido y significado del proceso de ejecución.

Lo primero que hay que destacar de esta institución es su gran importancia y notable protagonismo en un doble aspecto; por una parte, en el asentamiento y pervivencia del Estado de Derecho, proclamado en el artículo primero de nuestra Constitución; y, por otra, en el mantenimiento de una pacífica convivencia entre los ciudadanos.

En cuanto al primero de estos sentidos, es posible afirmar que un Estado en el que no se cumplen sus sentencias no puede llegar a denominarse *Estado*, y menos aún de Derecho, puesto que cuando no se cumplen las resoluciones en él dictadas se está horadando la esencia misma del Estado, que no es otra que su poder soberano.

(46) *Ibidem*.

(47) Esta circunstancia es posible encontrarla en un gran número de procedimientos penales, en los que también se solicita que se indemnice a la víctima por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del hecho delictivo. En este caso tenemos un proceso penal principal, al que se le acumula, por razones de economía procesal, un proceso civil, lo que dará lugar a un solo procedimiento en el que se sustancian dos procesos diferentes, uno civil y otro penal.

Asimismo, también consiste en un instrumento de control social, por cuanto que una sociedad en la que no se cumplen los mandatos judiciales fundamentados en Derecho, corre el grave riesgo de que empiece a surgir la desconfianza en las instituciones y de que se extienda la idea de la realización arbitraria del propio derecho⁽⁴⁸⁾. De este modo, para evitar que esta situación se llegue a producir, se hace necesario articular un proceso mediante el cual se lleven a la práctica los pronunciamientos dictados por los diferentes órganos judiciales, siendo éste el denominado *proceso de ejecución*⁽⁴⁹⁾. Los valiosos fines que se intentan alcanzar con este proceso hacen que se encuentre investido de *potestas*, ya que en él se deben aplicar los pronunciamientos judiciales incluso con el uso de la fuerza, para el caso de que no se lleven a cabo de una forma voluntaria.

De lo dicho hasta ahora, y siendo conscientes de que las definiciones en Derecho pueden llegar a ser verdaderamente controvertidas, se podría entender el *proceso de ejecución* como *el conjunto de actos, atribuidos en exclusividad a los órganos jurisdiccionales en virtud de una potestad emanada directamente de la soberanía estatal, consistentes en trasladar a la realidad los pronunciamientos establecidos en el título ejecutivo*⁽⁵⁰⁾.

A continuación, y tomando como base este concepto de ejecución desde un punto de vista general, es necesario ir descendiendo para analizar el proceso de ejecución en el orden penal.

III. SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN PENAL EN PARTICULAR

Para entrar a analizar el proceso de ejecución penal es necesario partir de los siguientes presupuestos:

- Los procesos se dividen en *civil y penal* dependiendo de los intereses que en cada uno de ellos se sustancien;
- A su vez, en función de la tutela judicial que se solicite, es posible encontrar tres tipos diferentes de procesos: *declarativo, cautelar y ejecutivo*;

(48) El artículo 455 del CP tipifica esta actuación, consistente en que «para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas», como delito.

(49) En este sentido se pronuncia PARDO IRANZO, V. al afirmar que «sería inútil un sistema que declarara el derecho ajustándose estrictamente al Ordenamiento Jurídico, si no existiera una regulación del proceso de ejecución que permitiera que esa declaración se convirtiese en realidad, es decir, sería inútil un sistema que no asegurase la ejecución de lo declarado», en *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 23.

(50) El profesor MONTERO afirma que «la actividad ejecutiva es la que comporta una verdadera injerencia en la esfera jurídica de las personas y, por tanto, es la que más precisa de que en ella se respeten los principios base de la jurisdicción (por ejemplo, juez predeterminado), del personal jurisdiccional (por ejemplo, independencia del juez) y del proceso (por ejemplo, contradicción)», en MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 18.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 521.

— Asimismo, estos procesos diferirán entre sí en tanto en cuanto dicha tutela sea solicitada a través de un proceso civil o, por el contrario, se pida por medio de un proceso penal⁽⁵¹⁾.

Establecidas estas premisas, y con base en ellas, es posible afirmar que el proceso de ejecución penal tiene una serie de peculiaridades características y diferenciadas de los procesos de ejecución de los otros órdenes jurisdiccionales. Por ello es necesario analizar tales diferencias partiendo de dos extremos fundamentales de la ejecución penal como son: la naturaleza jurídica de los pronunciamientos adoptados en el título ejecutivo penal y el modo en que éstos son llevados a la práctica.

1. Naturaleza de los pronunciamientos contenidos en la sentencia penal: la aplicación del Derecho Penal

El proceso penal es el instrumento mediante el que actúa el Derecho Penal. En nuestro ordenamiento, y en virtud del principio de reserva de ley⁽⁵²⁾, los delitos, las faltas y las medidas de seguridad se recogen en una ley orgánica, en concreto en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Así, el artículo primero de dicha norma, en su primer apartado, ordena que «no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración». Si se conecta este man-

(51) De este modo, vemos que el proceso de ejecución civil se encuentra claramente influenciado por los principios informadores del proceso civil, al igual que ocurre con el proceso de ejecución penal respecto de los principios del proceso penal. Ejemplo de lo dicho lo podemos ver en los diferentes principios que informan tanto al proceso de ejecución civil como al proceso de ejecución penal. En el primero rigen, entre otros, los principios de oportunidad y dispositivo, mientras que en el segundo encontramos el principio de oficialidad. Estas diferencias, junto con los distintos intereses en juego en uno y otro proceso, hacen que, al igual que ocurre con sus respectivos procesos declarativos, el estudio y análisis de cada uno de ellos se deba hacer desde un punto de vista diferente, sin perjuicio de que tengan un tronco común que es la actividad ejecutiva, es decir, que en ambos procesos el órgano jurisdiccional deba realizar una serie de acciones encaminadas a poner en práctica los distintos pronunciamientos recogidos en el título ejecutivo.

(52) La STC 24/2004 (FJ 2.º), de 24 de febrero (RTC 2004\24), establece que de las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad y de la reserva de Ley orgánica se pueden extraer que «el derecho a la legalidad penal es un derecho fundamental de los ciudadanos, el cual incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, —esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la Ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la Ley—. Además, continúa la citada sentencia, «desde nuestras primeras resoluciones que del artículo 25.1 CE se deriva una —reserva absoluta— de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE en relación con el artículo 17.1 CE, esa Ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmara con la existencia de una norma con rango de Ley cualquiera que fuera su contenido esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento, a través de mayorías cualificadas, en su caso, quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones».

dato con el artículo primero de la LECrim⁽⁵³⁾, es posible llegar a la conclusión de que no se podrá imponer pena alguna sino en virtud de lo dispuesto en esta Ley.

En consecuencia, lo primero que hay de tener en cuenta, al hablar del proceso penal y de su proceso de ejecución, es la normativa contemplada en el Código Penal, puesto que es ésta la que se sustanciará en el primero y se aplicará en el segundo⁽⁵⁴⁾. En esta norma, no sólo se recogen las acciones u omisiones consideradas delitos o faltas en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, susceptibles de ser enjuiciados en un proceso penal, también se regula la responsabilidad civil derivada del delito para reparar los daños y perjuicios provocados a raíz de la comisión de determinados delitos o faltas; pudiendo ser ambos tipos de acciones, en virtud del artículo 100 y concordantes de la LECrim, resueltas a través de un mismo procedimiento regulado en dicho texto legal⁽⁵⁵⁾.

A) Acumulación de acciones civiles y penales en el procedimiento penal

Obsérvese que se está haciendo referencia al *procedimiento penal* y no al *proceso penal*. El matiz es importante porque, como ya se vio *supra*, en un *proceso penal* no se pueden resolver acciones civiles, ya que los principios informadores del primero se encuentran en franca contradicción con la tutela solicitada a través de la segunda. Pero, lo que sí puede ocurrir es que a través de un único procedimiento se lleguen a conocer dos procesos distintos. Esta, precisamente, es la circunstancia que se da cuando junto con un asunto penal se solicita una indemnización por responsabilidad civil, esto es, que hay una acumulación de dos procesos diferentes, los cuales, por razones de economía procesal, se resuelven en un mismo procedimiento; aunque lo que realmente se está produciendo es un proceso penal y otro civil, cada cual informado por sus propios principios. Asimismo, tampoco se debe obviar la posibilidad de que la víctima o el perjudicado renuncien o se reserven la acción civil para ejercerla en un ulterior proceso, esta vez ya ante los órganos jurisdiccionales del orden civil.

Sobre esta acumulación de acciones se ha pronunciado en diversas ocasiones el TS⁽⁵⁶⁾, el cual ha declarado que la responsabilidad civil *ex delicto* no se difiere en modo alguno de

(53) «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de las Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

(54) El proceso donde verdaderamente se aplica el Derecho penal o *ius puniendi* del Estado es en el proceso de ejecución, puesto que en el proceso declarativo lo que se hace es comprobar si el imputado ha realizado el hecho delictivo que se le atribuye, pero no debemos obviar que durante ese proceso el imputado se encuentra bajo el amparo de la presunción de inocencia que perdurará hasta que se le declare culpable y la sentencia alcance firmeza; momento en el que, a través del proceso de ejecución, se debe aplicar la pena impuesta o, lo que es lo mismo, pasamos de sustanciar un hecho aparentemente delictivo a aplicar verdaderamente el *ius puniendi*.

(55) El artículo 109 del CP establece la obligación de reparar los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la comisión de un delito o falta, dejando abierta la posibilidad de que tal responsabilidad civil sea solicitada ante la Jurisdicción Civil. Este artículo hemos de conectarlo con el 100 y el 108 de la LECrim que establecen la posibilidad de que nazca acción civil de reparación de daños ante la comisión de un delito, y la obligación del MF de entablar esta acción junto con la penal, con la sola excepción de que el ofendido renuncie de manera expresa a tal indemnización, respectivamente.

(56) STS de 10 de octubre de 2006, BD Aranzadi-Westlaw (RJ 2006/7705).

la responsabilidad civil extracontractual ordinaria (artículos 1902 y ss. CC). De esta manera, la mencionada responsabilidad civil *ex delicto* posee naturaleza plenamente dispositiva y supone, al ser resuelta en el procedimiento que corresponda, la existencia de una relación jurídica material privada; que podrá dar lugar a una pretensión declarativa de condena. En consecuencia, continúa el Alto Tribunal, que su regulación esté contenida en el CP no significa que su naturaleza mute de civil a penal, sino que la acción civil *ex delicto* mantiene su carácter civil a pesar de que se ejerza en un proceso penal.

De este modo, que la naturaleza de la acción civil *ex delicto* sea civil y no penal tiene, según entiende el TS, las siguientes consecuencias:

- La relación jurídica es un derecho privado y, por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia de derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición⁽⁵⁷⁾;
- La naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la LEC⁽⁵⁸⁾;
- Dada la naturaleza plenamente dispositiva de la responsabilidad civil, nada impide que sobre la misma se realicen todos los actos de disposición que se prefieran⁽⁵⁹⁾.

En conclusión, y acogiéndonos a lo que señala el TSJ de la Comunidad Valenciana⁽⁶⁰⁾, «cuando un acto u omisión es ilícito civil y está también tipificado como delito lo que se produce es una suerte de *acumulación de sanciones*, una civil y otra penal, que puede dar lugar a una acumulación de procesos en un procedimiento único, pero siempre partiendo de que cada una de las responsabilidades y procesos se regirán por sus propios principios».

De esta manera, cuando hay un procedimiento en el que se han acumulado dos procesos diferentes, uno civil y otro penal regido cada uno por sus propios principios, la sentencia que ponga fin a éste tendrá que contener también pronunciamientos civiles y penales, según se desprende del artículo 142.4.^a Quinto (*in fine*) de la LECrim, en el que se establece que «pronunciándose por último el fallo, en el que se condenará o absolverá... También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio».

Además, tales pronunciamientos deberán ser ejecutados a través de su propio proceso de ejecución, esto es, los que sean penales se ejecutarán a través de un proceso de ejecución penal, regido por su propia normativa y principios; mientras que los civiles lo serán por

(57) Una de las muchas consecuencias de esta relación jurídica es que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial, cosa que no ocurre en el proceso penal.

(58) Esto supone que el proceso, en el que se van a aplicar las normas reguladoras de esta responsabilidad, ha de quedar sujeto a los principios propios de la oportunidad y sus derivados, el dispositivo y el de aportación de parte; principios contrapuestos a los que informan el proceso penal.

(59) Dichos actos de disposición pueden estar referidos bien al objeto del proceso, esto es, a la pretensión civil (allanamiento, renuncia, transacción), bien al proceso, lo que en este caso puede llevar, no exactamente al desistimiento en sentido estricto, pero sí a la reserva de la acción, para ejercerla o no en un posterior proceso civil.

(60) STSJ C. Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), de 23 de septiembre de 2002, BD Aranzadi-Westlaw (ARP 2002756).

un proceso de ejecución civil también regulado por sus normas y principios propios, tal y como se prevé en los artículos 984 y 989 de la LECrim, entre otros, que remiten a propósito de la ejecución de pronunciamientos civiles a las normas de la LEC.

Así, estos dos tipos de decisiones civiles y penales contenidas en la sentencia que pone fin al procedimiento penal, darán lugar, al mismo tiempo, a la incoación de un procedimiento de ejecución penal, por pertenecer a este orden el órgano jurisdiccional competente para llevarlo a cabo, en el que se acumularán un proceso de ejecución penal y un proceso de ejecución civil, cada uno regido e informado por su propia normativa y principios⁽⁶¹⁾.

En resumen, nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de sustanciar, a través de un mismo procedimiento penal, una doble acción, penal y civil derivada del delito o de la falta. Dicho conocimiento hace que el órgano jurisdiccional del orden penal tenga que conocer de ambas a través de un único procedimiento y pronunciarse sobre ellas. Esta circunstancia conlleva, a su vez, que dicho órgano deberá dictar una sentencia en la que se hallen unos pronunciamientos penales y otros civiles, los cuales tendrán que ser reflejados en la vida real a través del proceso de ejecución. Pero, la pregunta es, ¿a través de qué proceso de ejecución se deberán trasladar al mundo real estos mandatos?

B) Proceso de ejecución civil de los pronunciamientos civiles

La respuesta a esta cuestión se puede encontrar en la regulación de la ejecución penal recogida en la LECrim, la cual acude a la LEC siempre que se refiere a la ejecución de dichos pronunciamientos civiles⁽⁶²⁾. De este modo, el artículo 984 de la LECrim se remite a la legislación procesal civil para la ejecución de los pronunciamientos sobre reparación de daños y, de igual forma, el artículo 989, al establecer la posibilidad de que los pronunciamientos civiles contenidos en una sentencia penal se ejecuten de manera provisional, nos envía a la normativa que sobre esta materia se contiene en la LEC.

En consecuencia, lo que ocurre en el procedimiento penal ejecutivo, de igual forma que en el procedimiento penal declarativo, es que se produce una acumulación de procesos, en este caso ejecutivos penal y civil; los cuales han de ser ejecutados aplicando sus propios mandatos en función de la naturaleza que cada uno tenga.

Por consiguiente, y a modo de conclusión, se podría afirmar que aunque la LECrim establece la posibilidad de entablar tanto *acción penal* como *civil* por un mismo hecho delictivo. Esta circunstancia únicamente supone que un *proceso* penal y un *proceso* civil se sustancien por medio de un mismo *procedimiento*, en este caso penal, y que las posibles decisiones, ya sean de naturaleza penal o civil, que de él surjan también serán ejecutadas

(61) Prueba de lo dicho la tenemos en el artículo 517.2.8.º de la LEC, en el que se establece como título ejecutivo en el proceso civil el Auto de cuantía máxima dictado en casos de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. En este caso podemos observar que al no haber pronunciamientos penales el proceso de ejecución se tramita por el órgano jurisdiccional civil competente, a través de las normas relativas a la ejecución establecidas en la LEC.

(62) El artículo 984 de la LECrim remite a la legislación procesal civil para la ejecución de los pronunciamientos sobre reparación de daños, y el artículo 989 establece la posibilidad de que los pronunciamientos civiles se ejecuten de manera provisional conforme a la LEC.

a través de un único *procedimiento* de ejecución penal, en el que es posible distinguir un *proceso* de ejecución penal y otro de ejecución civil, cada uno regulado por su normativa específica e informado por sus propios principios.

2. Ejecución penal: derecho a la tutela judicial efectiva o deber de ejecutar las sentencias

Se ha dicho anteriormente que la ejecución de resoluciones judiciales tiene un doble aspecto, esto es, derecho a la tutela judicial efectiva y deber a que tales resoluciones se cumplan. Pero, la pregunta que cabe hacerse llegados a este punto es, ¿en el proceso de ejecución penal existe realmente un derecho fundamental a que la resolución judicial se ejecute?

La respuesta no tiene fácil respuesta y depende de la posición que se haya ocupado en el proceso penal. De esta manera, la solución a esta cuestión será diferente si nos referimos a la acusación particular o popular, en cuyo caso no es descabellado barajar la posibilidad de que tuvieran derecho fundamental a que las resoluciones se ejecuten. En cambio, si en la parte acusadora sólo se encuentra el MF, tal derecho no existiría, puesto que el MF no es titular de derechos fundamentales. Asimismo, es posible que haya una solución diferente si al que nos referimos es al condenado. Por este motivo, para tratar de dar respuesta a esta cuestión se va a analizar qué ocurre en el caso del MF, la acusación particular y el condenado⁽⁶³⁾.

A) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en el Ministerio Fiscal

Tradicionalmente se ha entendido que, en lo que se refiere a la ejecución de los pronunciamientos penales, no existe propiamente un derecho fundamental a la ejecución de tal resolución, puesto que en el orden penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, no existe una relación jurídico material entre víctima y victimario⁽⁶⁴⁾.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han declarado que en el orden penal no «cabe hablar de una relación jurídica material de naturaleza penal de la que sean titulares activos un particular o el MF, por lo que éstos no tienen y no pueden afirmar titularidad alguna de un derecho a la condena del autor del acto tipificado en el CP, lo que supone la clara distinción entre el derecho de acción, del que son titulares todos los ciudadanos y el MF, y el derecho de penar, que es monopolio de los tribunales»⁽⁶⁵⁾.

(63) De manera voluntaria se ha obviado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación popular por considerar que los argumentos que se den, al tratar tal derecho, para la acusación particular pueden ser trasladados *mutatis mutandi* a la acusación popular, con lo que se evitan reiteraciones innecesarias.

(64) MONTERO AROCA, J., *Principios del Proceso Penal, Una Explicación Basada en la Razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 21-22.

(65) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 18.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 24.

Este derecho es lo que GÓMEZ ORBANEJA denominó, y más tarde el TC adoptó, como *ius ut procedatur* o «derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar del Estado»⁽⁶⁶⁾.

En este sentido la STC 176/2006 (FJ 2.º) establece lo siguiente⁽⁶⁷⁾:

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental a obtener condenas penales. En consonancia con ese planteamiento, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 y al que, desde luego, son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE».

Al respecto es interesante la STC 148/1994⁽⁶⁸⁾ dictada por el Pleno del Tribunal. En dicha resolución se resuelve un recurso de amparo presentado por el Ministerio Fiscal, el cual alegaba la vulneración del *derecho a la tutela judicial efectiva* por no haberse ejecutado una sentencia condenatoria por la comisión de un delito de robo con fuerza en grado de frustración⁽⁶⁹⁾.

El Tribunal estableció que aunque la resolución impugnada pudiera «ser jurídicamente errónea y constituir una infracción de ley o de doctrina legal», por vulnerar su doctrina de que «la inejecución de las sentencias no sólo no forma parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino que tampoco está prevista, hoy por hoy, en ningún otro precepto de nuestro ordenamiento», no se trataba de una resolución arbitraria ni manifiestamente irrazonable. Por lo que desestimó el recurso de amparo al considerar que no vulneraba el artículo 24.1 de la CE.

Creemos que en este caso el Tribunal resolvió la cuestión de manera satisfactoria. Pero no actuó, desde un punto de vista procesal, de forma correcta, ya que no examinó la legitimación activa del MF para entablar el recurso de amparo. El artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) establece que «los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional», y el artículo 41.2 de esta Ley establece que el recurso de amparo protege de las violaciones de los derechos y libertades anteriormente citadas. Por lo que el TC debería haber examinado, antes de entrar a valorar el fondo del asunto, si el MF es titular del derecho a la tutela judicial efectiva o si realmente existe un derecho fundamental a que

(66) MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., p. 267.

(67) STC 176/2006, de 5 de junio, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 2006\176).

(68) STC 148/1994 (FJ 4.º), de 12 de mayo, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 1994\148).

(69) La inejecución de la sentencia fue dictada por el propio tribunal que impuso la pena, al entender que se había vulnerado el derecho del condenado a un proceso público sin dilaciones indebidas (la incoación de las diligencias previas se acordaron el 22 de diciembre de 1987 y la sentencia en primera instancia se dictó el 26 de octubre de 1991). El MF interpuso recurso de apelación, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia el 10 de enero de 1992, ante lo cual interpuso recurso del amparo ante el TC.

las resoluciones penales se ejecuten o, por el contrario, lo que hay es un deber de ejecución de éstas⁽⁷⁰⁾.

Esto precisamente es lo que hacen los magistrados don Fernando García-Mon y González-Regueral en el voto particular a esta sentencia, señalando que «al Ministerio Fiscal como tal, y no en defensa de otros derechos y libertades que los propios del cargo, no se le ha vulnerado el derecho fundamental a la ejecución de la sentencia condenatoria sencillamente porque no es titular de ese derecho». Además, aun estando de acuerdo con el fallo, afirman que «la solución no podría ser la misma, toda vez que a éstos (a los acusadores particulares si los hubiera) sí se les podría haber vulnerado por el fallo impugnado su derecho a la efectividad de la tutela judicial». Así, la decisión de no ejecutar la sentencia condenatoria, por haberse dilatado en el tiempo el proceso penal, no encuentra base legal que la sustente, con lo que se está vulnerando el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley.

Asimismo, es constante la doctrina del TC⁽⁷¹⁾ que establece que «existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del artículo 10 CE, resulta poco compatible con entes de naturaleza pública». Por este motivo, «lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional».

Así, las personas jurídico-públicas son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva pero con matices, únicamente «cuando la prestación de la tutela judicial tiene por objeto los intereses legítimos de las entidades públicas, entendiendo por tales exclusivamente aquellos que derivan de su actividad no administrativa o pública», pero «cuando el objeto de la tutela judicial lo configura la defensa de los actos de las Administraciones públicas dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas, la protección que el artículo 24 CE les otorga se limita a no padecer indefensión en el proceso, lo cual implica, exclusivamente, que se les respeten los derechos procesales que establece el artículo 24 CE. Esto quiere decir que la Administración no tiene un derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser amparado en defensa de sus potestades, sino que únicamente posee las restantes garantías que le dispensa el artículo 24 CE, pero desde una dimensión estrictamente procesal o, lo que es lo mismo, desde el punto de vista de las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso».

En consecuencia, es posible afirmar que el MF no puede invocar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva como soporte a sus pretensiones procesales, por cuanto que su actuación encuentra su fundamento en el ejercicio de las funciones que constitucional-

(70) En este sentido es de interés, entre otras, el Auto del TC 100/1989, de 20 de febrero, BD Aranzadi-westlaw (RTC 1989\100 AUTO) en el que se establece que el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares».

(71) Al respecto se puede ver la sentencia del TC 164/2008, de 15 de diciembre, BD Aranzadi-westlaw (RTC 2008\164).

mente tiene encomendadas (promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley y procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social, artículo 124 CE), pero no en la defensa de un interés legítimo⁽⁷²⁾ «entendiendo por tal un interés “en sentido propio, cualificado o específico”, que no debe confundirse con el genérico de preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza política, cuya actividad está vinculada a fines generales y que ha de cumplir la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones»⁽⁷³⁾.

B) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en la acusación particular

Una vez visto que el fundamento para que el MF participe en el proceso de ejecución penal, impulsando y controlando su desarrollo, no es el derecho a la tutela judicial efectiva sino que es la realización de una función que el ordenamiento le encomienda, se ha de analizar si tal derecho ampara a la víctima personada en el proceso como acusación particular.

Sobre este particular es significativo el Auto del TC 373/1989, de 3 de julio⁽⁷⁴⁾. En esta resolución el TC diferencia entre *ejecutar* la sentencia, entendido como «la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos judiciales al cumplimiento del título de ejecución»; del *cumplimiento* de la pena que corresponde a la autoridad administrativa⁽⁷⁵⁾. Hecha esta división el TC establece que sobre este segundo aspecto, esto es, «el del cumplimiento, sus modalidades, incidencia y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular... en la medida en que el derecho a castigar (*ius puniendi*) lo ostenta en exclusiva el Estado».

Por consiguiente, continúa diciendo la citada resolución, no se ha vulnerado «el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los recurrentes, por la sencilla razón de que éstos no ostentan ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena... limitándose su intervención a “excitar” al órgano judicial competente a fin de que reconozca el derecho estatal de castigar y a que, una vez declarado el mismo, tal declaración tenga efectividad, esto es, se ejecute, se ordene por el juzgador el ingreso en prisión del condenado y, en su momento, su liberación por extinción de la condena»⁽⁷⁶⁾.

De esta resolución se desprende que en el proceso de ejecución penal el derecho a la tutela judicial efectiva pasa a un segundo plano, situándose en el primero el deber de ejecutar las resoluciones judiciales firmes conforme al artículo 118 de la CE, siendo dicho

(72) La propia Instrucción objeto de estudio afirma, y no le falta razón en ello, que «el Ministerio Público se encuentra plenamente facultado para intervenir activamente en la ejecución de las sentencias penales, y además, debe hacerlo para el efectivo cumplimiento de las funciones que legalmente tiene encomendadas», p. 6.

(73) Auto del TC 100/1989, de 20 de febrero, BD Aranzadi-westlaw (RTC 1989\100 AUTO).

(74) Auto del TC 373/1989, de 3 de julio, BD Aranzadi-Westlaw (RTC\1989\373\AUTO).

(75) El Auto se refiere a las penas privativas de libertad, en las que el cumplimiento material se encarga a la administración penitenciaria bajo el control de los órganos jurisdiccionales.

(76) El movimiento de la victimología defiende el derecho de la víctima a que se ejecuten las sentencias dictadas en el orden penal, puede verse, en este sentido, entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El Principio de Protección de las Víctimas en el Orden Jurídico Penal. Del Olvido al Reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 237-238.

proceso el corolario del orden público y de la gran importancia que para la subsistencia de un Estado de Derecho tiene que las resoluciones judiciales sean ejecutadas, como así ha declarado en numerosas ocasiones el TC.

De esta manera, en los casos en los que la víctima se persona como acusación particular ésta, una vez que el órgano jurisdiccional haya dictado la sentencia condenatoria (que haya declarado el derecho estatal de castigar), sólo tiene derecho a que los pronunciamientos penales en ella recogidos tengan efectividad. Algo lógico si partimos de la idea de que nadie tiene reconocido ningún derecho fundamental a obtener condenas penales. Por ello, la parte acusadora (en la que incluimos tanto a la particular, a la popular como al Ministerio Público) tiene derecho a que la ejecución se impulse en virtud de la obligación de que las sentencias se ejecuten, pero en modo alguno como fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no se tiene «ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena»⁽⁷⁷⁾.

Cosa diferente es la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia dictada en el procedimiento penal. En este supuesto sí se deberán ejecutar con base en la tutela judicial efectiva, pero, como se argumentó *supra*, en este caso estamos ante una ejecución civil donde, una vez declarada la responsabilidad civil derivada del delito, sí existe una relación jurídica material entre el victimario, o la persona civilmente responsable (artículos 116 a 122 CP), y la víctima, por lo que en tal caso sí se podrá alegar el derecho a la tutela judicial efectiva para que el órgano judicial competente ejecute tales pronunciamientos civiles.

C) Ejecución penal y el derecho a la tutela judicial efectiva en el acusado

Otra cuestión es qué ocurre desde la perspectiva del acusado. El proceso de ejecución penal tiene como objeto la ejecución de una sanción penal consistente en la privación de algún derecho por un tiempo determinado, lo cual supone que dicho proceso dura un determinado período más o menos largo. Durante este lapso se producen incidencias que afecten, de una u otra manera, a la ejecución de la sanción (liquidación de la condena, refundición de condenas, etc.). En una de las partes de estas incidencias se sitúa siempre el reo. Pues bien, la pregunta que debemos hacernos es si éste puede invocar el derecho a la tutela judicial efectiva antes las posibles incidencias que ocurran durante la ejecución.

La propia Instrucción objeto de este trabajo hace alusión a dos sentencias en este sentido, nos referimos a las sentencias del TC 145/2006, de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo. En ambas resoluciones se resuelven asuntos muy parecidos referentes cada una a sendos sujetos extranjeros condenados a penas privativas de libertad, con residencia ilegal en España, que tras haber cumplido parte de dicha pena se solicita la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional, en aplicación del artículo 89.1 del CP. En estos casos el Tribunal ampara a los sujetos por entender que no se están ejecutando las sentencias condenatorias en sus propios términos, lo cual «es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva».

Para abordar esta cuestión se ha de partir de que una vez dictada la sentencia en el proceso penal la relación jurídico-procesal existente hasta ese momento se modifica. De esta manera, si lo que se dicta es una sentencia absolutoria la relación se extingue, sin perjuicio

(77) Auto del TC 373/1989, de 3 de julio (FJ 2.º *in fine*), BD Aranzadi-Westlaw (RTC\1989\373\AUTO).

de las obligaciones que puedan surgir para esta parte, como el pago de las costas, etc. Por el contrario, si la sentencia es condenatoria la relación se modifica en varios sentidos:

- En primer lugar el acusado se convierte en condenado, pasando de ser parte en el proceso a ser *objeto de la ejecución*, lo que supone la obligación de éste de cumplir la condena, salvo que se produzca alguna de las circunstancias para suspender su ejecución;
- En segundo lugar, el condenado deja de estar bajo la protección de la presunción de inocencia que tenía durante las anteriores fases del proceso;
- Y, en tercer lugar, pasa a una posición de desigualdad o de sumisión, en la que no podrá contradecir la ejecución frente al Estado «sin perjuicio de los recursos e incidentes que pueda plantear frente a aspectos concretos de la misma que entienda se apartan de lo sentenciado o de lo legalmente previsto» ⁽⁷⁸⁾.

A pesar de que dicho cambio de la relación jurídico-procesal efectivamente se produce, el condenado conserva de una manera intacta todos los derechos que el artículo 24 de la CE establece. De esta manera, a pesar de no estar amparado por la presunción de inocencia, tiene derecho a que durante el proceso de ejecución, y en los posibles incidentes que en él surjan, le sea respetado su derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías constitucionales.

El TC se ha pronunciado sobre este aspecto al decidir sobre cómo se ha de aplicar el artículo 988 de la LECrim (incidente de refundición de condenas) para que, acorde con el artículo 24 de la CE, se respete el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión para el condenado. El Tribunal, en su sentencia 11/1987 (FJ 3.º) ⁽⁷⁹⁾, declaró que el condenado tiene derecho a ser oído y asistido por letrado, así como a iniciar el procedimiento cuando éste lo solicite, puesto que de manera contraria se estaría violando el principio de igualdad de partes en el proceso penal ⁽⁸⁰⁾.

(78) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Otras Leyes del Proceso Penal*, vol. IV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 3800-3801.

(79) STC 11/1987, de 30 de enero, BD Aranzadi-Westlaw (RTC 198711).

(80) «Ciertamente este precepto se refiere de manera expresa a una resolución a adoptar por el órgano judicial sin audiencia del condenado, salvo que éste sea el solicitante. Sin embargo, la trascendencia de la resolución no se le ocultó al legislador, que incluso prevé la posibilidad de acudir al Tribunal Supremo por medio del recurso de casación por infracción de Ley. Ello supone que no nos encontramos ante una decisión que tome automáticamente el órgano judicial, sino ante una cuestión que puede llegar a ser debatida ante el mismo Tribunal Supremo. En esas circunstancias el precepto de la LECr ha de ser integrado para ajustarlo al derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 de la Constitución en el sentido de que, como dice el Ministerio Fiscal en sus últimas alegaciones, el interesado debe ser oído antes de dictarse la resolución judicial, y ha de serlo con asistencia de Letrado (artículo 24.2 de la Constitución), y que ha de tramitarse el procedimiento indicado en el citado precepto de la LECr cuando el interesado lo pida, dándole la posibilidad, en la hipótesis de que la resolución judicial sea denegatoria, de acceder a la casación. Todo ello también es consecuencia del principio de igualdad de las partes en el proceso penal, como recuerda asimismo el Ministerio Fiscal en las mismas alegaciones. En el presente caso ese principio exige que, interviniendo el Fiscal en el procedimiento de liquidación y refundición de penas, sea oído también el condenado con asistencia letrada».

En el mismo sentido se pronuncia el TS, el cual, en su sentencia de 15 de noviembre de 2005⁽⁸¹⁾, establece que este incidente ha de ser resuelto en el seno de un proceso contradictorio, el cual esté informado por los principios de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión. Por lo que el condenado deberá estar asistido en todo momento por letrado, para así encontrarse en igualdad de armas en el proceso, so pena de nulidad si éste fuera iniciado a petición del penado sin asistencia letrada⁽⁸²⁾.

También es posible citar como ejemplo la STC 64/1995⁽⁸³⁾ (FJ 4.º y 6.º), la cual, al resolver un recurso de amparo presentado por la vulneración de derechos fundamentales en el proceso de ejecución penal, establece que en la fase de ejecución de la sentencia se ha de seguir respetando el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionales, lo que supone, entre otros, el derecho a la igualdad de armas, el derecho de defensa contradictoria, el derecho a ser oído y el derecho a aportar los medios de prueba oportunos que a la protección de sus derechos convengan⁽⁸⁴⁾.

Por lo tanto, el condenado sí tiene reconocido un derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución penal, cuyo contenido es, entre otros, el derecho a que las resoluciones se ejecuten en sus propios términos, derecho a ser oído, derecho a estar asistido por abogado, el derecho a la igualdad de armas, el derecho de defensa contradictoria o el derecho a aportar los medios de prueba oportunos.

IV. CONCLUSIONES

Sirva como primera conclusión algo que ya se apuntó en la introducción de este trabajo, como es que nos parece muy positivo que desde la FGE se instruya a los fiscales para que

(81) BD Aranzadi-Westlaw (*RJ* 2005\9880).

(82) «... el incidente de refundición de sentencias tiene la estructura de un proceso contradictorio en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardada, produciéndose una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, cuando el incidente se inicia a solicitud del interno sin estar asistido de dirección letrada que con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión, encontrándose en igualdad de situación frente a la otra parte procesal necesaria en este incidente, que es el Ministerio Fiscal, debiendo en consecuencia declararse la nulidad de lo actuado en los supuestos en los que el incidente se inicie directamente por el interno sin estar previamente asistido de letrado, ya que el incidente de refundición o acumulación de condenas debe integrarse desde la perspectiva constitucional propia de todo proceso contradictorio».

(83) STC 64/1995, de 3 de abril, BD Aranzadi-Westlaw (*RTC* 1995\64).

(84) «... este Tribunal ha declarado que la prohibición de indefensión es una garantía general que implica el respeto del esencial principio de contradicción en el proceso (STC 48/1986). Y también ha dicho reiteradamente que el artículo 24.2 CE, al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, el derecho a la igualdad de armas y el de defensa contradictoria de las partes, quienes han de tener la misma posibilidad de ser oídas y acreditar, mediante los oportunos medios de prueba, lo que convenga a la protección de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 4/1982, 89/1986, 231/1992 y 273/1993, entre otras). Doctrina que indudablemente es aplicable al incidente en fase de ejecución de una sentencia...».

En suma, de lo que antecede cabe estimar que en el incidente de ejecución de la sentencia penal promovido por el demandante de amparo no se han respetado las garantías constitucionales del proceso penal (artículo 24.2 CE) y, en concreto, el derecho a una defensa contradictoria, habiéndose producido un resultado material de indefensión prohibido por el artículo 24.1 de la Norma fundamental. Por lo que es procedente anular las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal en el que se inició el incidente».

participen en el proceso de ejecución penal mediante el impulso y el control del desarrollo de tal proceso. Asimismo, nos parecen también muy acertadas las consideraciones que realiza la Instrucción sobre los retrasos en el proceso de ejecución penal y sobre el olvido al que el legislador ha relegado a este proceso. Esto denota que desde las instituciones se van dando pasos para que el proceso de ejecución en general y el penal en particular se coloque en el lugar que, por su importancia para el sustento del Estado de Derecho, nunca debió de abandonar.

Sin embargo, tenemos dudas acerca de que en la Instrucción 1/2010 se invoque el derecho a la tutela judicial efectiva para justificar la intervención de los fiscales en la ejecución penal. Es cierto que uno de los contenidos de este derecho fundamental es la ejecución de las resoluciones judiciales, pero en el caso del proceso penal es necesario matizar dicho contenido, y uno de esos matices es que la ejecución de las sentencias dictadas en el proceso penal, es decir, la ejecución de las sanciones penales o de las medidas de seguridad, no entra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva sino que es parte del deber de llevar a cabo los pronunciamientos judiciales (artículo 118 CE) y de la realización del *ius puniendi* monopolio del Estado.

En todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva se vería afectado, como se ha visto anteriormente, en el caso del condenado (incidentes en la ejecución) y en el caso de la responsabilidad civil derivada del delito, aunque en este último supuesto estamos ante un proceso de ejecución civil en el que se ha de llevar a la práctica un derecho, a ser indemnizado por los daños producidos por el hecho delictivo, reconocido en la propia sentencia.

Pero fuera de estos casos creemos que no se puede invocar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva para la ejecución en el proceso penal. Así, la participación del MF en este proceso, en lugar de gravitarse en tal derecho fundamental, se debe asentar en lo establecido en el ordenamiento jurídico, el cual permite que dicha intervención se realice de una manera activa. De esta manera, es posible acudir a varias normas que la prevén dentro de su articulado.

En primer lugar el artículo 124.1 de la CE ordena al MF que promueva «la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». Asimismo, la LECrim prevé en varios de sus preceptos que el MF participe en la ejecución penal. Así, en el Libro VII se establece su participación en el incidente de refundición de condenas del artículo 988⁽⁸⁵⁾ y en el incidente regulado por el artículo 993, el cual disciplina el expediente que se ha de sustanciar cuando un penado, una vez ingresado en el centro penitenciario, sufra alguna enfermedad mental que aconseje su internamiento en un

(85) «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2) del artículo 70 del Código Penal. Para ello, reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y, previo dictamen del Ministerio fiscal, cuando no sea el solicitante, dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».

centro especializado. En ese caso el Tribunal sentenciador deberá oír al MF y al acusador particular, y dar audiencia al defensor del penado antes de acordar lo que crea conveniente con arreglo a Derecho ⁽⁸⁶⁾.

Fuera de esta normativa dedicada a la ejecución de sentencias, pero siguiendo en la LECrim, también se puede encontrar otras intervenciones del MF en el procedimiento de ejecución. La primera de éstas la hallamos en el *procedimiento abreviado*. El artículo 787.6 ordena que una vez dictada la sentencia de conformidad y el fiscal y las partes expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente su firmeza, y se pronunciará, previa *audiencia* de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta, decisiones que se encuadran dentro del proceso de ejecución penal.

Una participación similar se produce en el *procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*. Así, el artículo 801.2 establece que al dictar la sentencia de conformidad ésta devendrá firme si el Fiscal y las partes personadas expresan su decisión de no recurrir, resolviendo el juez lo procedente sobre su suspensión o sustitución en el caso de que se trate de una pena privativa de libertad.

Además de estas concretas intervenciones en la ejecución penal, es necesario tener en cuenta lo prescrito en el artículo 3.9 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, el cual confiere al MF la función de «Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social». Por lo que, aunque en la LECrim no se le dé apenas juego en lo que a la ejecución se refiere ⁽⁸⁷⁾, esta función genérica, avalada por el artículo 124.1 de la CE, le habilita para realizar cualquier acción tendente a asegurar el cumplimiento de los pronunciamientos contenidos en las sentencias surgidas de un proceso penal declarativo, debido al carácter de interés público y social que éstos poseen.

Dicho esto, las conclusiones que podemos extraer con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución penal son tres fundamentalmente:

- El MF posee cobertura legal suficiente para participar de una manera activa en el proceso de ejecución penal, pero sin ser, por ello, titular del derecho a la tutela judicial efectiva;

(86) La regulación de este procedimiento para cuando se da el caso de que un penado sufra una enfermedad mental, puede entrar en contradicción con el que regula el artículo 60 del CP y que trata de resolver el mismo problema, este es, cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. El competente para conocer de este procedimiento es el JVP, y en el que no se prevé la participación del MF hasta que no esté próxima la extinción de la pena, en cuyo caso le ha de ser comunicada dicha circunstancia al objeto de que se encargue de instar la declaración de incapacidad por la vía civil (disposición adicional primera del CP).

(87) No sólo es que la LECrim no establezca de manera expresa la intervención del MF en la ejecución penal, sino que dicha norma en el párrafo quinto del artículo 990 confiere al Secretario judicial la potestad de «impulsar el proceso de ejecución de la sentencia dictando al efecto las diligencias necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la pena». A pesar de esto, consideramos que existe cobertura jurídica para que el MF también pueda actuar tanto en el impulso de la ejecución como en los demás incidentes que ocurran durante la ejecución.

INSTRUCCIÓN 1/2010 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 29 DE JULIO

- El resto de partes acusadoras sólo tienen derecho a solicitar del órgano judicial ejecutor el impulso de la ejecución de los pronunciamientos penales en virtud de la obligación de que las sentencias se ejecuten (artículo 118 CE), pero en modo alguno como fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva.
- El acusado podrá invocar el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de que la ejecución no se realice en sus propios términos y en el caso de que se dé algún incidente en la ejecución (suspensión de la ejecución, sustitución de la pena privativa de libertad, refundición de condenas, etc.).

UNA VISIÓN CRÍTICA DEL NUEVO DELITO DE PROVOCACIÓN AL TERRORISMO DEL ARTÍCULO 579.1

JESÚS BERNAL DEL CASTILLO

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del artículo 579.1

Este artículo critica el nuevo delito de provocación al terrorismo regulado en el párrafo segundo del artículo 579.1, por entender que ha rebasado las directrices de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea que le sirve de fundamento. El nuevo delito es superfluo y no cumple las exigencias del principio de determinación de las conductas tipificadas por la amplitud y vaguedad de su definición. Este argumento también permite prever que su aplicación puede infringir los derechos a la libertad de expresión e ideológica.

Palabras clave: Provocación al terrorismo, crítica, colisión libertad ideológica.

ABSTRACT

A critical vision of the new felony of provocation to the terrorism of the article 579.1

This article criticizes the new felony of provocation to the terrorism regulated in the second paragraph of the article 579.1, as it understands that it has surpassed the guidelines of the Framework Decision of the European Union Council on which it is based. The new felony is superfluous and it doesn't fulfil the demands of the principle of determination of the standardized behaviours due to the width and uncertainty of its definition. This argument also allows foreseeing that its application can violate the rights of freedom of speech and ideology.

Key Words: Provocation to the terrorism, Critic, Collision ideological freedom.

SUMARIO

- I. LAS RAÍCES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010 EN MATERIA DE TERRORISMO.
 - II. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO EUROPEO DE TIPIFICAR LOS NUEVOS DELITOS LIGADOS AL TERRORISMO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010. EN PARTICULAR EL DESACIERTO DEL NUEVO DELITO DE PROVOCACIÓN O INCITACIÓN.
 - III. LA CRÍTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE PROPAGANDA O DIFUSIÓN DE IDEOLOGÍAS.
 - IV. CONCLUSIÓN.
-

I. LAS RAÍCES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010
EN MATERIA DE TERRORISMO

La reciente y amplísima modificación del Código Penal español aprobada por LO 5/2010, de 22 de junio, afecta de forma intensa a los delitos de terrorismo. La cercanía de la reforma no ha permitido todavía hacer un análisis particularizado de las implicaciones de la nueva normativa en la legislación penal antiterrorista, aunque hay ya estudios y reflexiones importantes sobre alguna de estas cuestiones y otras conexas a ellas, sobre todo la nueva distinción entre organizaciones y grupos criminales y su separación del ámbito de las asociaciones ilícitas⁽¹⁾.

En este trabajo me propongo estudiar la nueva tipificación de la provocación para cometer delitos de terrorismo, inserta en el número 1 del artículo 579. Al primer párrafo se le añade un segundo, quedando definida la redacción vigente de la siguiente forma:

«1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos cometidos en los artículos anteriores.

Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión».

La primera cuestión que nos planteamos es la justificación de la introducción de esa figura delictiva del segundo párrafo que, en principio, desde un punto de vista sistemático, debería considerarse también como una nueva forma de provocación al terrorismo. A estos efectos no tenemos más datos que la escasa argumentación ofrecida por la Exposición de Motivos de la Ley 5/2010, la cual razona la inclusión de este nuevo tipo penal en cumplimiento de la normativa europea que ha servido de referencia a las demás modificaciones en esta materia: «Y en la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en los primeros apartados del artículo 579 las conductas de distribución pública, por cualquier medio, de consignas o mensajes que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (es decir provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta conducta criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva para delinquir. Es sabido, por ejemplo, que esta actividad a través de la red constituye uno de los soportes del terrorismo radical islamista».

(1) Vid. ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, y dentro de esta obra el capítulo 60: «Organizaciones y grupos criminales» (autores GARCÍA RIVAS y LAMARCA PÉREZ) y el capítulo 61: «Delitos de terrorismo» (autor CANCIO MELIÁ); RIVERO ORTIZ, «Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?», en *Revista española de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* núm. 78, enero de 2011, pp. 43-50. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal. Parte Especial II*, Comares, Granada, 2010.

La Exposición de Motivos, aunque breve, es muy esclarecedora en cuanto a la interpretación de la mentalidad europea contemporánea respecto de la delincuencia terrorista: por una parte, la necesidad de reforzar la lucha coordinada de los Estados contra el terrorismo internacional y, por otra, el objetivo prioritario de luchar directamente, no contra todo tipo de terrorismo, sino contra el terrorismo islamista.

A raíz de los atentados islamistas posteriores a septiembre del 2001 y de marzo del 2004, España, que posee una legislación antiterrorista amplia, entiende, y esta es una idea común en la Unión Europea, que la política tradicional antiterrorista sólo es eficaz para el terrorismo clásico, cuyo ejemplo en España sería el terrorismo nacionalista de ETA. En cambio, no se adapta suficientemente a las nuevas corrientes terroristas que proceden fundamentalmente del islamismo radical y que se caracterizan por su naturaleza ideológica o religioso-política, por su expansión internacional, por su unidad y al mismo tiempo descentralización, el fuerte apoyo financiero, utilización de nuevas técnicas de difusión y su capacidad de camuflaje dentro de las estructuras legales de los Estados europeos.

A raíz de esta evolución del terrorismo internacional cobra fuerza la idea de que se hace necesario un «adelanto del Derecho Penal» que frene en su difusión esa ideología islamista radical que en sí misma se considera ya terrorista o que necesariamente conduce al terrorismo materializado en atentados concretos. De ahí que la Decisión Marco europea de 2008 proponga ese adelanto de la política criminal de los Estados en varios ámbitos y exprese de forma vinculante la obligación de los Estados miembros de coordinar mejor su política antiterrorista, en consonancia con los principios de la política común europea en esta materia, definida fundamentalmente en la Decisión Marco de 2002⁽²⁾.

Por esta razón la Decisión de 2008 propone la incorporación o reforma de delitos que se adapten a las nuevas amenazas que proceden de las nuevas formas de atentar en el ámbito terrorista y, aunque no lo diga expresamente, son las que en la práctica son propias del llamado terrorismo ideológico islamista: captación y adoctrinamiento de miembros por medios educativos o ideológicos, entrenamiento, financiación de grupos autónomos y en general difusión de materiales que podrían inducir a personas a cometer actos terroristas.

Con este fin la Decisión del año 2008 reforma el artículo 3 de la Decisión Marco de 2002, que define los llamados «delitos ligados a actividades terroristas», incluyendo entre ellos la «provocación a la comisión de un delito de terrorismo» [artículo 3.2.a)]⁽³⁾, que consiste en la difusión pública, especialmente a través de Internet, de mensajes destinados a inducir a la comisión de los delitos enumerados en el artículo 1 de la Decisión Marco de 2002⁽⁴⁾. En la definición de este delito de provocación, el artículo 3 de la Decisión de 2008 deja muy claro que se trata de una conducta dolosa, destinada a inducir a uno de los delitos de terrorismo, independientemente de que promuevan o no directamente la comisión de delitos concretos, siempre y cuando conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos.

(2) Y también en el Plan de acción del Consejo y de la Comisión (DO C 198, de 12 de agosto de 2005) y en la propia Decisión de 2008.

(3) Decisión Marco de la Unión Europea 2008/919/JAI: artículo 3.1.a).

(4) En concreto los definidos en la Decisión Marco de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI), artículo 1, apartado 1, letras a)-h).

Al mismo tiempo la Decisión Marco de 2008 expresa con gran claridad que ni esta forma de provocación, tal y como se define en su texto, ni el resto de los nuevos delitos que los Estados deberán incluir en sus legislaciones nacionales, podrán traspasar el límite de las conductas legítimas comprendidas en los derechos y garantías de la libertad de expresión, reunión y asociación y otros derechos⁽⁵⁾. Como una orientación más en relación a la actividad de los Estados, el considerando núm. 15 de la Decisión expresa que «la aplicación de las tipificaciones establecidas en la presente Decisión Marco debe ser proporcional a la naturaleza y circunstancias del delito, habida cuenta de los objetivos legítimos perseguidos y su necesidad en una sociedad democrática, y debe excluir cualquier forma de arbitrariedad o discriminación».

II. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO EUROPEO DE TIPIFICAR LOS NUEVOS DELITOS LIGADOS AL TERRORISMO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010. EN PARTICULAR EL DESACIERTO DEL NUEVO DELITO DE PROVOCACIÓN O INCITACIÓN

La reforma penal del año 2010 cumple las directrices europeas modificando sensiblemente la regulación vigente de los delitos de terrorismo. Sin entrar a considerar todas ellas destacan, por su evidente conexión con el tema que nos hemos propuesto estudiar, la incorporación al delito de colaboración con las actividades de grupos u organizaciones terroristas de las conductas de «captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo» (artículo 576.3), la financiación dolosa o por imprudencia grave del terrorismo (artículo 576 bis) y la provocación a los delitos de terrorismo, realizada mediante difusión pública de mensajes o consignas, del segundo párrafo del artículo 579, cuyo análisis constituye el objeto de este trabajo.

Sobre este nuevo delito se nos plantean serias dudas, que podríamos resumir en dos: su oportunidad en nuestra legislación y su correcta configuración típica, por una parte, y en segundo lugar la posibilidad de que se hayan traspasado los límites de legitimidad de este si lo ponemos en relación con los derechos y libertades ideológicos y de expresión.

La primera cuestión que plantea el nuevo delito de provocación afecta a su naturaleza, en concreto a si realmente se trata de un delito de terrorismo o no. Desde una perspectiva sistemática el Código Penal antes y después de la reforma incluye todas las formas de colaboración, actos preparatorios e incluso la apología como delitos de terrorismo, lo cual

(5) Artículo 2 de la Decisión Marco. En particular resulta muy clarificador a este respecto el considerando 14: «La provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos. Por lo tanto, nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos. La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, quedan fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo».

es discutible al menos respecto de alguna de estas actividades, sobre todo respecto de la apología del terrorismo.

Lo que nos cuestionamos en el fondo es el concepto de delito terrorista. Al margen de la distinción con los delitos políticos y de su ubicación sistemática, un delito terrorista se caracteriza por la concurrencia de un elemento subjetivo: la finalidad de causar alteraciones graves en la seguridad y paz ciudadana para subvertir el orden constitucional y los derechos o principios socialmente válidos, realizados a través de unos hechos violentos objetivos que lesionan derechos o bienes de las personas en las formas descritas en el Código Penal. A este esquema responden tanto los actos violentos como la constitución de grupos u organizaciones, así como los actos de colaboración incluyendo la financiación. Pero dudo mucho de que merezcan este calificativo las opiniones favorables a estas actividades o el apoyo ideológico o incluso propagandístico cuando no se materializa en actos de incitación o cooperación con ellos. De ahí que comparta, por ejemplo, la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo que califica la apología del terrorismo como un delito relacionado con el terrorismo, pero no como un delito de terrorismo⁽⁶⁾.

En cambio, los actos preparatorios de los delitos de terrorismo, tal y como se regulan en nuestro ordenamiento (artículo 579 primer párrafo): provocación, conspiración y proposición, son realmente delitos de terrorismo en cuanto su contenido de injusto implica una dimensión objetiva y subjetiva dirigida a la realización de esos actos terroristas concretos. No son, por ello, delitos meramente ideológicos o de adhesión o expresión que se asimilan a la apología del delito, que recibe un tratamiento diferenciado de la provocación para cometer un delito de terrorismo en sentido estricto⁽⁷⁾.

No es éste, sin embargo, el caso de la nueva figura de provocación, regulada junto a los tradicionales actos preparatorios en el nuevo artículo 579, la cual no es realmente un delito de terrorismo sino un delito relacionado con el terrorismo, calificativo que por cierto es el que la Decisión Marco Europea aplica a esta conducta y que el legislador español no ha sabido respetar.

La confusión de esta naturaleza de la nueva provocación del artículo 579 proviene fundamentalmente de una mala técnica legislativa, que se limita a incorporar la norma referente de la Decisión Marco sin discriminar ni adaptar de forma coherente dicha previsión a nuestra legislación. De esta forma, dice el enunciado del nuevo delito que se castiga la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este

(6) STC 199/1987, de 8 de enero; Auto del TS de 14 de junio de 2002 (RJ 4744). Entre la doctrina, *vid.* ASÚA BATARRITA, «Concepto Jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a José María Lidón*, 2002, Universidad de Deusto; pp. 41 y ss; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010, pp. 282 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, «Recensión a Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 1187 y ss. De forma implícita, esta crítica subyace también en el trabajo de SÁNCHEZ-OSTIZ «La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho Penal del enemigo», en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 893 y ss.

(7) Sobre la naturaleza de la apología del terrorismo como una figura que no se pretende que reúna estrictamente los requisitos del artículo 18 del CP *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, «Observaciones en torno a la LO 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo», en *La Ley*, 2001, t. 5, pp. 1627-1633.

capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión cuando esos hechos no se encuentran previstos en el párrafo anterior o en otro precepto del Código que establezca mayor pena. En cambio la Decisión Marco limita estas conductas a la difusión «... de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos...».

Este modo de definir la nueva figura de provocación en el código español excluye de su aplicación no sólo a los actos de inducción directa a cometer uno de los delitos de terrorismo (castigados en España como autoría o colaboración) sino a todos los actos de provocación al terrorismo en sentido propio, es decir como actos preparatorios, puesto que cualquier mensaje o consigna que implique una incitación directa a un delito al terrorismo no seguido de su comisión ya está contemplado en la definición de provocación del primer párrafo. Por la misma razón tampoco podría castigarse como verdadero acto de provocación la incitación directa a colaborar con grupos u organizaciones terroristas, incluyendo la incitación a contribuir financieramente, a integrarse en un grupo, el adoctrinamiento directo o formación de terroristas o la enseñanza para realizar un acto terrorista.

Otro problema se plantea a la hora de comparar este nuevo delito con el de apología o enaltecimiento del terrorismo, con el cual muchas veces se confunde. En la práctica los actos de propaganda o difusión de la doctrina islamista radical consisten en ocasiones en discursos de enaltecimiento de unas ideas políticas o religiosas que valoran positivamente la comisión de actos concretos calificados como «yihad violenta», o bien de exaltación a quienes los realizan: p.ej. declaraciones de alabanza a candidatos a la «autoinmolación», apoyo a los combatientes yihadistas en todo el mundo, llamada general a la guerra santa, etc. Si se identifican los mensajes como actos propios de enaltecimiento en el sentido que tienen conforme al delito del artículo 578, entonces habrá que considerarlos como un delito de esta naturaleza y no como actos del nuevo delito de provocación al terrorismo⁽⁸⁾.

Al excluir todos estos supuestos de la nueva figura de provocación del párrafo 2.º del 579, queda convertido éste en un tipo residual, definido sobre todo en un sentido negativo en oposición a la auténtica provocación al terrorismo o a otros delitos que castiguen esos mensajes o consignas con mayor pena. La Exposición de Motivos de la reforma añade un elemento negativo más a la hora de delimitar el contenido de este nuevo delito: mensajes o consignas que no consistan necesariamente en «resoluciones manifestadas de delito». El problema se traslada entonces a delimitar en sentido positivo cuáles son esos actos nuevos que se quieren castigar y, para ello, como hemos señalado, se nos dan tres criterios: que sean mensajes o consignas, difundidas públicamente, y que conlleven un riesgo de generar un caldo de cultivo para la comisión de delitos de terrorismo. Después de una delimitación positiva tan pobre lo único que cabe concluir es que se ha tipificado un delito cuya conducta es en realidad la incitación a una adhesión ideológica, es decir algo que no es ni

(8) Citamos las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, 149/2007, de 26 de febrero; 585/2007, de 26 de junio; 539/2008, de 23 de septiembre, y 224/2010, de 3 de marzo. Esta última define el enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 como «una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas, bien de quienes los efectúan».

de lejos una provocación al terrorismo y que «significa incluso menos que la apología o la justificación», en opinión de CANCIO MELIÁ⁽⁹⁾.

Puede augurarse además que en la práctica el nuevo delito va a tener escasa aplicación, dada la remisión que hace el precepto que lo define a delitos más graves de aplicación preferente, dato que es confirmado en la práctica por un reciente estudio del prof. Javier Jordán⁽¹⁰⁾ sobre las intervenciones policiales en materia de terrorismo islamista en España, en el que muestra que la inmensa mayoría de este tipo de actos punibles tenían relación con actividades de constitución de grupos, captación y entrenamiento de miembros y preparación de atentados.

Una consecuencia de la indeterminación de la definición legal de lo que se me ocurre llamar provocación «débil» o «aguada» es la enorme inseguridad jurídica que genera y no estoy seguro tampoco de que reúna los requisitos mínimos exigidos por el principio de legalidad, máxime teniendo en cuenta que la parte positiva de la definición se interpreta en términos tan generales como los enunciados: cualquier acto de difusión por cualquier medio, de mensajes o consignas dirigidos a provocar algún delito de terrorismo (que no esté ya castigado), con la única condición objetiva de que genere o incremente el riesgo de su efectiva comisión. Esta condición objetiva del injusto es quizás la parte más negativa de la definición legal, por ser tan genérica e inconcreta que ni siquiera alcanza la categoría de un peligro concreto sino meramente abstracto en un grado excesivamente lejano de lo realmente posible, teniendo en cuenta el hecho de que la fuente de la creación de ese peligro serían consignas o mensajes, elementos que a su vez tienen un significado tan vago que podrían dar lugar a cadenas causales absurdas en la apreciación de la creación de ese riesgo o peligro.

Como posibles ejemplos podría citarse el hecho de «colgar» en Internet un vídeo que anime a los creyentes musulmanes españoles a adherirse a las doctrinas yihadistas en general, sin más especificaciones, lo cual ya podría aceptarse como realización del tipo; lo mismo sucedería con el envío de un e-mail a múltiples destinatarios de un texto que interprete el Corán en su sentido más extremista, puesto que se trata en ambos casos de mensajes difundidos públicamente y que en sí mismos tienen la capacidad potencial de que algún musulmán moderado adopte o se vea animado a una postura más radical en la forma de vivir esa ideología⁽¹¹⁾. Efectivamente la conexión causal es muy débil mientras no se identifique un sujeto concreto que a consecuencia de ese mensaje decida cometer un acto de terrorismo, ni de un sujeto activo que se identifique como el autor de ese mensaje dirigido a ese fin; pero como en este caso el hecho ya estaría castigado como una provocación propia, se corre el riesgo de hacer una interpretación extensiva y castigar estos supuestos como una forma de provocación del párrafo segundo del artículo 579.1.º; bastaría con entender

(9) CANCIO MELIÁ, «Delitos de terrorismo», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, cit., p. 530.

(10) JORDÁN, Javier, «El terrorismo yihadista en España: evolución después del 11-M», 6 de febrero de 2009. *Documento de Trabajo núm. 7/2009*. Real Instituto Elcano (www.realinstitutoelcano.org).

(11) Esta forma de interpretar el precepto es todavía más clara si se utiliza el argumento de la Exposición de Motivos de la reforma, que manifiesta como justificación de la peligrosidad de estas conductas el hecho de que «se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva para delinquir».

el concepto de riesgo como la valoración objetiva (¿realizada por quién?) de la aptitud del mensaje para convencer a una persona indeterminada.

Lo absurdo de esta interpretación indica en mi opinión la inconstitucionalidad del precepto, porque implicaría una indeterminación típica incompatible con los principios garantistas de nuestra Constitución relacionados con la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal. La única forma de aceptar en nuestro ordenamiento este nuevo delito soslayando la crítica a la indeterminación e inseguridad sería definir su injusto típico de forma que garantice una mayor concreción de las conductas típicas: difundir mensajes y consignas específicos y determinados, de forma que el objetivo de esa difusión sea no la simple provocación o aliento a personas indeterminadas, sino un mensaje claro de incitación a personas concretas a adherirse a una ideología que exponga claramente una finalidad terrorista, que es lo que pretende la Decisión Marco citada. Pero en mi opinión, esa conducta es precisamente el contenido de la provocación ya prevista como un acto preparatorio del primer párrafo, en cuyo caso quedaría sin resolver la realidad de la inutilidad de la nueva forma de provocación.

En la raíz de la calificación de este precepto como superfluo, se encuentra el hecho de que los autores de la reforma debieron tener en cuenta que la legislación penal antiterrorista española era ya tan amplia que no hacía falta este nuevo delito y ser conscientes de que la normativa europea, sobre todo la Decisión Marco de 2008, tiene sentido porque se dirige principalmente a aquellos Estados que carecen de una legislación adecuada o en los cuales es tan restrictiva que no pueda acoger lo que el Código Penal español ya podía contemplar: la provocación o proposición de delitos terroristas. La propia Decisión Marco apela a que los Estados apliquen sus directrices con arreglo a criterios de proporcionalidad (considerando 15), lo cual es un argumento añadido a la crítica sobre la inadecuación de su introducción en nuestro Derecho Penal.

III. LA CRÍTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE PROPAGANDA O DIFUSIÓN DE IDEOLOGÍAS

La interpretación que he propuesto del nuevo delito de provocación lo convierte en un delito de propaganda o de opinión, en el sentido de que castiga actos de difusión o comunicación de ideas o de mensajes ideológicos por medios técnicos de gran alcance. Esta delimitación implica un adelantamiento de la punición penal a conductas que pueden considerarse parte del contenido de determinados derechos fundamentales y constitucionales, en particular las libertades de expresión, ideológica y científica, de forma que la valoración crítica del nuevo delito de provocación tendrá que resolver si entra en conflicto con estos derechos y si infringe su ejercicio legítimo⁽¹²⁾.

Se trata de un problema insoslayable que se ha planteado siempre que el Derecho Penal tipifica delitos de opinión o de expresión. En particular, en nuestro país la discusión sobre este conflicto en materias conexas al terrorismo se ha desarrollado especialmente

(12) Sin embargo, este problema no se plantea en los casos de provocación al terrorismo en sentido estricto, motivo adicional para criticar la precipitada decisión de la reforma de incluir la nueva figura de provocación.

respecto del delito de apología (actual artículo 578) y también, aunque fuera del ámbito del terrorismo, con el delito de enaltecimiento y apología del genocidio (artículo 607.2). El estudio de la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre ambas figuras podrá ayudarnos a la hora de pronunciarnos sobre la constitucionalidad del nuevo delito de provocación al terrorismo desde esta perspectiva de su conflicto con otros derechos constitucionales.

No obstante, antes que desarrollar esta cuestión en el Derecho Penal español hay que estudiar cómo se ha planteado el problema a nivel europeo, porque no se puede olvidar que precisamente es la Decisión Marco de 2008 la que genera el conflicto entre las libertades de expresión, ideológica y científica con su mandato a los Estados de adelantar la intervención penal tipificando la provocación a la comisión de un delito de terrorismo.

La raíz de esta decisión de la Política Criminal europea de adelantar la intervención penal en el ámbito del terrorismo islamista se encuentra en que éste no adopta unas formas de comisión convencionales o históricas, sino que utiliza medios que en sí mismos constituyen manifestaciones del ejercicio de las mismas libertades que constituyen la esencia de la democracia estatal; en particular, me refiero al derecho a pertenecer a una organización ideológica o religiosa, a la propaganda de ésta, a la captación y a la formación de nuevos miembros, a la libertad de expresión de la propia ideología o visión política de la sociedad, etc. Lo que hace tan peligroso el terrorismo islamista en nuestros Estados democráticos es el uso fraudulento de esos derechos y libertades, o al menos el aprovechamiento ilícito de las facultades que los definen. En particular se aprecia que el problema del terrorismo islamista convierte esos actos de ejercicio de los derechos de expresión y propaganda en medios de ataque a los derechos humanos y a la paz y orden de los Estados, gozando además de unos medios económicos y financieros extraordinarios.

Esta habilidad de una ideología terrorista concreta, la islamista, para realizar sus fines ha planteado al mundo occidental el siguiente dilema: ¿toda adhesión o propaganda de la doctrina islamista radical es en sí misma un delito de terrorismo o sólo debe intervenir el Derecho Penal cuando la ideología islamista extremista, llamémosla yihadista, se materialice en actos concretos?

La elección de la política común europea en esta materia ha sido clara: la doctrina islámica radical o yihadismo es calificada como ilegítima en dos niveles: el primero si constituye la base ideológica para la constitución o pertenencia a grupos u organizaciones terroristas asentadas en Europa y, en segundo lugar, cuando es la causa de los actos de su difusión o propagación aun por personas que no constituyan parte de ningún grupo u organización. Por esta razón, la política europea de prevención del terrorismo exige el adelantamiento de las barreras penales de protección a la punición de estas actividades de propaganda, aunque implique restricciones a los derechos de libertad de expresión e ideológica, que ceden terreno legítimamente en el caso de la difusión de esta ideología particular. Esta es la interpretación que creo debe darse a la Decisión Marco de 2008, que entiende que los delitos allí mencionados, tal y como ella los define en la nueva redacción del artículo 3 de la DM de 2002, constituyen limitaciones necesarias de las libertades ideológica, de expresión o científica.

Para salvar el escollo de las críticas a ese enfrentamiento con las libertades mencionadas, la citada Decisión Marco expone con gran rotundidad la advertencia dirigida a los Estados de que deben tipificar esos delitos pero respetando el contenido esencial de aquéllas,

según las normas que los definen y regulan en cada ordenamiento nacional y los Convenios y Tratados sobre ellos. Como criterio de referencia, la Decisión Marco alude al principio de proporcionalidad respecto de las medidas penales que adopten. En particular sobre la tipificación de la provocación al terrorismo dice textualmente que un criterio para calificar como legítima la punición de los actos de propaganda es que se tratará de un delito doloso, con lo cual quiere decir que el límite de la legitimidad para expresar o difundir la ideología radical es, en primer lugar, que vaya dirigida a la incitación a cometer delitos concretos, bien sea de forma directa o indirecta⁽¹³⁾. La redacción de los considerandos 14 y 15 de la Decisión Marco⁽¹⁴⁾ parece que tiene especial interés en señalar que en ella misma la definición de los delitos que presenta a los Estados no infringe los derechos fundamentales de ideología o expresión, con la cual deja a la regulación concreta que haga cada Estado de las diferentes infracciones el cumplimiento de esta obligación.

De esta forma, la pregunta de si el nuevo delito de provocación al terrorismo en el Código Penal español respeta el contenido esencial de otros derechos, deberá resolverse teniendo en cuenta la adecuación de su concreta definición penal a los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, ideológica, de educación, etc. La interpretación del contenido esencial de estos derechos realizada fundamentalmente por la jurisprudencia cuando resuelve supuestos concretos de conflicto ha resultado de gran ayuda para determinar la legitimidad de la tipificación de los delitos de propaganda y opinión, en especial los delitos de apología y enaltecimiento del terrorismo, al genocidio y la incitación al odio o a la discriminación.

La referencia comparativa con el delito de apología del terrorismo (artículo 578 CP) o del genocidio (607.2) viene al caso cuando la doctrina islamista radical se concreta en actos propios de apología o enaltecimiento, como he señalado anteriormente; pero aquí acaba la diferencia entre ambas figuras. La apología del terrorismo castiga una forma de autoría delictiva que consiste en la adhesión o apoyo ideológico a una doctrina calificada como incompatible con los valores democráticos y políticos de un Estado de Derecho y esa consideración como autores de un delito relacionado con el terrorismo (o en su caso el genocidio) es lo que ha permitido declarar la constitucionalidad de estos delitos de apología. Pero lo que tipifica el nuevo delito de provocación no es una apología de delitos concretos ya cometidos, en el sentido de compartir o apoyar su realización por otras personas, sino una incitación de adhesión a una ideología con la intención de que los receptores de la propaganda cometan ese tipo de delitos, lo cual es diferente y hace que su compatibilidad con la libertad de expresión o ideológica se asiente en consideraciones que no coinciden totalmente con las planteadas en los delitos de apología.

En este sentido, pienso que sólo cabría situar el nuevo delito de provocación al terrorismo dentro de los límites legítimos que coartan la libertad de expresión cuando de

(13) La Propuesta de la Comisión de enero de 2011 de reforma de la DM 2002/475/JAI propone una modificación de este delito en los siguientes términos: «Artículo 3. Delitos ligados a actividades terroristas (1). A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por 'inducción pública a la comisión de delitos de terrorismo' la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleva el riesgo de comisión de uno o más de tales delitos».

(14) *Vid.* nota núm. 5.

forma intencional los actos de propaganda incitan directa o indirectamente a la comisión de hechos delictivos concretos, criterios que como ya he expuesto previamente no son los que se reflejan en la definición legal de este nuevo delito, sobre todo porque, al convertirse en un tipo residual y secundario, el único requisito positivo que alude a esa incitación (el incremento del riesgo de que los receptores de los mensajes cometan actos de terrorismo) es tan difuso y poco concreto que genera una enorme inseguridad a la hora de resolver los conflictos particulares desde esa perspectiva de su constitucionalidad. Por ejemplo: si se envía un mensaje por Internet diciendo «únete a la lucha contra occidente. Reza por nuestros combatientes» se puede considerar tanto como un acto de provocación al terrorismo como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Todo dependerá de la interpretación que se dé por el tribunal correspondiente a la virtual idoneidad de ese mensaje para generar o incrementar el riesgo de que alguno de los receptores del mensaje, además de rezar, se una a un grupo yihadista o envíe dinero a alguna organización terrorista o colabore con alguna de ellas. Esta inseguridad es lo que genera en la doctrina penal española una amplia resistencia a la tipificación de los delitos de opinión o propaganda, por el peligro de castigar la mera manifestación de ideas⁽¹⁵⁾.

El gran problema de la tipificación de este delito se plantea en relación a si la difusión de doctrina yihadista como tal supera los límites del ejercicio de la libertad ideológica. Algunas de las formas de propaganda, enseñanza o difusión del islamismo radical superan ciertamente el límite del ejercicio de un derecho a difundir o extender unas ideas religiosas o sociales dentro de los límites de lo que es jurídicamente legítimo, pero no porque esa radicalidad en las ideas sea discrepante o esté en desacuerdo con lo que la mayoría de la población opina, cree o comparte. La divergencia no es suficiente para fundar la ilegitimidad de una ideología. Es necesario que implique una forma de entender la sociedad y los Estados occidentales que propugne un ataque a éstos, o que se materialice en ideas de contenido denigratorio o excluyente hacia los demás, o bien lesionando los derechos humanos individuales o bien mostrando una incompatibilidad con los fundamentos de nuestro sistema político y social. La difusión de esas ideas debe además tratar de imponerse a través de formas como la intolerancia o el uso de la fuerza, bien directamente, bien generando en otras personas una aversión hacia los valores no compartidos o hacia la sociedad occidental en su conjunto. Por eso, desde esta perspectiva entiendo que cabe aceptar la constitucionalidad de la tipificación del nuevo delito de provocación en cuanto prohíbe bajo la amenaza punitiva la difusión de una ideología no legítima porque propugna la lucha contra la sociedad occidental o ataca los fundamentos de lo que se reconocen como derechos humanos.

Es interesante la opinión de QUINTERO OLIVARES, que en este mismo sentido delimita el integrismo que propugna la «yihad» entendida como guerra contra occidente y los valores que representa. Así entendido el integrismo musulmán, expresa la misma idea que he señalado: la difusión de sus postulados es lo que resulta incompatible con el sistema de

(15) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ-GUTIÉRREZ expresa esa reticencia señalando que «determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito», en «La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho Penal del enemigo», en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, cit., p. 897.

valores europeos... y debe por ello ser objeto de restricciones, incluso penales⁽¹⁶⁾. Esta es la interpretación correcta que debe darse a la política criminal europea y, por ello, podemos aceptarla, lo mismo que el mandato de adelantar la protección penal frente a esos actos de difusión que propugnan la comisión de delitos concretos; por eso, en mi opinión, la tipificación del nuevo delito de provocación en nuestro Código, aunque sea objeto de crítica por las razones ya citadas, no implica una restricción ilegítima del derecho a la libertad ideológica o religiosa.

Esta delimitación de la ideología yihadista permite considerarla como un delito relacionado con el terrorismo conforme a la moderna concepción del terrorismo que supera su perspectiva de delito político, es decir, contrario a la organización del Estado, sino como un delito contra el orden constitucional o contra los fundamentos de un sistema social democrático. En este sentido se han pronunciado algunas sentencias como la 117/2007, del Tribunal Supremo, que interpreta las actividades de los grupos islamistas radicales como delitos de terrorismo en cuanto tienen la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, que debe ser entendido «no sólo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y los Tratados Internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto de orden individual como de naturaleza colectiva»⁽¹⁷⁾.

El problema de una política preventiva de la ideología islamista radical, tanto a nivel europeo como en nuestro país, es traspasar los límites de una razonable proporcionalidad en la restricción de una libertad ideológica que, no olvidemos también, es un derecho fundamental de la persona⁽¹⁸⁾. En este caso el peligro proviene de confundir el islamismo como religión con la concreta ideología islamista extremista yihadista y equiparar la difusión o propaganda de dicha religión, aunque se califique de estricta o integrista, con una ideología terrorista, lo cual puede suceder mientras no lleve a hacer propaganda de actos violentos o terroristas o a expandir la adopción por otras personas de principios incompatibles con los principios constitucionales y los derechos humanos. En el trabajo citado, QUINTERO OLIVARES expresa con acierto que el islamismo no es un problema penal. Es una «competencia penal», en cambio, la realización de actos contrarios a las normas y principios de Derecho fundados en la dignidad humana y legitimados en un Estado de Derecho⁽¹⁹⁾.

(16) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La revisión del delito político: islamismo y otros problemas», en *Derecho Penal del enemigo. El Derecho Penal de la exclusión* (CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA, coords.), Edisofer, Madrid, 2006, pp. 687-712.

(17) En el mismo sentido, vid. SSTS, Sala 2.ª, 119/2007 y 888/2007. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado de forma muy clara sobre este problema respecto al delito de la apología del terrorismo con una doctrina que por analogía es aplicable al problema de la propaganda o difusión del islamismo radical. Afirma así en la Sentencia 199/1987, FJ 12)

(18) La misma Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 advierte sobre la necesidad de ser prudentes a la hora de adoptar una política restrictiva de derechos como el de la ideología: «... debe considerarse también el juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de las libertades».

(19) Esta perspectiva de los límites de la competencia penal frente al islamismo es importante para no convertir la política criminal antiterrorista en este terreno en una manifestación del llamado Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal de autor.

Dicha confusión es posible en la práctica y de hecho es la causa en bastantes ocasiones de una visión distorsionada del problema y da lugar en la vida real a formas de discriminación frecuentes, a la vulneración del contenido a la libertad religiosa, en manifestaciones que, aunque nos resulten extrañas o rechazables según nuestra mentalidad (el famoso problema del velo), no traspasan el límite de lo que es ilegítimo por ser una incitación a la violencia o al odio o a la discriminación. Esta actitud de rechazo indiscriminado, por ejemplo hacia inmigrantes ilegales procedentes de determinados países, genera también resultados contraproducentes al fin de prevención del terrorismo, entre los cuales se encuentra la radicalización de quienes, profesando el islamismo legítimamente, se ven atraídos por las doctrinas yihadistas ante las actitudes de discriminación o rechazo sufridas por determinados grupos sociales⁽²⁰⁾.

Quizás este problema —delimitar el ejercicio legítimo de la profesión de una ideología o religión islámica de lo que es ilegítimo en las actitudes de algunas formas extremistas de ellas— se deba solucionar en primer lugar a partir de un mejor conocimiento de lo que es realmente islamismo radical profesado por grupos extremistas, la ideología yihadista, y para ello debe dedicarse un esfuerzo intelectual y divulgativo serio a manos de expertos en el tema que nos ofrezcan a los profanos un conocimiento más exacto de esta ideología terrorista para no actuar ni a nivel social, ni político ni policial con precipitación y desacierto⁽²¹⁾.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma del Código Penal de 2010 introduce una nueva figura dentro del delito de provocación a los delitos de terrorismo. El exceso de celo del legislador a la hora de seguir la Política Común europea en la lucha contra el terrorismo no ha percibido que se trata de un precepto superfluo y residual en nuestro ordenamiento, porque las conductas que en la Decisión Marco europea de 2008, a la que se remite el legislador, se calificaban como provocación al terrorismo ya estaban reguladas en nuestro ordenamiento, siendo de aplicación los actos propios de provocación al terrorismo ya definidos en el artículo 579.1.º; además, si alguna de las conductas contra las que se dirige la normativa europea se escapara de la aplicación de dicho precepto sería difícil que no pudieran encajar dentro de los nuevos delitos de financiación al terrorismo, captación o entrenamiento de terroristas, constitución o participación en un grupo, enaltecimiento o apología, etc.

En Derecho Penal no sirve de excusa frente a este tipo de críticas el efecto simbólico o impacto beneficioso que pudiera producir un delito de esta clase. Por ello, más importante

(20) Diversos estudios señalan precisamente que la captación de personas para integrar células vinculadas en nuestro país a las organizaciones yihadistas se dirigen a esos colectivos: inmigrantes de origen magrebí o pakistaní, en situaciones laborales o legales precarias, en los que se alimenta el odio a lo occidental aprovechándose de esas situaciones; por ejemplo vid. el trabajo ya citado de Javier JORDÁN, «El terrorismo yihadista en España: evolución después del 11-M», 6 de febrero de 2009. *Documento de Trabajo núm. 7/2009*. Real Instituto Elcano; ALONSO, Rogelio, en su artículo «Cómo responder a la ‘yihad ideológica’», publicado en el diario *ABC* el día 10 de enero de 2011.

(21) En este sentido se pronuncia REINARES, Fernando, «El fin de una excepción española», diario *El País* (8 de julio de 2010).

que la crítica de la falta de necesidad de ese nuevo delito es la inseguridad que genera al definir la conducta típica en términos vagos e inconcretos, con referencia a conceptos tan imprecisos como la posibilidad de generar un peligro de que con la divulgación de doctrinas terroristas se produzcan atentados o algún delito de terrorismo. El efecto de luchar contra las nuevas formas del terrorismo islamista no justifica que la aplicación de este nuevo delito genere un peligro próximo de lesionar otros derechos legítimos, sobre todo los de libertad de expresión e ideológica.

La conclusión es evidente: alabando otros aspectos de la reforma en materia de terrorismo debe suprimirse en una futura iniciativa legislativa el nuevo delito del párrafo segundo del artículo 579.1.º del Código Penal español.

Revista de

Derecho Penal

DERECHO COMPARADO

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ITALIANO, EN PARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN (*)

RAÚL CARNEVALI R.

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y
Director del Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca (Chile)
rcarnevali@utalca.cl*

RESUMEN

**La criminalidad organizada.
Una aproximación al Derecho Penal italiano,
en particular la responsabilidad de las
personas jurídicas y la confiscación**

El crimen organizado es una de las manifestaciones criminales que se han fortalecido dentro de la economía globalizada. Italia por su experiencia con la mafia, ha desarrollado diversos mecanismos, entre ellos, la responsabilidad del ente y la confiscación, que son medidas dirigidas a prevenir el lucro ilícito, que es lo que motiva a estas organizaciones.

Palabras clave: Criminalidad organizada, responsabilidad de las personas jurídicas, confiscación.

ABSTRACT

Organized crime. An approach to the Italian criminal law with particular reference to liability of legal persons and confiscation

Organized crime is one of the criminal manifestations that have been strengthened within the global economy. Italy for its experience with the mafia, has developed various mechanisms, including the liability of legal persons and the confiscation, which are measures aimed at preventing illicit profit, which is what motivates these organizations.

Key Words: Organized crime, liability of legal persons, confiscation.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DISCURSO CRÍTICO AL LLAMADO DERECHO PENAL DE LA EMERGENCIA. ¿ES POSIBLE UN DERECHO PENAL MÍNIMO?

(*) Este trabajo se realizó durante mi período de investigación postdoctoral en el Departamento de Derecho Penal «Cesare Beccaria» de la Universidad de Milán. Mi estancia fue financiada por Becas Chile y por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Agradezco los comentarios y sugerencias formuladas por el Dr. Francesco Viganò (Universidad de Milán).

III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

IV. ALGUNAS MEDIDAS PARA ENFRENTAR LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, EN ESPECIAL LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN. LA EXPERIENCIA ITALIANA.

1. Consideraciones preliminares.

2. Otras medidas de carácter penal y extrapenal.

3. La responsabilidad del ente en los delitos de criminalidad organizada.

- A) El Decreto Legislativo número 231 de 2001 que regula la responsabilidad de las personas jurídicas.
- B) Ley número 94 de 2009 que introduce el artículo 24 ter —delitos de criminalidad organizada— al Decreto Legislativo número 231.

4. La confiscación.

- A) Confiscación «clásica».
- B) Confiscación por equivalencia.
- C) Confiscación ampliada.
- D) Confiscación como medida de prevención.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La primera dificultad que se presenta al tratar este tema es delimitar el objeto de análisis. En efecto, no resulta fácil precisar qué se entiende por criminalidad organizada⁽¹⁾. Justamente, una de sus particularidades es su capacidad para adaptarse a las nuevas realidades sociales, «descubriendo» dónde están sus grietas que permitan actuar. En el pasado, grupos más o menos organizados actuaban en aquellas zonas rurales en donde el Estado estaba presente sólo formalmente. Así sucedió en los orígenes de la mafia siciliana.

La expresión *mafia* se empleó por primera vez en 1865 en la relación del prefecto de Palermo Filippo Gualtierio al Ministro del Interior para referirse a una asociación delicti-

(1) Ya lo planteaba, FIANDACA, G., «Criminalità organizzata», *L'Indice penale*, 1991, pp. 5 y ss.; *cf.*, además, DI MARTINO, A., «Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo», *Diritto penale e processo*, 1, 2007, pp. 11 y ss.; INSOLERA, G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Boloña, 1996, p. 37; ZAFFARONI, E., «Il crimine organizzato: una categoria fallita», en Moccia, S. (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 76 y ss.; ROXIN, C., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», Trad. por Anarte, E., *Revista Penal*, 2, 1998, p. 65. Sosteniendo la artificialidad del discurso, PAVARINI, M., «Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato», en Giostra, G./Insolera, G. (ed.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milán, 1995, pp. 75 y ss.

va⁽²⁾. En todo caso, en sus orígenes no puede afirmarse sin más que la mafia era una asociación criminal, pues, de algún modo, se vincula con las particularidades sociales propias de la isla de Sicilia: era una sociedad de orden feudal, donde el poderoso asumía el deber de proteger al débil, y éste hallaba en aquél protección y cuidado. Precisamente estas características fueron aprovechadas por el Estado italiano que se estaba formando, convirtiendo a la mafia en una especie de poder intermedio entre el Estado y la sociedad. En ese momento comenzó a relacionarse con el poder político⁽³⁾. Estas estructuras feudales vinculadas con la tierra, muy propia de la *vieja mafia*, empiezan a cambiar a fines del siglo XIX y comienzos del XX con la inmigración siciliana a los Estados Unidos⁽⁴⁾. Y es que las posibilidades económicas que ofrecía el país americano eran enormes. Además, el inmigrante siciliano no sólo no perdía su vínculo con su antiguo terruño, sino que además trasladaba sus costumbres, en cuanto a buscar protección con el poderoso, el *don*. De esta forma, se formaron nuevas asociaciones mafiosas en los Estados Unidos, las que siguieron relacionadas con Sicilia. Si bien el fascismo propinó duros golpes a la mafia con el trabajo de Cesare Mori, llamado el «prefecto de acero», se pudo recomponer y reorganizar a finales de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, con el objeto de facilitar el desembarco de las tropas en Sicilia y combatir a los nazis y fascistas, los agentes norteamericanos se contactaron con la mafia americana de origen siciliano —en particular con Lucky Luciano—, quienes facilitaron sus relaciones en la isla. Luego, los aliados americanos ubicaron en cargos políticos de ciudades sicilianas a personas relacionadas con la mafia⁽⁵⁾.

Hoy el mundo globalizado ofrece infinitas oportunidades a la criminalidad organizada, pues las mayores facilidades tecnológicas dificultan enormemente su persecución⁽⁶⁾. Precisamente, la participación en un mundo económico «abierto» a través de empresas aparentemente legales facilita el encubrimiento de sus actividades ilícitas⁽⁷⁾.

La criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización. Con ello no se quiere decir que antes no existían crímenes asociados a organizaciones —basta tener presente el delito de asociación ilícita— sino más bien, que los nuevos tiempos favorecen su conformación.

(2) ROMANO, S., *Storia della mafia*, Mondadori, Verona, 1966, p. 139. Sobre la historia de la mafia siciliana, cfr. también BLOCK, A., *The Mafia of a Sicilian Village 1860-1960*, Basil Blackwell, Oxford, 1974, *passim*. Sobre el desarrollo histórico de la *camorra* napolitana, DI FIORE, G., *La camorra e le sue storie*, Utet, Turín, 2005, *passim*. ROVITO, P.L., «Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici», en Moccia, S. (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 11 y ss., quien expone las manifestaciones que tienen lugar en Italia ya en el siglo XVI.

(3) ROMANO, *Storia*, cit. nota núm. 2, pp. 158 y ss.

(4) ROMANO, *Storia*, cit. nota núm. 2, pp. 231, 263 y ss.

(5) ROMANO, *Storia*, cit. nota núm. 2, pp. 297 y ss.

(6) PATALANO, V., «Profili problematici della corruzione internazionale», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 391 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, pp. 61 y ss.

(7) Así lo destaca, BARATTA, A., «Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale», en Moccia, S. (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 104-105.

Una de las particularidades de las sociedades modernas es la incidencia que ha tenido la globalización. Hoy ya no se discute que la trascendencia de este fenómeno no se limita a la esfera económica, pues también se puede apreciar en el campo de las comunicaciones gracias a los avances tecnológicos. En este sentido, los Estados han restringido sus limitaciones comerciales, dando lugar a una ampliación de los mercados. Precisamente, en la consecución de este propósito se han impulsado a escala global una serie de políticas dirigidas a facilitar la libre circulación de determinados factores productivos, como son, por ejemplo, los capitales, las mercancías, las personas y los servicios. En efecto, la mayor libertad, y por ende los menores controles estatales para la circulación de estos factores, brinda enormes espacios de actuación a un tipo de criminalidad⁽⁸⁾. Por lo anterior, en un contexto de esta naturaleza dicha delincuencia es eminentemente económica. Lo que no impide claro está, que puedan verse afectados otros bienes jurídicos, como sucede, por ejemplo, con el tráfico de personas, de estupefacientes, de armas. No obstante, en estos casos lo que motiva en buena medida a la delincuencia organizada es el lucro⁽⁹⁾.

En todo caso, cabe advertir que también se puede estar frente a una criminalidad organizada que persiga fines diversos a los económicos, como sucede con algunas manifestaciones terroristas: el grupo se estructura y persigue fines ideológicos, políticos o incluso religiosos. Sin perjuicio de ello y consciente de su gravedad, *mi atención se dirigirá a la de carácter económico*, que también tiene una importante incidencia en la vida económica y política de los Estados.

Debe tenerse presente que los fenómenos económicos y sociales que tienen lugar por el proceso globalizador han permitido el surgimiento de nuevas formas de criminalidad, que se caracterizan por su organización, en algunos casos por su transnacionalidad y particularmente, por su gran poder económico. Es en este ámbito, donde debe situarse la llamada criminalidad organizada, cuyas particularidades recién citadas exigen prestarle especial atención. En efecto, que sea organizada, pone de manifiesto que se trata de estructuras con algún grado de jerarquización, que dificultan una investigación criminal, pues en no pocos casos se presentan problemas para determinar la atribución de responsabilidad penal, dada la separación espacio-temporal entre la decisión de los jefes y la ejecución del delito⁽¹⁰⁾. A ello debe sumarse su gran capacidad económica, que les permite incluso, desestabilizar las instituciones políticas de un Estado a través de la corrupción de sus funcionarios⁽¹¹⁾.

Por otro lado, su carácter transnacional, obstaculiza de manera significativa su persecución, pues se requiere el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional, por medio de

(8) LAUDATI, A., «Criminalità organizzata e riciclaggio», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 219.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 83.

(10) Así lo deja claro, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, p. 87.

(11) Para un examen amplio de la corrupción y sus consecuencias, CAFERRA, V.M., *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, Laterza, Roma-Bari, 1992; PATALANO, «Profili problematici», cit. nota núm. 6, pp. 391 y ss.

políticas homogéneas y de cooperación judicial⁽¹²⁾. Actividades delictivas, como el tráfico de armas, de drogas o de personas conforman un claro ejemplo de su perfil internacional. Dada esta particularidad es que la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, conocida como Convención de Palermo, se dirige a definir instrumentos que permitan conformar una estrategia común entre los Estados⁽¹³⁾.

Justamente, dicha Convención, en su artículo 2, entiende por grupo delictivo organizado: «grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

Tales particularidades las distinguen de otras manifestaciones criminales, como pueden ser los delitos cometidos por una pluralidad de sujetos. Y es que su especial organización puede erosionar gravemente las instituciones del Estado, poniendo en serio riesgo la estabilidad democrática⁽¹⁴⁾. En efecto, tales formas de criminalidad no tienen pretensiones políticas, ni buscan alcanzar el poder estatal. Por el contrario, su eficacia radica en actuar en la sombra, como una fuerza omnipresente tras el poder establecido. Para ello emprenden acciones dirigidas a corromper a determinados funcionarios. Probablemente, aquí radica uno de los mayores peligros de la criminalidad organizada, pues deslegitima a las instituciones estatales ante los ciudadanos, generando percepciones de inseguridad pública, quebrantando con ello las bases de un Estado de Derecho. Lamentablemente, varios países latinoamericanos se ven afectados por la criminalidad organizada, debido, en parte, a sus debilidades institucionales. Por tal motivo se torna urgente adoptar medidas para fortalecer las estructuras democráticas y sus medios de control, como una herramienta eficaz, amén de las punitivas, para combatir esta clase de organizaciones criminales.

A este respecto, debe tenerse presente que dado su nivel organizacional, participa muchas veces dentro de la economía lícita, valiéndose de sus instrumentos. Basta citar en el caso del tráfico de drogas las actividades de lavado de dinero⁽¹⁵⁾. De manera que buena

(12) PISANI, M., «Criminalità organizzata e cooperazione internazionale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 703 y ss.

(13) Ver Convención en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf> (visitado el 4 de junio de 2010). Cfr. ROSI, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, *passim*; cfr. además, NUNZI, A., «La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale», en Bassiouni, C.M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 213 y ss.; MILITELLO, V., «Le strategie di contrasto della criminalità organizzata transnazionale tra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 249 y ss.

(14) LAUDATI, «Criminalità organizzata», cit. nota núm. 8, p. 217: «El crimen organizado constituye un peligro para las democracias modernas por la extraordinaria capacidad de acumular enormes riquezas y de contaminar y condicionar las instituciones».

(15) CASTALDO, A./NADDEO, M., *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padua, 2010, *passim*; FEROLA, L., *IL riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 19 y ss.; SCIALOJA, A., *Le nuove norme antiriciclaggio. Criminalità organizzata e riciclaggio*, Maggioli editore, Santarangelo di Romagna, 2006, *passim*; CORDERO BLANCO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, *passim*.

parte de su éxito se debe a su intromisión dentro del aparato estatal, ya sea por funcionarios corruptos o simplemente, por la ausencia de elementos de control eficaces.

Por cierto, diversas son las actividades en las que participan organizaciones criminales organizadas, las que se ven favorecidas, como se ha señalado, por las condiciones económicas actuales producto de la globalización. Además del tráfico de drogas a que se ha hecho referencia, puede citarse el tráfico de armas, que además aumenta en aquellas regiones donde el crimen organizado impera, pues requieren controlar territorios, desplazando a otras organizaciones. Ello, sin perjuicio de constituirse en fuente de financiamiento para actividades terroristas⁽¹⁶⁾. También intervienen en el tráfico de personas. Entre las razones que suelen argumentarse para el crecimiento de tan execrable actividad, suele citarse la apertura de los mercados, la mayor facilidad en el transporte y el fuerte crecimiento demográfico. Esto último —de manera sobresaliente en los países africanos y del sudeste asiático—, unido a las mayores brechas económicas, ha generado demanda de fuerza de trabajo, la que se desarrolla en términos de explotación y de nueva esclavitud⁽¹⁷⁾. Por último, tampoco puede dejarse de lado la llamada cibercriminalidad, considerando el importante número de transacciones en las que se emplean nuevas tecnologías⁽¹⁸⁾.

El ciberespacio —espacio sin fronteras— ofrece oportunidades maravillosas para la difusión de las ideas y del conocimiento, pero también es campo fértil para la criminalidad dada su especial vulnerabilidad. Así como aumenta la calidad de vida al mismo tiempo crecen los riesgos. Las principales características: a) La red no tiene una estructura jerarquizada que permita establecer sistemas de control lo que dificulta enormemente la

(16) Ver *Convenio Internacional de las Naciones Unidas contra el financiamiento al terrorismo*, en <http://www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/Cfinancsp.pdf> (consultado el 5 de junio de 2010); BASSIOUNI, C.M., «Strumenti giuridici per il contrasto del terrorismo internazionale: un'analisi di carattere politico», en Bassiouni, C.M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 93 y ss.; BAUCCIO, L., *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Giuffrè, Milán, 2005, *passim*; LAUDATI, «Criminalità organizzata», cit. nota núm. 8, p. 217.

(17) Cada año ingresan clandestinamente a Europa unas 400.000 personas. Hoy son cerca de 8.000.000 de personas los inmigrantes ilegales dentro de la Unión Europea, es decir, 1 de cada 3 inmigrantes ingresaron clandestinamente. Las mujeres que son objeto de tráfico y luego destinadas a la explotación sexual son casi 2.000.000. En relación con los niños, en Asia cerca de 1.000.000 son explotados sexualmente, y buena parte de ellos se encuentran en Tailandia, conocido paraíso del turismo sexual. Cfr. GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, *passim*; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, *passim*; TINEBRA, G./CENTONZE, A. (ed.), *Il traffico internazionale di persone*, Giuffrè, Milán, 2004, *passim*.

(18) Cfr. ROMEO CASABONA, C.M.^a (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico penales, nuevas respuestas político criminales*, Comares, Granada, 2006, *passim*; MORALES GARCÍA, O. (dir.), «Delincuencia informática: problemas de responsabilidad», en *Cuadernos del Poder Judicial*, 9, 2002, *passim*; ILARDA, G./MARULLO, G. (ed.), *Cybercrime: conferenza internazionale. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Criminalità Informatica*, Giuffrè, Milán, 2004, *passim*; LUPÁRIA, L. (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009, *passim*; VULPIANI, D., «Criminalità organizzata ed informatica», en PARANO, C./CENTONZE, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 187 y ss.; RESTA, F., «Cybercrime e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura», en *Giurisprudenza di merito*, 9, 2008, pp. 2147 y ss.; PICOTTI, L., «La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa», *Diritto penale e processo*, 6, 2008, pp. 700 y ss.; HERZOG, F., «Straftaten im Internet, Computerkriminalität und die Cybercrime Convention», en *Politica Criminal*, núm. 8, D1, 2009, pp. 1 y ss. (www.politicacriminal.cl visitado el 10 de junio de 2010); MOITRA, S.D., «Developing Policies for Cybercrime», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 13/3, 2005, pp. 435 y ss.

verificación de la información que por allí circula; b) El creciente número de usuarios y la cada vez mayor facilidad de acceso, quienes pueden ser tanto víctimas como autores de delitos. Además, el anonimato de los llamados cibernautas facilita la comisión de delitos y las dificultades de persecución; c) La facilidad para poder acceder a la información y con ello alterar datos, así como destruir sistemas informáticos, sin que los proveedores del servicio puedan hacer algo, y d) La capacidad de generar peligros globales es manifiesta, pues es perfectamente posible el empleo de la red para la comisión de delitos terroristas. La difusión de la información de manera rápida y a bajo costo permite a las organizaciones delictivas perpetrar delitos con mayor facilidad.

II. EL DISCURSO CRÍTICO AL LLAMADO DERECHO PENAL DE LA EMERGENCIA. ¿ES POSIBLE UN DERECHO PENAL MÍNIMO?

Por todo lo expuesto, si se pretende enfrentar la criminalidad organizada con eficiencia no puede seguir pensándose en las herramientas propias de un Derecho penal pensado para los problemas del siglo XIX. En efecto, me parece que poco puede hacer un Derecho penal construido esencialmente sobre la base del homicidio y de los delitos contra la propiedad como sus ejes centrales. En este sentido, debe reexaminarse si un Derecho de tales características puede enfrentar adecuadamente estos nuevos desafíos⁽¹⁹⁾. No debe olvidarse que se trata de un Derecho pensado para delitos cometidos por un autor individual, por lo general desamparado socialmente. Dicho en términos simples, el Derecho penal que siempre hemos estudiado tiene, en términos generales, como soporte al delincuente pobre. En cambio, la delincuencia de la globalización comprende otros factores: se trata de agrupaciones, en algunos casos muy poderosas, que cometen delitos de naturaleza económica, pero que pueden repercutir en bienes de otra naturaleza y cuyas actividades pueden poner en serio riesgo la estabilidad democrática de un país, a través de la corrupción de políticos y funcionarios públicos. Asimismo, la criminalidad organizada presenta conexiones cada vez más estrechas no sólo en el ámbito puramente económico sino también político, que les permite asegurar contratos con la administración pública. Un ejemplo, es el caso del tratamiento de los residuos tóxicos, que genera cuantiosas ganancias —en Italia ya se habla de la Ecomafia—⁽²⁰⁾.

Por lo anterior, resultan discutibles las propuestas de quienes sostienen el discurso crítico al llamado Derecho penal de la emergencia y de la excepcionalidad. Críticas que provienen principalmente de aquellos que sostienen propuestas político criminales cercanas al denominado *derecho penal mínimo*⁽²¹⁾. La realidad de nuestros tiempos parece demostrar

(19) Así lo sostiene, ALEO, S., «Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 10; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, pp. 83 y 99.

(20) PLANTAMURA, V., «Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, pp. 73 y ss.; LO MONTE, E., «Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 235 y ss.

(21) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducido por Andrés Ibáñez, P. et al., Trotta, Madrid, 1995, pp. 807 y ss. donde trata el subsistema penal de excepción.

que se trata de un problema creciente que se torna «ordinario» y, por tanto, que requiere de instrumentos que respondan eficientemente⁽²²⁾. No puede sostenerse que toda intervención en esta área nos lleva a un Derecho penal autoritario⁽²³⁾.

En la línea del discurso *mínimo* FERRAJOLI se manifiesta crítico con los delitos asociativos, estimando que es suficiente para abordarlos los delitos-objeto a cuya realización se habría conformado la asociación. Al respecto, señala: «De ahí se sigue que para el derecho no deben existir delincuentes políticos sino sólo delincuentes comunes: en el doble sentido en el que ningún hecho no contemplado como delito común debe ser penalizado por razón exclusiva de su carácter “objetivamente político” y ningún delito debe ser tratado de forma distinta que los demás por razón del carácter “subjetivamente político” de sus motivaciones. En el primer aspecto, toda penalización a título de delito “político” termina en la tutela excesivamente anticipada de figuras de peligro abstracto o presunto en contradicción con el principio de lesividad o, incluso, como ocurre en los delitos asociativos, en una duplicación de la responsabilidad penal ya afirmada en los delitos comunes, como la tenencia de armas, los actos de violencia consumados o intentados o el concurso en su comisión o preparación»⁽²⁴⁾.

La postura de FERRAJOLI parece desconocer los riesgos manifiestos que representan las organizaciones criminales, independiente de si cometen o no los delitos-objeto, pues en muchos casos su sola conformación representa un peligro que no se puede desconocer. Como señalan MARINUCCI y DOLCINI no son pocos los casos en que la organización ni siquiera requiere cometer delitos: ya es suficiente la intimidación que su presencia genera para lograr su propósito⁽²⁵⁾. Esperar que tales delitos se verifiquen supone, inexplicablemente, renunciar a importantes herramientas para combatir manifestaciones de la crimi-

(22) ALEO, S., *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 2-5.

(23) ZAFFARONI, «Il crimine organizzato», cit. nota núm. 1, pp. 84 y ss.; MOCCIA, S., «Prospettive non ‘emergenziali’ di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale», en Moccia, S. (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 149 y ss.

(24) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota núm. 21, pp. 832-833. En p. 833: «La misma argumentación vale también, evidentemente, para las demás figuras de delitos y de delincuentes especiales, igualmente reconducibles a fenomenologías criminales globales —el bandidaje, la mafia, la camorra— y, por lo demás, ni siquiera caracterizadas por una especificidad en abstracto de los bienes jurídicos protegidos. También la expulsión del derecho penal de tales tipologías de autor responde a una garantía de seguridad contra las perversiones sustancialistas e inquisitivas, además de a una elemental exigencia de igualdad. Se trata, en efecto, de figuras informadas por el paradigma constitutivo y, por tanto, contrarias al carácter exclusivamente regulativo que deben tener las normas penales. Naturalmente, también en estos casos la naturaleza mafiosa o camorrista de un delito puede considerarse como un rasgo particularmente grave en el momento de la comprensión y la valoración equitativa del hecho. Pero ni siquiera en estos casos se justifican figuras de delito especial, como lo es típicamente, en nuestro ordenamiento, la asociación de tipo mafioso prevista por el artículo 416 *bis* del código penal en lugar de la normal avocación para delinquir. También la mafia, como el terrorismo, debe y puede ser afrontada con los medios penales ordinarios».

(25) MARINUCCI, G./DOLCINI, E., «Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalità», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 817 (traducción al español de Raúl Carnevali en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 9, 2002, pp. 147 y ss.). Precisamente, el artículo 416 *bis* del Código penal italiano al tipificar el delito de asociación de tipo mafioso se comprende el aprovechamiento de su fuerza intimidatoria. Sobre esto último, SPAGNOLO, G., *L’associazione di tipo mafioso*, 5.ª ed., Cedam, Padua, 1997, pp. 49 y ss.; DE LIGUORI, L., «La struttura normativa dell’associazione di tipo mafioso», en *Cassazione Penale*, 1988, pp. 1609 y ss.

alidad organizada. Se otorgarían enormes espacios de libertad que contaminarían la vida económica y política de un país⁽²⁶⁾.

Parece evidente que conductas como las propias de la criminalidad organizada requieren de herramientas eficaces y ello se logra sólo a través de una intervención penal oportuna, sin que sea necesario esperar a estar frente a actos de ejecución de los delitos-objeto. Afirmar lo contrario, tornaría inútil cualquier medida preventiva. Lo expuesto podría inscribirse dentro de la llamada «teoría de la anticipación». En efecto, los delitos de organización suponen que se está frente a dimensiones institucionales que favorecen la comisión de delitos dentro de su contexto. En consecuencia, las sanciones de que se disponen para actos vinculados a la organización se justificarían sobre la base de anticipar la protección de bienes jurídicos que se verían afectados por la comisión de los delitos fines de la organización⁽²⁷⁾. Es decir, dado el incremento de peligrosidad que representa la organización, es que se justificaría adelantar la intervención punitiva⁽²⁸⁾.

Una cosa es defender principios básicos como *ultima ratio* —nadie discute su trascendencia—, pero ello no puede hacerse sobre la base de renunciar *a priori* al Derecho penal o a una mayor intensidad de éste, argumentando como lo hacen los defensores del llamado derecho penal mínimo de que toda manifestación expansiva es perniciosa y anti-garantista⁽²⁹⁾. No siempre será una decisión errada *huir al Derecho penal*, si la protección de determinados intereses individuales o colectivos así lo justifica⁽³⁰⁾.

III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Precisamente, en los últimos veinte años se vienen sucediendo una serie de instrumentos normativos internacionales que ponen de manifiesto la especial preocupación que existe sobre el tema⁽³¹⁾. En la esfera de las Naciones Unidas comenzó a tratarse este tema a través del llamado Plan Mundial de acción de Nápoles contra la delincuencia organizada transnacional de 1994, que luego fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas

(26) MARINUCCI/DOLCINI, «Diritto penale», cit. nota núm. 25, p. 817. La respuesta a este artículo en FERRAJOLI, L., «Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)», en *Foro italiano*, Parte Quinta, 2000, pp. 126 y ss.

(27) Así lo expone, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, «La “intervención a través de organización” ¿una forma moderna de participación en el delito?», en Dolcini, E./Paliero, C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. II, Giuffrè, Milán, 2006, p. 1880; cfr. además, DE VERO, G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 256 y ss.

(28) En estos términos se expresa, CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en Serrano-Piedecasas, J.R./Demetrio Crespo, E. (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 389-390.

(29) Así lo cree, ZAFFARONI, «Il crimine organizzato», cit. nota núm. 1, pp. 85 y ss. Al respecto, MARINUCCI/DOLCINI, «Diritto penale», cit. nota núm. 25, pp. 819-820.

(30) CARNEVALI, R., «Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional», en CARNEVALI, R., *Problemas de política criminal y otros estudios*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 3 y ss.

(31) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, pp. 48 y ss.; NUNZI, «La convenzione», cit. nota núm. 13, pp. 213 y ss.

el 23 de diciembre de 1994⁽³²⁾. Más adelante, tras una serie de reuniones y seminarios internacionales se aprobó en 2000 la Convención de Palermo, ya mencionada *supra*, la que contiene importantes disposiciones. En efecto, amén de la definición de *grupo organizado*, se dispone, entre otras medidas, la responsabilidad de las personas jurídicas —artículo 10— y el decomiso o confiscación —artículo 12—. Precisamente, estas dos medidas serán abordadas más adelante, pues constituyen importantes instrumentos para enfrentar la delincuencia organizada de carácter económico.

Así también, la Unión Europea ha manifestado especial atención al fenómeno que se examina. Es así que el Tratado de Ámsterdam, en el título VI sobre Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se hacía referencia a la criminalidad organizada y la necesidad de establecer en este contexto acciones comunes. Justamente, en este marco se sitúa la Acción Común 1998/733/JAI para la tipificación penal de la participación en una organización delictiva⁽³³⁾. Allí también se insistía en la necesidad de que los ordenamientos nacionales regularan la responsabilidad, incluso penal de las personas jurídicas —artículo 3—. Diez años después, se acuerda la Decisión Marco 2008/841/JAI sobre lucha contra la criminalidad organizada⁽³⁴⁾, dispuesta para lograr una adecuada armonización de las legislaciones de los Estados miembros⁽³⁵⁾. Al igual que en los instrumentos anteriores, se reitera la necesidad de disponer de medidas para responsabilizar a las personas jurídicas —artículos 5 y 6—.

También se pueden citar, aunque relacionadas con el terrorismo, la Decisión Marco 2002/475/JAI⁽³⁶⁾, luego modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI⁽³⁷⁾, pues dispone de normas relativas a organizaciones terroristas y qué se entiende por tales y sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

Si bien, como se ha dicho, se presentan ciertas dificultades para delimitar un concepto de criminalidad organizada, sí es posible precisar sus entornos considerando sus rasgos

(32) Ver <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/54/PDF/N9576954.pdf?OpenElement> (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. MICHELINI, G./POLIMENI, G., «Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, pp. 8 y ss.

(33) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:ES:HTML> (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. PECCIOLI, A., *Unione Europea e criminalità transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 131 y ss.; D'AMATO, A., «La cooperazione internazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Dalle rogatorie alle squadre investigative comuni in attuazione dei principi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione Europea», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 119; SALAZAR, L., «Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione Europea», en Bassiouni, C.M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 128 y ss.

(34) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF> (consultado el 12 de junio de 2010).

(35) FORNASARI, G., «Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale», en Fornasari, G. (ed.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2002, pp. 173 y ss.

(36) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF> (consultado el 12 de junio de 2010).

(37) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:ES:PDF> (consultado el 12 de junio de 2010).

más característicos, algunos ya mencionados *supra* ⁽³⁸⁾. Precisamente, la determinación de sus elementos esenciales facilita la armonización de las legislaciones nacionales, que es uno de los caminos más eficaces para poder enfrentar la criminalidad organizada, sobre todo tomando en cuenta que algunos casos tienen un carácter transnacional ⁽³⁹⁾.

Es cierto que sus presupuestos más elementales también pueden encontrarse en el delito de asociación ilícita, pero no son lo mismo y por tanto no deben confundirse. Como se ha expuesto *supra*, la mayor peligrosidad que representan estas clases de organizaciones justifica la determinación de particulares medidas preventivas y sancionatorias ⁽⁴⁰⁾.

Que se hable de «organizada» pone de manifiesto que se está frente a ciertas estructuras que ofrecen una disposición jerárquica de distribución de funciones, ya sea que se manifiesten en empresas «lícitas» —por ejemplo, una sociedad de importación que sirve también para el tráfico ilícito de estupefacientes— o en composiciones directamente criminales ⁽⁴¹⁾. En este contexto, se pone de manifiesto que quienes participan en la organización persiguen fines que son comunes; es decir, toda la estructura jerárquica, la división de actividades, la distribución de las funciones apuntan a la consecución de determinados fines ilícitos, los que, atendiendo *la clase de criminalidad organizada que estamos examinando*, son, en definitiva, de carácter lucrativo. Ahora bien, para lograr aquello pueden a su vez realizarse numerosas actividades, algunas de ellas pueden ser incluso lícitas —así, conformación de empresas—, como así también otras claramente ilícitas —por ejemplo, intimidar, corromper—. Pero el objetivo final, reitero, es el lucro de carácter ilícito ⁽⁴²⁾. En este sentido, no cabe exigir de la organización criminal un programa determinado; por el contrario, es perfectamente posible sostener cierta indeterminación al menos parcial, pues considerando su complejidad es preferible establecer un marco más general que permita mayores espacios para la adopción de medidas preventivas. En todo caso, ello no impide al menos exigir que su estructura tenga la capacidad de cometer *delitos graves* ⁽⁴³⁾. En de-

(38) Para conocer el desarrollo histórico del crimen organizado en diversos países europeos, FIJNAUT, C./PAOLI, L. (ed.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 21 y ss.; cfr. COHEN, A.K., «The concept of criminal organization», en *British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977, pp. 97 y ss.

(39) La Europol, en el documento Enfopol 161-REV-3, ha determinado 11 supuestos para determinar que se está frente a delitos comprendidos dentro de la criminalidad organizada: a) más de dos personas; b) distribuciones de funciones; c) permanencia; d) control interno; e) sospecha de comisión de un delito grave; f) actividad internacional; g) violencia; h) uso de estructuras comerciales o de negocios; i) blanqueo de capitales; j) presión al poder público, y k) ánimo de lucro. Así lo expone, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, p. 58; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La delincuencia organizada», en VVAA, *Iurisperitorum digesta*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, p. 283.

(40) Así lo sostiene, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, p. 58.

(41) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, p. 87; ZIFFER, P., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 67 y ss.; ALEO, «Criminalità transnazionale», cit. nota núm. 19, pp. 15-16.

(42) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, p. 128; FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., «La “empresa criminal”: Los “delitos de comercio” ilícito como factor de aparición del fenómeno del “blanqueo de capitales”», *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 5, 2002, p. 90; SZCZARANSKY, C., «El Consejo de Defensa del Estado y el control de la criminalidad organizada y del lavado de dinero», en Politoff, S./Matus, J.P. (coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 48-52.

(43) Expresamente lo señala la Convención de Palermo, entendiendo por delito grave: «Art. 2 b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos

finitiva, la organización debe ser lo suficientemente idónea para cometer delitos, si bien no expresamente determinados, sí *determinables* conforme al contexto en que ésta se desarrolla⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, debe tratarse de una estructura organizativa que tenga un carácter permanente —lo exige también la Convención de Palermo—, a fin de evitar confusiones con otras actividades delictivas de carácter plural, como pueden ser los casos de coautoría⁽⁴⁵⁾. Una exigencia de esta naturaleza explica el porqué estas organizaciones disponen de ciertos códigos de actuación a la que se someten sus integrantes: es la forma de asegurar su permanencia y proyección en el tiempo. No debe olvidarse que al tratarse de organizaciones delictivas, no pocos de sus integrantes conocen ciertas informaciones que no pueden ser desveladas. Por ello no es extraño que se establezcan ritos de iniciación y un fiel cumplimiento a la ley de silencio —como puede ser *l'omertà*, comprendida en el artículo 416 *bis* del Código penal italiano—⁽⁴⁶⁾.

El otro elemento a considerar es la transnacionalidad. Si bien no es un elemento esencial, sí está presente en algunas asociaciones criminales. Es por ello que las convenciones internacionales precedentemente citadas ponen de manifiesto tal característica, a fin de disponer de medidas comunes que permitan enfrentar a la criminalidad organizada con eficacia, sobre todo teniendo en consideración las mayores facilidades que brinda una economía globalizada⁽⁴⁷⁾.

La Convención de Palermo establece en su artículo 3 cuándo el delito se entiende transnacional:

«a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado».

Con esta norma se pretende disponer de una base mínima que agilice la cooperación entre los Estados y con ello facilitar la persecución de los delitos que se cometan en este

cuatro años o con una pena más grave».

(44) CAVALIERE, A., «Tipicità ed offesa nei reati associativi», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 86; ALEO, S., «Associazione, organizzazione, concorso esterno», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 180.

(45) CARNEVALI, R./FUENTES, H., «Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley núm. 20.000», en *Política Criminal*, 6, D1, 2008, p. 8. (www.politicacriminal.cl consultado el 14 de junio de 2010).

(46) *Omertà* es una suerte de solidaridad, interna y externa, que por una parte garantiza protección a la organización y por otro se traduce en una impermeabilidad de todo lo que rodea a la organización. Constituye una práctica que pone de manifiesto total incondicionalidad al grupo y a sus reglas, como asimismo rechazo al ordenamiento jurídico estatal. Cfr: DE LIGUORI, «La struttura normativa», cit. nota núm. 25, p. 1612; BECCHI, A./REY, G.M., *L'economia criminale*, Laterza, Bari, 1994, p. 62, señalan que los riesgos evidentes que comportan actividades de esta naturaleza exigen una particular fidelidad de sus miembros.

(47) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, p. 88.

ámbito. Es indudable que si hoy los mercados no presentan límites, se incentiva la libre circulación de capitales, personas, mercaderías y servicios, los medios de comunicación y el ciberespacio actúan sin *reconocer* soberanías nacionales, entregar la persecución de la criminalidad organizada —que precisamente se ha desarrollado enormemente en este marco— a la decisión unilateral de cada Estado, no tiene sentido alguno y resulta completamente ineficaz⁽⁴⁸⁾. Por lo demás, la transnacionalidad del Derecho penal tampoco debe extrañar. Desde hace muchos años se viene transitando por este camino, difuminando cada vez más el principio de territorialidad. Sin ir más lejos, basta apreciar el proceso de integración europea, donde ya se habla en sentido amplio de un Derecho penal de la Unión Europea⁽⁴⁹⁾, como asimismo, el desarrollo de los principios de primacía y complementariedad en el Derecho penal internacional⁽⁵⁰⁾.

IV. ALGUNAS MEDIDAS PARA ENFRENTAR LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, EN ESPECIAL LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA CONFISCACIÓN. LA EXPERIENCIA ITALIANA

1. Consideraciones preliminares

Atendiendo que mi análisis se centra en la llamada criminalidad organizada de carácter económico y no en aquella que persigue fines ideológicos o políticos —aunque ciertamen-

(48) Cfr. ROSI, E., «Il reato transnazionale», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 67 y ss.; DI MARTINO, «Criminalità organizzata», cit. nota núm. 1, pp. 16 y ss.; LAUDATI, A., «I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea», en *Diritto penale e processo*, 4, 2006, pp. 401 y ss.; VIGNA, P.L., «Le nuove sfide della criminalità organizzata», en Becucci, S./Massari, M., *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, Edizioni di Comunità, Turín, 2001, pp. 187 y ss.; MILITELLO, V./PAOLI, L./ARNOLD, J. (ed.), *Il crimine organizzato come fenomeno internazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Ed. Iuscrim, Max Planck Institut, Friburgo, 2000, *passim*.

(49) Conforme al Tratado de Lisboa desaparece la distinción de los pilares. Por tanto, ya no es posible argumentar, para determinar la esfera de actuación en materia penal, entre las áreas de integración o de cooperación. En términos muy generales, el nuevo Tratado introduce todo un Capítulo relativo a la Cooperación judicial en materia penal —artículos 69 A a 69 E—. En él se dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán a través de directivas adoptadas conforme procedimiento legislativo ordinario —de codecisión—, establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. Entre estos ámbitos delictivos se comprenden: el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, y la delincuencia organizada. Asimismo, se contempla la creación de una Fiscalía Europea, a partir de Eurojust, para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Competencia que se puede ampliar, si el Consejo Europeo así lo determina. Cfr. SOTIS, C., «La novità in tema di diritto penale europeo», en Bilancia, P./D'Amico, M. (ed.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 145 y ss.; DE FRANCESCO, G., «Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali», en *Diritto penale e processo*, 1, 2003, pp. 5 y ss.

(50) El principio de primacía se ha aplicado para determinar la competencia de los llamados tribunales penales internacionales *ad hoc* —así, para la ex Yugoslavia e Ruanda— y el de complementariedad respecto de la Corte Penal Internacional. Cfr. EL ZEIDY, M.M., «The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law», en *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002, pp. 881 y ss.; BROWN, B., «Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals», en *The Yale Journal of International Law*, vol 23, 1998, pp. 394 y ss.; STIGEN, J., *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, pp. 74 y ss.

te pueden concurrir ambos— es que examinaré aquellas herramientas que, precisamente, apuntan en esa dirección; esto es, qué medidas pueden ser eficaces para prevenir el lucro ilícito. Como se apuntó *supra*, lo que motiva a la criminalidad organizada es obtener el máximo de beneficio económico. Toda su estructura organizativa apunta hacia ello, por lo que aprovechan todos los espacios que las legislaciones nacionales pueden ofrecer. Por tanto las medidas que se dispongan deben golpear el «brazo económico» de la organización criminal, que puede llegar a ser tan peligroso como el «brazo armado»⁽⁵¹⁾.

Por lo anterior analizaré dos instrumentos dispuestos en el ordenamiento italiano que tienen un claro «sentido económico», a saber, la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. Que mi mirada se dirija a la legislación italiana obedece a la perenne presencia —como en ningún otro país europeo— del crimen organizado en la vida económica y política de Italia. Por largo tiempo ha sufrido la violencia de las diversas formas de mafia. Asimismo, la sociedad italiana fue testigo, durante la década del noventa, de importantes casos de corrupción —campaña llamada «Manos limpias»—, tanto pública como privada, en las que se vieron involucradas connotadas autoridades, algunas de ellas acusadas de connivencia con la mafia. Parece importante pues, estudiar la experiencia italiana y cuáles son las medidas necesarias para enfrentar la criminalidad organizada.

Si bien es cierto, la responsabilidad de las personas jurídicas fue introducida en la legislación italiana en 2001 —Decreto Legislativo núm. 231—, respecto de un reducido número de delitos, con los años este elenco se ha ido ampliando. Es así, que en 2006, conforme a la Ley núm. 146, concretamente el artículo 10, se extendió la responsabilidad del ente a los delitos asociativos, entre los que se encuentra el delito de asociación de tipo mafioso del artículo 416 *bis* del Código penal italiano, dando cumplimiento con ello a la Convención de Palermo contra el crimen organizado internacional⁽⁵²⁾. Sin embargo, pronto, la doctrina se percató de que la ley núm. 146 de 2006 cumplía parcialmente el mandato dispuesto en la Convención de Palermo, pues sólo se hacía cargo de los delitos transnacionales, mas no de aquellos casos en que el ente estuviera vinculado a un grupo criminal «interno»⁽⁵³⁾. Por lo anterior y a fin de evitar tal laguna legislativa, la ley núm. 94 de 15 de julio de 2009 —conocida como *il “pacchetto” sicurezza*— introdujo el artículo 24 *ter* al Decreto Legislativo núm. 231 relativo a los delitos de criminalidad organizada. De este modo, también se dio cumplimiento a la ya citada Decisión Marco 2008/841/JAI de la Unión Europea sobre lucha contra la criminalidad organizada.

Por su parte, la confiscación ha sido muy utilizada en esta esfera, tanto como medida preventiva como sancionatoria. Entre las diversas formas de confiscación se comprende

(51) Con estos términos, CORVI, Angela, “Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative”, en Mazza, Oliviero/VIGANÒ, Francesco (ed.), *Il “pacchetto” sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009, p. 375.

(52) ASTROLOGO, Annamaria, «Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. n. 146/2006», en *Cassazione Penale*, 4, 2007, p. 1789 y ss.; DI MARTINO, «Criminalità organizzata», cit. nota n. 1, pp. 11 y ss.; MARENGHI, Francesco, «La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale», en ROSI, Elisabetta (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsos, Milán, 2007, pp. 259 y ss.

(53) Así lo destacan, D'AMATO, Antonio, «Art. 10 l. 16 marzo 2006, n. 146», en PRESUTTI, Adonella/BERNASCONI, Alessandro/FIORIO, Carlo, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, p. 307; CORVI, «Nuove risposte», cit. nota n. 51, p. 366.

la llamada confiscación ampliada —*confisca allargata*—, dispuesta especialmente para luchar contra la criminalidad organizada. Ya no sólo se apunta, como es tradicional, a los bienes provenientes del delito o a aquellos de valor equivalente —otros bienes de valor similar— sino a todos aquellos bienes respecto de los cuales se tiene serias sospechas de su origen ilícito dada la desproporción que se presenta con los ingresos; es decir, tiene lugar una incongruencia entre la posesión de estos bienes y los ingresos declarados.

2. Otras medidas de carácter penal y extrapenal

Además de las ya señaladas —que se abordarán *infra*—, también existen otras herramientas de naturaleza penal para enfrentar la criminalidad organizada. En este sentido, los *delitos asociativos* han jugado un papel preponderante, pues considerando su función de tutela anticipada, permiten sancionar la integración en la estructura organizativa de la asociación criminal, sin tener que acreditar la comisión de aquellos delitos que forman parte del programa criminal. Cabe destacar, entre los tipos específicos contemplados en el ordenamiento italiano, el artículo 416 del Código penal —asociación para delinquir—; artículo 416 *bis* del Código penal —asociación de tipo mafioso—; artículo 74 del Decreto del Presidente de la República núm. 309 de 9 de octubre de 1990 —asociación para el tráfico ilícito de estupefacientes—; artículo 270 *bis* del Código penal —asociación con finalidades terroristas—. Asimismo, se ha prestado especial atención a los delitos que en esta esfera se cometen, como son los delitos de corrupción, de tráfico de personas, blanqueo de capitales, sólo por citar algunos.

En materia procesal y particularmente desde la perspectiva investigativa, se dispone de órganos dedicados exclusivamente a la persecución de esta clase de actividades. En Italia está la *Dirección Nacional Antimafia* y el *Procurador Nacional Antimafia* —artículo 371 *bis* del Código Procesal Penal—⁽⁵⁴⁾.

El papel de la *Dirección Nacional Antimafia* es la coordinación investigativa en materia de criminalidad organizada, tanto nacional como internacional. Se compone del Procurador Nacional y de veinte magistrados del Ministerio Público —en Italia no hay separación entre magistrados y Ministerio Público, forman parte del Poder Judicial—.

A su vez están las *Direcciones Distritales Antimafia*, veintiséis en todo el país, que son las que investigan y la *Dirección investigativa antimafia* que depende del Ministerio del Interior, y en la que forman parte la Policía del Estado, Carabineros y la Guardia de Finanzas, está encargada de coordinar la investigación preventiva de las actividades del crimen organizado y realizar las indagaciones propias de la policía judicial.

Todas las actividades emprendidas por estos organismos tiene como eje central: la centralización y la especialización. Es la única forma de enfrentar adecuadamente deter-

(54) Cfr. TERESI, R., *Direzione nazionale e Direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, Milán, 1993, *passim*; FERRAJOLI, L., «Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata», en Corso, P./Insolera, G./Stortoni, L. (coord.), *Mafia e criminalità organizzata*, T. II, Utet, Turín, 1995, pp. 429 y ss.; LAUDATI, A., «Il coordinamento delle indagini nel crimine organizzato transnazionale. Il ruolo della Direzione nazionale antimafia alla luce dei coordinamenti in sede europea», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, pp. 373 y ss.

minadas estructuras organizativas de orden criminal. Además, en el plano internacional su trabajo se coordina con otras instituciones policiales y judiciales. La dimensión transnacional a la que tanto se ha aludido, deja más que en evidencia la necesidad de una coordinación de esta naturaleza. Justamente, los instrumentos internacionales pretenden alcanzar la adecuada armonización legislativa entre las naciones, entendiendo que la existencia de «paraísos penales» o tratamientos penales diversos puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que se quiera adoptar. Es el caso de los llamados paraísos fiscales, en donde se ofrecen cuentas bancarias *offshore* —privacidad, secreto bancario, baja o nula tributación— que pueden dificultar enormemente las investigaciones acerca del origen del dinero. Lo llamativo es que varios países europeos permiten abrir cuentas bancarias *offshore* —Reino Unido y Suiza, entre otros—⁽⁵⁵⁾.

En sede procesal y penitenciaria se han dispuesto las llamadas *medidas premiales*, esto es, toda una serie de instrumentos que se aplican a quienes colaboran de manera relevante con la justicia —*pentiti*—⁽⁵⁶⁾. Estos han mostrado ser eficaces en la lucha contra las asociaciones mafiosas, tomando en cuenta el especial papel que aquí le cabe a *l'omertà*, o ley del silencio: una especie de reglas de solidaridad entre sus miembros, que torna impermeable a la asociación —para sus integrantes son más importantes las normas de la asociación que las del Estado—. Asimismo, estas medidas cumplieron una relevante función en el dismantelamiento de uno de los grupos terroristas más violentos que asolaron Italia durante los setenta y ochenta, como fueron las *Brigadas Rojas*. Pues bien, entre las medidas se disponen: la protección a los colaboradores, la rebaja de penas, como así también excepciones a los colaboradores para que puedan disfrutar de medidas alternativas a la pena —artículos 4 *bis*, 58 *ter* del ordenamiento penitenciario—.

Es cierto que medidas de esta naturaleza pueden generar riesgos desde la perspectiva de la información que se entrega, pues con el propósito de obtener beneficios ésta puede ser tergiversada. Pero ello es un riesgo inherente a toda colaboración con la justicia, la que debe ser contrastada con otros antecedentes que obren en poder del Ministerio Público o del juez en su caso. El sistema procesal cuenta con herramientas que le permiten confrontar los dichos del colaborador. Tampoco me parece razonable plantear su rechazo desde una perspectiva ética, argumentándose que se trata de una práctica deleznable en la que no puede incurrir un Estado de Derecho. Por de pronto, las legislaciones de los Estados más democráticos contemplan medidas de esta naturaleza. Es indudable que tienen un carácter eminentemente utilitarista, pues en definitiva lo que pretende es prevenir delitos de especial gravedad «premiando» a quienes colaboran. Si la finalidad del Derecho penal es la prevención de delitos debe recurrir a instrumentos que tengan un menor costo social. Es preferible que el Estado renuncie a parte de la pena u otorgue beneficios —costo— si con ello previene futuros delitos —beneficio—. Por otra parte, no debe olvidarse que puede lograrse un beneficio adicional, a saber, la reinserción de los arrepentidos o *pentiti*.

(55) Para conocer las diversas legislaciones, GRUNDI, M./APARNA, N., *Offshore Business Centres: A world Survey*, 8.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008, *passim*.

(56) BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Giuffrè, Milán, 1995, pp. 79 y ss.; MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas», Trad. por Sánchez, Virginia, en *Revista Penal*, 2, 1998, pp. 35 y ss.

En cuanto a las medidas de *carácter extrapenal* que se han dispuesto en el ordenamiento italiano, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes:

- a) La exclusión en la participación en los contratos públicos de concesión o suministros de servicios de aquellos empresarios que no han denunciado a la autoridad judicial hechos de concusión o de extorsión cometidos a través de métodos mafiosos o para facilitar la actividad de una organización de tipo mafiosos, y que por ello no ha podido participar en el concurso público de concesiones de contratos públicos —artículo 38 letra m *ter* del Decreto Legislativo núm. 163 de 2006 (llamado Código de contratos públicos)—. Se aplica para aquellos casos en que el empresario con su conducta, si bien no ha cometido un delito de favorecimiento personal —artículo 378 del Código penal italiano—, tampoco se halla bajo una exigente —así, estado de necesidad—⁽⁵⁷⁾. Se refiere a casos en que si bien una sanción penal puede resultar excesiva, sí en cambio puede constituir un efectivo disuasivo de aquellas conductas de carácter mafioso y a su vez, un incentivo para colaborar con la autoridad al eliminar de la competencia aquellas empresas que nada hacen al respecto⁽⁵⁸⁾. Se trata de medidas dirigidas a evitar el peligro cierto de que organizaciones criminales tomen el control de las concesiones públicas —en el art. 416 *bis* del Código punitivo que tipifica el delito de asociación de tipo mafioso hace expresa mención—.
- b) La otra medida apunta a los gestores de agencias que prestan servicios de transferencia de dinero —los llamados *money transfer*—. Es un mecanismo muy utilizado por ciudadanos extracomunitarios, pues no se requiere ser titular de una cuenta bancaria ni poseer una tarjeta de crédito y el trámite es muy simple: basta poseer un documento de identidad, entregar la suma de dinero que será transferida y los datos del destinatario. Por tal motivo, se puede prestar a ser empleada por la criminalidad organizada, a fin de reciclar dinero de origen ilícito. Precisamente, el Decreto Legislativo núm. 231 de 2007 —que actúa la Directiva 2005/60/CE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero con el propósito de reciclar lo que proviene de actividades criminales y de financiamiento del terrorismo— dispone de una serie de requisitos que deben cumplir tales agencias a fin de evitar tal propósito⁽⁵⁹⁾. Entre ellas: a) informar de operaciones frecuentes; b) si bien ocasionales, pero de sumas igual o superiores a 15.000 euros; c) cualquier suma transferida, pero de la que hay sospecha de reciclaje o financiamiento del terrorismo; d) hay dudas sobre la información proporcionada por el cliente. Toda esta información debe ser entregada a la *Unità di informazione finanziaria*

(57) VIGANÒ, F., «Mafia e imprenditori: una decisione coraggiosa in tema di stato di necessità», en *Diritto penale e processo*, 10, 2004, pp. 1251 y ss. da cuenta del caso de un empresario que fue víctima de una tentativa de extorsión por parte de miembros de una organización mafiosa y que por efecto de las amenazas ocultó información a la policía. Se resolvió eximirlo por concurrir un estado de necesidad.

(58) Así lo estima, CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, p. 350.

(59) Al respecto, PISTORELLI, L., «La normativa anticiclaggio introdotta dal d. Lg. 21 novembre 2007, N. 231», en *Giurisprudenza di merito*, 10, 2008, pp. 2468 y ss.; CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, pp. 358 y ss.

per l'Italia (UIF), que le corresponde la tarea de «vigilar» el sistema financiero italiano.

Si bien se trata de una medida altamente positiva, ofrece importantes vacíos. Por de pronto, no se aplica a los ciudadanos italianos, a los comunitarios y tampoco a los que poseen un permiso de residencia. En definitiva, sólo se dirige a los extracomunitarios sin permiso, por lo que parece más una medida contra la inmigración clandestina que a perseguir el reciclaje. Sin embargo, lo más curioso es que se trata de una clásica norma que tiene un efecto criminógeno evidente. Los inmigrantes ilegales recurrirán a vías clandestinas para enviar dinero a sus familiares, abriéndose de esta forma un nuevo negocio para la criminalidad organizada, que sí dispone de medios para materializar con éxito este «negocio». Además, los riesgos son mínimos, pues sus clientes son inmigrantes ilegales, quienes difícilmente denunciarán a la autoridad tal práctica, si ello le significa dar a conocer su calidad de clandestino⁽⁶⁰⁾.

Por último, tampoco se puede dejar de considerar la existencia de ciertos factores sociales —así, la pobreza, la marginalidad— y culturales —corrupción, democracias poco sólidas— que favorecen el desarrollo de la criminalidad organizada. Por tanto, si se pretende enfrentarla seriamente, deben ser considerados. Aun cuando ambos factores se pueden apreciar en conjunto, los expondré por separado a fin de facilitar la exposición⁽⁶¹⁾.

Ya se comentó cómo una de las grandes consecuencias de la globalización es que no sólo ha surgido una especie de *macro-criminalidad transnacional*, asociada, entre otras actividades delictivas, al blanqueo de capitales, al tráfico de armas y de drogas, es decir, una criminalidad de tipo económica. Sin embargo, también el mayor movimiento de capitales y personas, ha ido generando una especie de *micro-criminalidad*. Es así, que los flujos migratorios, generalmente ilegales y de personas pobres, dan lugar, entre otros sucesos, a explotación laboral, a la prostitución, microtráfico, conformando bolsones de pobreza, gérmenes de marginalidad⁽⁶²⁾. Precisamente, son estos «nuevos pobres» o mejor dicho, personas que buscando nuevos horizontes, continuarán, en definitiva, manteniendo su condición, sirviendo a estas organizaciones, ya sea para cometer delitos —violencia, tráfico de drogas— o ser objeto de delitos —explotación laboral, sexual, tráfico de órganos—⁽⁶³⁾.

La Convención de Palermo se hace cargo de esta cuestión, señalando la necesidad de adoptar medidas de prevención para abordar la pobreza y la marginalidad, pues son factores de los que se aprovecha el crimen organizado. Precisamente, el artículo 15.3 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* —Convención de Palermo— señala: «Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional

(60) Con los mismos términos, CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, p. 362.

(61) Así también lo entiende, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, p. 104.

(62) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, p. 83; GIASANTI, A., «Marginalità sociale, periferie urbane, racket», en Bandini, T./Lagazzi, M./Marugo, M.I. (ed.), *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 165 y ss.

(63) Al respecto, GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas*, cit. nota núm. 17, p. 141.

e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo». Asimismo, el artículo 9.4 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la misma Convención* dispone: «Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata».

Como se destacó *supra* la criminalidad organizada crece y se desarrolla en países donde sus instituciones democráticas son poco sólidas, como es el caso de algunos países de América Latina ⁽⁶⁴⁾. En dicha región se aprecia una permanente inestabilidad política, constantes casos de corrupción donde se ven involucrados, incluso, altos representantes del gobierno. Todo ello genera una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía hacia las autoridades, pues en no pocos casos no son sancionados, percibiéndose una especie de cultura de la impunidad. Pues bien, si a la debilidad del Estado de Derecho se le agrega la perenne desigualdad social imperante, el escaso respeto por los derechos humanos, los espacios que se le ofrecen a grupos criminales organizados son enormes. Y es que las posibilidades de ser perseguidos y sancionados son mínimas, más aún si existe una suerte de convivencia entre estos grupos y la autoridad pública ⁽⁶⁵⁾.

3. La responsabilidad del ente en los delitos de criminalidad organizada

En los últimos años el tradicional dogma *societas delinquere non potest*, muy presente en la cultura jurídico-penal continental, ha cedido su espacio y hoy la gran mayoría de dichas legislaciones sí contemplan disposiciones que penalizan directamente a la corporación ⁽⁶⁶⁾.

Como se ha indicado, diversos instrumentos internacionales, ya sea de las Naciones Unidas o de la Unión Europea —en donde los principales destinatarios de sus normas son

(64) ROJAS ARAVENA, F., *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Flacso, San José de Costa Rica, 2006, *passim*. Ver en <http://www.scribd.com/doc/2570755/El-crimen-organizado-internacional-amenaza-a-la-democracia> (consultado el 20 de junio de 2010); SOLÍS, L.G./ROJAS ARAVENA, F. (ed.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*, Catalonia, Santiago, 2008, *passim*.

(65) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, pp. 110-114.

(66) Para un examen histórico del tema, MARINUCCI, G., «La responsabilità penale delle persone giuridiche», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 445 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 197-198, expone que si bien en Roma no se consideró la responsabilidad de las personas jurídicas, durante la Edad Media y la Época Moderna sí se admitió. Pero, fue a fines del siglo XVIII cuando el principio *societas delinquere non potest* adquiere relevancia, fundándose en que para la imposición de penas sólo puede regir el principio de responsabilidad personal. Durante el siglo XIX surgieron una serie de teorías dirigidas a erigir las bases necesarias que permitieran sancionar penalmente a las personas jurídicas —así, la teoría de la realidad de Gierke—. El propio Von Liszt fue partidario de su punición, como se aprecia en su famosa frase: «Quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios». Consideraba que estos entes podían ser un instrumento peligroso, del que podían servirse los agentes delictivos.

entidades colectivas—⁽⁶⁷⁾, disponen de la necesidad de adoptar medidas para hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos que en ellos se indican⁽⁶⁸⁾.

Un importante papel también le corresponde a la *Convención OCDE sobre la lucha a la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales* de 1997⁽⁶⁹⁾. En los artículos 2 y 3 también se dispone la responsabilidad de las personas jurídicas. Si bien no se exige la imposición de sanciones penales, sí que éstas deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas⁽⁷⁰⁾. Asimismo, puede destacarse la *Convención sobre criminalidad informática* conocida como *Convención de Budapest* de 2001, que en los artículos 12 y 13 también se refiere a la responsabilidad de los entes⁽⁷¹⁾.

Se entiende que la actividad empresarial ofrece eficaces herramientas para que pueda operar la criminalidad organizada y el terrorismo. Por tanto, se ha estimado indispensable establecer todo un sistema de imputación y tratamiento sancionatorio para el ente, distinto al que corresponde a las personas naturales. Además, puede decirse que existe cierto consenso, desde una perspectiva político criminal, que las nuevas realidades sociales y el rol cada vez más activo y determinante de las entidades colectivas en un mundo económico globalizado dejan ver la insuficiencia de sanciones penales únicamente dirigidas a las per-

(67) Como primeros trabajos en esta esfera, VVAA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Giuffrè, Milán, 1981. Aquí se puso de manifiesto, que las divergencias en el tratamiento de estos entes podía dificultar el desarrollo de la Comunidad Europea, pues las empresas preferirían aquellos Estados en los que su legislación nada disponga o establezca sanciones más leves. Por tanto, se concluyó la necesidad de reconocer la responsabilidad de estas entidades por violación al Derecho comunitario. Pero, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las diversas legislaciones, se recomendó que cada Estado elaborara un sistema represivo que comprendiera sanciones, sean de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*. FLORA, G., «L'attualità del principio "Societas delinquere non potest"», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, p. 14, considera que una aproximación de las legislaciones en este punto es una exigencia vital para el futuro de la Comunidad Europea. Así también, LEIGH, L., «Possibilities for a European Administrative Penal Law», en Sieber, U. (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1993, p. 114; CASTELLANA, A.M., «Diritto penale dell'Unione Europea e principio "Societas delinquere non potest"», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, pp. 750 y ss.

(68) AMARELLI, G., «La responsabilità delle persone giuridiche e la repressione della criminalità organizzata transnazionale», en PATALANO, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 32 y ss.

(69) Ver Convención en http://www.mecan.gov.ar/basehome/informes/convencion_cohecho_ocde.pdf (consultado el 21 de junio de 2010).

(70) SACERDOTI, G., «La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nella transazioni commerciali internazionali», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 1349 y ss.; HUBER, B., «La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001, pp. 467 y ss.; PATALANO, «Profili problematici», cit. nota núm. 6, pp. 394-396. En el caso de Chile, la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas —Ley núm. 20.393— guarda estrecha relación con su propósito de incorporarse a la OCDE. Al respecto, cfr: HERNÁNDEZ, H., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», en *Política Criminal*, vol. 5, 9, A5, 2010, pp. 207 y ss. (www.politicacriminal.cl consultado el 30 de septiembre de 2010); MATUS, J.P., «Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje núm. 018-357», en *Ius et Praxis*, año 15, 2, 2009, pp. 285 y ss.

(71) BELLUTA, H., «Cybercrime e responsabilità degli enti», en LUPÁRIA, L. (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 83 y ss.

sonas físicas que obran en su nombre o representación⁽⁷²⁾. Además, se trata de contextos *despersonalizados*, en donde lo relevante no es tanto qué persona física en particular actúa, sino que lo hace por la persona jurídica —muchas veces son sujetos fungibles—. Asimismo, tampoco puede prescindirse del carácter simbólico-comunicativo de las que gozan las sanciones penales, a diferencia de las sanciones administrativas —que generalmente se aplican a las personas jurídicas—, como para no decantarse en esta dirección⁽⁷³⁾.

No pretendo acá entrar a examinar la conveniencia o no de introducir el principio *societas delinquere potest* —del que sí soy partidario— y cuáles pueden ser las repercusiones que su incorporación pueda significar dentro del sistema propio de la teoría del delito y de qué modo hacerlo, sin que ello pueda suponer vulnerar ciertos principios⁽⁷⁴⁾. Lo dejo de lado, no porque su discusión carezca de importancia, sino más bien, porque el objetivo perseguido aquí es otro: analizar de qué forma la responsabilidad penal del ente colectivo puede convertirse en una herramienta eficaz para enfrentar la criminalidad organizada.

A) *El Decreto Legislativo número 231 de 2001 que regula la responsabilidad de las personas jurídicas*

Como me centraré en la experiencia italiana, por las razones expuestas *supra*, expondré someramente el sistema de imputación establecido respecto del ente.

El Decreto Legislativo núm. 231 de 8 de junio de 2001 introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas. Esencialmente para dar cumplimiento a las convenciones europeas

(72) Pronunciándose a favor de que las personas jurídicas respondan *ex crimine*, PALIERO, C.E., «La società punita: del *come*, del *perchè*, e del *per cosa*», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 1516 y ss.

(73) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit. nota núm. 9, p. 159.

(74) Es así, que se cuestiona la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la culpabilidad. Objeción que no se manifiesta cuando se trata de imponer sanciones administrativas a los entes. Si es así, llama la atención que se objete, en cambio, la posible imposición de sanciones penales, en circunstancia de que tratándose de las personas jurídicas, la entidad de ambas sanciones son muy similares. Además tanto el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son expresiones que conforman lo que se ha dado en llamar un *Derecho penal en sentido amplio*, pues ambos comparten una sustancia común. Si bien existen diferencias entre estas ramas, en lo fundamental constituyen una manifestación de la reacción estatal principalmente represiva. Asimismo, ambos sistemas tienen una vocación preventiva y se hallan «formalizadas», lo que otorga a los destinatarios de las normas el necesario grado de seguridad jurídica. Por lo anterior, para ambos rigen similares principios garantísticos, entre ellos, la culpabilidad. Para PALIERO, C.E./TRAVI, A., *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 89 y ss., p. 105, en la sanción administrativa se observa también una orientación preventiva general y especial propios de la pena criminal; CARRETERO PÉREZ, A./CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 173, señalan que cualquiera de las características propias de la pena pueden aplicarse a las sanciones administrativas: finalidad preventiva general y especial, responsabilidad del autor frente al Estado, protección de bienes jurídicos. Por otro lado, la característica fundamental que distingue las sanciones punitivas de las restitutorias, es que en aquéllas son instrumentos preventivos orientados hacia la protección de bienes jurídicos, por tanto, la sanción para el autor de la infracción, tiene un carácter aflictivo. En cambio, las medidas resarcitorias, pretenden la eliminación del daño causado o del provecho obtenido. La moderna doctrina administrativista es consciente de la proximidad que existe entre ambas ramas y que, en definitiva son expresiones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado. Así, para NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 167-168, la discusión no se centra en «sí» deben aplicarse los principios de Derecho penal, sino «qué» principios y «hasta qué punto». Bajo esta perspectiva, este autor señala que deben imponerse los principios punitivos constitucionalizados, que se entienden *comunes* a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque procedan del Derecho penal.

ya citadas, particularmente las relativas a la corrupción. En un principio el elenco de delitos que podían atribuirse al ente era bastante reducido, pero con el correr de los años se ha ido ampliando. Es así, que hoy se comprenden delitos de diversa naturaleza. Sólo por citar algunos, delitos contra la Administración pública, delitos societarios, abusos de mercado, homicidio o lesiones culposas en materia laboral, delitos con finalidad terrorista o de subversión, prácticas de mutilación de órganos genitales femeninos, esclavitud, prostitución de menores o pornografía infantil. En 2009 se introdujeron los delitos de criminalidad organizada —artículo 24 *ter* del Decreto Legislativo núm. 231—, sobre los cuales dirigiré mi atención. Como se aprecia, se trata de delitos, si bien diversos en cuanto su naturaleza, sí pueden ser cometidos por entes. Algunos de ellos responden a las exigencias dispuestas por la Convención de Palermo para perseguir el crimen organizado transnacional, como es el caso de la trata de personas —esclavitud, prostitución de menores—.

Todo indica que el catálogo se irá ampliando. Por de pronto, la Directiva europea 2008/99/CE ⁽⁷⁵⁾ sobre la protección penal del medio ambiente, dispone en su artículo 6 la responsabilidad de las personas jurídicas. Normativa que los países miembros deben trasladar a sus ordenamientos internos.

Se ha discutido si la responsabilidad del ente es administrativa o penal. Si bien es cierto el Decreto Legislativo núm. 231 habla de *responsabilidad administrativa*, todo parece indicar que es más bien penal ⁽⁷⁶⁾. En efecto, se trata de responsabilidad por la comisión de *delitos*; se establecen criterios de imputación que relacionan a una persona física que actúa en *interés* o *para obtener una ventaja* para la persona jurídica. Precisamente esto último permitiría salvar las objeciones que pueden provenir del art. 27 inc. 1 de la Constitución italiana que dispone: «La responsabilidad penal es personal», por cuanto la responsabilidad del ente y su culpabilidad se determina sobre la base de la conducta de un sujeto que actúa como «organización» ⁽⁷⁷⁾; por último, es un juez penal el llamado a juzgar la responsabilidad del ente colectivo.

En cuanto a los criterios de atribución de responsabilidad de la persona jurídica, se deben distinguir dos: a) Artículo 5. La infracción penal haya sido cometida en *su interés* o *para su ventaja* por quienes se encuentran en posición jerárquica superior o por sujetos subordinados a la dirección o vigilancia de aquéllos. No cabe imputar al ente, como es de

(75) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:PDF> (consultado el 12 de junio de 2010). Cfr. ARENA, M./CASSANO, G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 44 y ss.

(76) AMARELLI, «La responsabilità», cit. nota núm. 68, pp. 26-27; para FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, 5.ª ed., Zanichelli Editore, Boloña, 2008, p. 163, el calificar de administrativa la responsabilidad de la persona jurídica sería más bien un fraude de etiquetas, pues sustancialmente tiene un carácter penal; PADOVANI, T., «Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche», en De Francesco, G. (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 13 y ss.

(77) Al respecto, MARINUCCI, G./DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 2009, p. 144. En todo caso, estos autores son del parecer que la elección del legislador de llamar responsabilidad administrativa no constituye un fraude de etiquetas (p. 145). Para DE MAGLIE, C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 341 y ss. el artículo 27 de la Constitución no impediría disponer la responsabilidad penal del ente, pues cuando se habla de responsabilidad personal se refiere «a hechos propios» y lo que se prohíbe es responder «por hechos ajenos». Por tanto, no hay una exclusión *a priori* de las personas jurídicas.

suponer, si estos sujetos han obrado en exclusivo interés propio o de terceros⁽⁷⁸⁾; b) Artículos 6 y 7. Determinar la llamada *culpa por organización*, esto es, la carencia de elección o la actuación deficiente de un modelo de organización o de gestión que sean idóneos para la prevención de delitos. Así también, cuando no se ha confiado la función de vigilancia o la observancia de los modelos de organización a un organismo autónomo al ente⁽⁷⁹⁾.

La culpa por organización no constituye ninguna novedad, pues ya había sido expuesta en 1988 por TIEDEMANN para fundamentar la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas⁽⁸⁰⁾. Este autor sostiene que el hecho de que existan normas que se dirijan «directamente» a entes supraindividuales, se debe a que el legislador los estima con capacidad para realizar aquellas conductas antijurídicas establecidas en la norma, es decir, que *pueden con su comportamiento lesionar un bien jurídico*. El que materialmente la corporación lleve a cabo sus actuaciones a través de personas físicas —órganos o representantes— nada impide que pueda sostenerse la capacidad de acción de la empresa. En efecto, mediante la teoría de la imputación de hechos ajenos a la persona jurídica, es posible atribuirle la actuación de sus órganos o representantes, pues en definitiva, la persona jurídica ha actuado a través de éstos, se trata de hechos que sólo, formalmente, le son ajenos⁽⁸¹⁾. En lo que respecta a la capacidad de culpabilidad propia de los entes colectivos, TIEDEMANN la construye conforme a la llamada «culpabilidad de organización» (*Organisationsverschulden*), la que se fundamenta en que la empresa, al no haber organizado su actividad —por medio de sus representantes u órganos— de acuerdo a lo que era exigible por el ordenamiento, ha generado las posteriores comisiones delictivas, que han tenido lugar al haber omitido tomar las medidas de cuidado que son necesarias para asegurar la realización de negocios ordinarios. Esta clase de culpabilidad se estructura de una manera

(78) SELVAGGI, N., *L'interesse dell'ente collettivo. Quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene Editore, Nápoles, 2006, *passim*; BERNASCONI, A., «Art. 5», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, pp. 97 y ss.; PULITANÒ, D., «La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 425 y ss.; DE VERO, G., «Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 1154 y ss.; MARENGHI, «La responsabilità», cit. nota núm., 52, pp. 276 y ss.

(79) ALESSANDRI, A., «Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina», en VVAA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 25 y ss.; El mismo, «Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, pp. 50 y ss.; PALIERO, C.E., «La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione», en Alessandri, A. (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 47 y ss.; SFAMENI, P., «La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo», en Alessandri, A. (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 65 y ss.; TRIPODI, A.F., «“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, pp. 483 y ss.; DE MAGLIE, C., «Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità», en *Diritto penale e processo*, 11, 2001, pp. 1348 y ss.; GARGANI, A., «Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?», en *Diritto penale e processo*, 9, 2002, pp. 1061 y ss.; MANNA, A., «La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, pp. 507 y ss.

(80) TIEDEMANN, K., «Die 'Beübung' von Unternehmen nach dem 2.Gesetz zur Bekämpfung des Wirtschaftskriminalität», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, pp. 1169 y ss.

(81) Como subraya TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993. p. 234, la imputación de hechos ajenos se conoce en otras esferas del Derecho penal. Así también en el ámbito de la coautoría, o en la autoría mediata.

similar a como lo hace la culpabilidad por un hecho anterior —ya admitida para los casos de *actio libera in causa*—. Si las infracciones que ha cometido la persona física al interior de la empresa han tenido lugar por la no adopción *previa* de medidas necesarias dirigidas a evitar tales comportamientos posteriores, esto último le debe ser imputado al ente colectivo. Se ha criticado la teoría de *culpabilidad por organización* de TIEDEMANN, en cuanto podría constituirse en un principio de responsabilidad que no admita prueba en contrario⁽⁸²⁾. Esto es, como ha señalado BRENDER⁽⁸³⁾ —quien elabora el concepto de *responsabilidad principal (Hauptverschulden)*⁽⁸⁴⁾ para fundamentar la imputación de la persona jurídica una vez establecido el *hecho de contacto*, es decir, el comportamiento ilícito de la persona natural—, al ser la noción de deficiencia en la organización o insuficiencias en los deberes de vigilancia por parte de la empresa, conceptos ficticios, el ente supraindividual deberá responder, imputándole el ilícito, un vez comprobado el *hecho de contacto*. Conforme a esta argumentación, no tendrá relevancia que la empresa alegue haber empleado todos los medios necesarios de control y que aun así, nada pudo hacer para evitar la infracción, pues deberá igualmente responder por las actuaciones de sus órganos o representantes. Ahora bien, podría criticarse esta última construcción doctrinal, en que lo propio sería mantener las esferas de imputación diferenciadas y reconocer que existe una culpabilidad propia de la persona jurídica, cosa que, en definitiva, se niega con esta argumentación, pues el que se impute sin más al ente colectivo, una vez acreditado el *hecho de contacto*, nos estaría indicando que sólo a la persona natural se le puede reconocer la culpabilidad. La responsabilidad de la persona jurídica deberá nacer de su propia conducta —sujeto activo de un ilícito—, por haber quebrantado el deber de evitar la comisión de infracciones, obligación ésta que emana del propio ordenamiento jurídico.

La estructura de los modelos de organización o de gestión dispuestos en la legislación italiana que se inspiran en la regulación norteamericana —conocidos como *compliance programs*⁽⁸⁵⁾— tienen como propósito, tanto la individualización de los ámbitos de riesgo para el ente en cuanto a la posible comisión de delitos, de modo de prevenirlos, como también disponer de mecanismos de actuación y de procedimientos a seguir por quienes se encuentran ya sea en posición superior o subordinada.

La normativa italiana brinda especial atención e importancia a los aspectos organizativos de las empresas: debe adoptarse y llevarse a cabo un modelo de gestión dirigido a impedir la comisión de infracciones penales; la conformación de un organismo dirigido a

(82) Cfr. al respecto, TIEDEMANN, «Die 'Bebußung'», cit. nota núm. 80, p. 1173.

(83) BRENDER, M., *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Friburgo, 1989, pp. 101 y ss.

(84) BRENDER, *Die Neuregelung*, cit. nota núm. 83, pp. 110 y ss.

(85) ALDROVANDI, P., «I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D. Lgs. 8 giugno 2001, N. 231: aspetti problematici dell' "ingerenza penalistica" nel "governo" delle società», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell' economia*, 2007, pp. 460 y ss.; DE MAGLIE, C., «Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, pp. 118 y ss.; DE VERO, «Struttura e natura», cit. nota núm. 78, pp. 1132 y ss.; BARTOLOMUCCI, S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Ipsa, Milán, 2004, pp. 8 y ss.

vigilar el funcionamiento y la observación de este modelo, y la estructuración de un sistema disciplinario interno⁽⁸⁶⁾.

Para los efectos probatorios —artículo 6— se debe distinguir si la infracción es cometida por quien se halla en una posición apical o subordinada —distinción que obedece a la distinta capacidad de influir en las políticas empresariales—. Tratándose de los primeros, la carga de la prueba recae en el ente. Este debe acreditar la ausencia de culpa por organización, es decir, debe probar, que aun cuando el modelo de organización era eficaz como mecanismo de control, la persona jurídica no tenía la capacidad de impedir la comisión de delitos por parte de los sujetos en posición jerárquica superior. Éstos, como señala la letra c) del inciso 1 del artículo 6, han obrado «eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión». En cambio, respecto a las infracciones penales cometidas por aquellos sujetos subordinados a la dirección o vigilancia de otros —artículo 7—, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, el que debe acreditar el funcionamiento inadecuado del modelo de organización o, en su caso, de los organismos de control.

Como se ha señalado, la culpa por organización es uno de los criterios para poder atribuir responsabilidad al ente. Pues bien, de lo anterior se desprende que como presupuesto mínimo para poder imputar se admite la culpa —así por ejemplo, no haber obrado diligentemente en el reconocimiento del peligro de comisión de un delito—⁽⁸⁷⁾. En algunos casos, la propia ley dispone la exigencia de una actuación dolosa del ente. En efecto, diversas hipótesis delictivas consagradas en el Decreto Legislativo núm. 231 se refieren a aquellos casos en que se aprecia una política de empresa de carácter criminal, esto es, hacia la comisión de delitos. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 25 *quater* sobre delitos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático o artículo 24 *ter* sobre delitos de criminalidad organizada —que será examinado *infra*—. Ambos contemplan el supuesto de que «el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión» del delito.

En estos casos se contempla la sanción de interdicción definitiva del ejercicio de la actividad empresarial regulada en el artículo 16 inciso 3. Sin embargo, este mismo artículo dispone esta sanción para cualquier delito consagrado en el Decreto examinado, si se aprecia el mismo comportamiento descrito más arriba: «el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión».

Por último, en este rápido examen del Decreto núm. 231, cabe destacar que el elenco de sanciones se encuentra en el artículo 9⁽⁸⁸⁾. a) La *sanción pecuniaria* —artículos 10

(86) MONESI, C. (ed.), *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 251 y ss.; BERNASCONI, A., «Artículo 6», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, pp. 109 y ss.

(87) Así lo sostienen MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 148; PALIERO, C.E., «La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici», en PALAZZO, F., *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padua, 2003, pp. 29 y ss.

(88) Un examen de las sanciones en ANGELINI, M., «Artículo 9», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, pp. 173 y ss.; MUCCIARELLI, F., «Le sanzioni interdittive temporanee nel D. Lgs. N. 231/2001», en Dolcini, E./Paliero,

y 11—, que se precisa de conformidad a cuotas. A fin de calcularlas el juez debe considerar la gravedad del hecho, el grado de la responsabilidad del ente y a la actividad desarrollada para eliminar o atenuar las consecuencias del hecho o para prevenir la reiteración; b) *las sanciones interdictivas*, que pueden ser *temporales* o *definitivas*. Respecto de las *temporales* —artículos 13 y 14— pueden consistir, entre otras: interdicción del ejercicio de la actividad; suspensión o revocación de autorizaciones, licencias o concesiones; prohibición de contratar con la Administración pública. La determinación de cuál de ellas se impondrá la resuelve el juez conforme a criterios como reiteración de los ilícitos, provecho de entidad relevante por parte del ente si la infracción penal es cometida por sujetos en posición apical, graves carencias organizativas si el hecho es cometido por sujetos subordinados a otra dirección; las *sanciones interdictivas definitivas* —artículo 16— se aplican cuando el ente ha obtenido un provecho de relevante entidad y ha sido ya condenado al menos en tres oportunidades en los últimos siete años a la interdicción temporal, o bien cuando el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión de infracciones penales; prohibición definitiva de contratar con la Administración pública o prohibición de publicitar bienes o servicios, aplicable cuando el ente ha sido condenado a la misma sanción al menos tres veces en los últimos siete años; c) la *confiscación* —artículo 19— del *precio* o del *provecho* del delito, siempre que se establezca en la sentencia de condena, salvo los derechos de terceros de buena fe. Cuando no es posible confiscar el provecho o el precio, la confiscación tendrá por objeto sumas de dinero, bienes u otra utilidad de *valor equivalente* al precio o al provecho de la infracción penal; d) la *publicación de la sentencia de condena* —artículo 18—, el juez puede disponerla cuando respecto del ente se le aplica una sanción interdictiva.

Para MARINUCCI y DOCINI⁽⁸⁹⁾ la eficacia disuasiva de este aparato sancionatorio es más bien modesta, salvo para los casos en que se aplica una sanción interdictiva definitiva. Las sanciones pecuniarias tendrían, de forma abstracta, una apreciable eficacia disuasiva, sin embargo, las hipótesis individuales de infracción penal atribuibles al ente prevén cuotas en número muy inferiores. En cuanto a las sanciones interdictivas temporales y definitivas, aun cuando son conminadas para las hipótesis individualizadas de delitos atribuibles al ente, su aplicación con la sentencia de condena aparece sólo en presencia de condiciones, fácticas o temporales, que acontecen muy raramente, como la hipótesis de la constante utilización del ente para facilitar la comisión del delito. Por ello la tendencia de la jurisprudencia a aplicar *por vía cautelar* las sanciones interdictivas temporales.

B) *Ley número 94 de 2009 que introduce el artículo 24 ter —delitos de criminalidad organizada— al Decreto Legislativo número 231*

Como se resaltó precedentemente, si bien la ley núm. 146 de 2006 se hizo cargo de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de los delitos de criminalidad organizada, lo limitó a aquellos casos en que el delito tuviera un carácter transnacional. Por tanto, se

C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. T. III, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 2489 y ss.; GIAVAZZI, S., «Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna», en VVAA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsa, Milán, 2002, pp. 119 y ss.

(89) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 150.

presentaba un vacío cuando las actividades del ente sólo estuvieran vinculadas a la criminalidad organizada «interna» o nacional. Justamente la ley núm. 94 de 15 de julio de 2009 —conocida en Italia como el «paquete de seguridad 2009»⁽⁹⁰⁾—, con la inclusión del artículo 24 *ter* en el Decreto Legislativo núm. 231, dispone las medidas necesarias a fin de que las personas jurídicas puedan responder por aquellos delitos en que ha participado en una organización criminal.

En todo caso, tampoco puede decirse que el Decreto Legislativo núm. 231 no contemplaba ya normas que pudieran comprender la imputación de la persona jurídica dentro de actividades propias de la criminalidad organizada. En efecto, el artículo 25 *quater* se refiere al financiamiento del terrorismo; el artículo 25 *octies*, entre otros, a la receptación, blanqueo de dinero de proveniencia ilícita. Además y como ya se ha hecho presente, el Decreto en cuestión se hace cargo de aquellos casos en que el ente podría calificarse de *intrínsecamente ilícito*: el artículo 16.3 señala «si el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de consentir o facilitar la comisión de delitos». Para estos casos se dispone la sanción más rigurosa, a saber, la interdicción definitiva.

Empero, el nuevo artículo 24 *ter* amplía el catálogo de delitos atribuibles a la persona jurídica a los delitos asociativos y que se relacionan con la criminalidad organizada. Al respecto, es preciso distinguir dos grupos de delitos-presupuesto: a) asociación para delinquir dirigida a la trata de personas, favorecimiento de la inmigración clandestina, entre otras —artículo 416 inciso 6.º del Código penal italiano—; asociación de tipo mafioso —artículo 416 *bis* del mismo Código—; secuestro de personas con propósito de extorsión —artículo 630 del Código penal—; asociación para el tráfico ilícito de estupefacientes —artículo 74 Decreto del Presidente de la República núm. 309 de 9 de octubre de 1990—; b) asociación para delinquir del artículo 416 con excepción del inciso 6.º; delitos en materia de armas —artículo 407 inciso 2.º letra a) núm. 5 del Código procesal penal italiano—. Ambos grupos se distinguen fundamentalmente por la sanción, siendo menos severa respecto del segundo grupo, por cuanto comprende un delito asociativo común.

Se trata de un elenco de delitos que fundamentalmente se relacionan por cuanto abarcan delitos particularmente graves, vinculados con actividades propias de la criminalidad organizada. En este sentido, se subsumen supuestos asociativos en que se determina el objeto del programa criminal —*delitos-fines*— como son los casos del tráfico ilícito de estupefacientes, de armas, secuestro con fines de extorsión. Asimismo, se incluyen aquellos casos en que se actúa para favorecer o facilitar las actividades de otras asociaciones criminales, como se desprende del hecho que se comprendan los dos más importantes *delitos-*

(90) Cabe destacar que también en 2008 por ley núm. 125 de 24 de julio se establecieron «Medidas urgentes en materia de seguridad pública». Esta norma junto con la ley núm. 94 de 2009 conforman el llamado «paquete de seguridad». Ambas contienen un heterogéneo conjunto de disposiciones que inciden en el Derecho penal, procesal penal, penitenciario. Así, por ejemplo, en materia de inmigración, de tráfico vial, de delitos sexuales contra menores, de confiscación. Para un visión completa de ambas leyes, MAZZA, O./VIGANÒ, F. (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008, *passim*; MAZZA, O./VIGANÒ, F. (ed.), *Il «pachetto» sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009, *passim*; CORBETTA, S./DELLA BELLA, A./GATTA, G.L. (ed.), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009, *passim*; AMATO, G./SANTORIELLO, C., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009, *passim*.

medio que conoce el ordenamiento penal italiano, a saber, la asociación para delinquir del artículo 416 y la asociación de tipo mafioso del artículo 416 *bis*.

Precisamente esta última decisión legislativa, en particular respecto del artículo 416, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, pues ahora *cualquier delito* puede ser objeto del programa criminal⁽⁹¹⁾. Con ello se amplía considerablemente los supuestos típicos que se le pueden atribuir al ente, excluyéndose sólo aquellos delitos que por su naturaleza no pueden ser realizados en su interés o ventaja⁽⁹²⁾. A lo anterior debe agregarse la circunstancia relativa a la anticipación de la punibilidad que es consustancial a todo delito asociativo. En consecuencia, puede plantearse que el ente responda por los actos preparatorios de *cualquier delito* si se determina que es parte de un programa criminal de una asociación. En más, podría aplicarse la figura del artículo 24 *ter*, en lo que dice relación al artículo 416 del Código penal, cuando tres o más sujetos que se encuentran en una posición jerárquica superior dentro de una misma empresa deciden cometer, por ejemplo, delitos societarios en interés del ente. Este último puede ser sancionado aun cuando en rigor los delitos no hayan alcanzado la tentativa y sin que sea necesario tener que aplicar la figura del artículo 25 *ter* ya contemplada en el Decreto núm. 231⁽⁹³⁾.

Por lo anterior es que esta figura pueda ser empleada, sin que se trate de delitos que puedan tener alguna relación con la criminalidad organizada, desvirtuándose, de este modo, el sentido original que se pretendía con la incorporación del artículo 24 *ter*.

A los anteriores cuestionamientos, debe agregarse la enorme dificultad que puede representar para las personas jurídicas la construcción de modelos de organización. En efecto, la circunstancia de incluir formas asociativas respecto de cualquier delito, torna especialmente ardua la búsqueda de reglas que permitan individualizar los riesgos de comisión de delitos⁽⁹⁴⁾. Al respecto, sólo puede pensarse que tratándose de empresas que pretenden cometer delitos dentro de la esfera de la criminalidad organizada difícilmente se han elaborado modelos de organización, o de haberlos implantado no los observarán ni actuarán conforme a ellos. Por el contrario, la regla general es que son entidades que ya nacen con propósitos ilícitos o con posterioridad pasan a serlo. Es por ello que en estos casos no parece relevante determinar la culpa por organización, derechamente se está frente a un caso de *dolo de la persona jurídica*⁽⁹⁵⁾. Por lo demás, debe considerarse que el sentido original y toda la estructura de imputación regulada en el Decreto Legislativo núm. 231 se ha entendido dirigida a empresas que persiguen fines lícitos y que eventualmente en el ejercicio de sus actividades cometen delitos. La comprensión de una empresa criminal resulta de algún extraño y cuando lo ha hecho, como en el caso del artículo 16.3 —«el ente o su unidad organizativa es constantemente utilizado con el propósito único o prevalente de

(91) SCOLETTA, M., «Art. 24-*ter*, d. lgs. N. 231/2001», en Corbetta, S./Della Bella, A./Gatta, G.L. (ed.), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009, p. 375.

(92) Para CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, p. 367, la responsabilidad de la persona jurídica de fragmentaria pasa ahora a ser general.

(93) Así lo hacer ver CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, pp. 367-368.

(94) SCOLETTA, «Art. 24-*ter*», cit. nota núm. 91, p. 379.

(95) CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, p. 375.

consentir o facilitar la comisión de infracciones penales»— se ha entendido esencialmente para los efectos sancionatorios.

Por lo recién expuesto, es que los mayores problemas que se pueden presentar guardan relación con aquellas personas jurídicas que sí persiguen fines lícitos pero que en el ejercicio de su actividad se aprovechan para la comisión de delitos de una organización criminal. Por ejemplo, miembros de una empresa que ejercen una posición jerárquica superior son además miembros de una organización criminal de tipo mafioso conforme al artículo 416 *bis*. Pues bien, si se determina que aprovechándose de esta última asociación —por ejemplo, ha empleado métodos de intimidación— han conseguido a favor de su empresa un contrato público que le genera importantes ganancias, la persona jurídica responderá conforme a lo dispuesto en el artículo 24 *ter*:

También puede acontecer una situación inversa, esto es, que sea la persona jurídica «lícita» la que colabora con una organización de tipo mafioso. Por ejemplo, los miembros de una sociedad que ocupan una posición jerárquica superior, sin ser miembros de la organización criminal, le prestan toda su asesoría o asistencia para que tal organización pueda adjudicarse determinados contratos públicos, y ello a su vez le reporta un interés al ente por cuanto será contratada para futuros trabajos.

Este es uno de los casos más discutidos en la doctrina italiana, ¿cómo castigar a quienes no siendo miembros de la asociación ilícita colaboran con ella? En casos similares respecto de personas naturales se ha aplicado el llamado *concorso esterno in delictis associativi*⁽⁹⁶⁾.

Hay dos casos emblemáticos en que se discutió la aplicación del concurso externo: *Carnevale*⁽⁹⁷⁾ y *Mannino*⁽⁹⁸⁾. Respecto del primero, Carnevale fue Presidente de la primera sección de la Suprema Corte de Casación y durante los años ochenta se lo cuestionó por haber absuelto, argumentando vicios de forma, a un importante número de acusados en procesos seguidos en contra de la mafia. Fue sometido a proceso por concurso externo en asociación mafiosa y suspendido de sus funciones judiciales. Si bien se lo absolvió en primera instancia, en 2001 fue condenado por la Corte de Apelaciones de Palermo a la pena de seis años de presidio. Luego, en 2002 la Corte de Casación lo absolvió. En el segundo caso, Mannino, que es un político que ha desempeñado en diversas oportunidades los cargos de ministro de Estado, fue arrestado en 1995 por un presunto acuerdo con la mafia. Se

(96) La literatura es abundante, sólo por citar algunos trabajos, PICOTTI, L./FORNASARI, G./VIGANÒ, F./MELCHIONDA, A. (ed.), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Cedam, Padua, 2005, *passim*; INSOLERA, G., «Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 632 y ss.; ALEO, *Sistema penale*, cit. nota núm. 22, pp. 228 y ss.; VISCONTI, C., «Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, pp. 1303 y ss.; El mismo, «Il concorso esterno tra aspetti di costituzionalità e prospettive di riforma legislativa», en *Diritto penale e processo*, 6, 1998, pp. 751 y ss.; MANNA, A., «L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 1189 y ss.; MUSCATIELLO, V.B., «Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 184 y ss.; BERTOROTTA, F., «Concorso eventuale di persone e reati associativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 1273 y ss.

(97) CORTE DE CASSAZIONE, *Foro Italiano*, II, 2003, pp. 454 y ss.

(98) CORTE DE CASSAZIONE, *Foro Italiano*, II, 2006, pp. 80 y ss.

le imputaba que concedía favores a la mafia para obtener votos. Si bien fue absuelto en primera instancia, fue condenado en la segunda instancia a la pena de cinco años de presidio. Sentencia esta última que fue anulada por la Corte de Casación. En definitiva, en octubre de 2008 fue absuelto por la Corte de Apelaciones de Palermo.

En términos muy generales, la figura del concurso externo se ha aplicado en Italia para enfrentar la criminalidad de tipo mafioso y terrorista, castigando a aquellos sujetos que siendo extraños y no formando parte de la asociación criminal, cooperan con ella, favoreciendo con ello a la asociación criminal. La discusión se ha presentado por cuanto al no formar parte de la asociación no realiza en rigor una conducta típica: no es un «asociado». Por tanto, no podría contribuir materialmente en la causación del hecho delictivo quien no forma parte de la asociación. Al respecto, hay que tener presente que en Italia se ha optado por un modelo unitario de autor —artículos 110 y ss. del Código penal—, por lo que todos aquellos que concurren, cualquiera sea la contribución, a la causación del hecho delictivo responden como intervinientes de éste⁽⁹⁹⁾. Ello no significa, claro está, que todos respondan con la misma pena, sino que ésta se gradúa dentro de un mismo marco penal, precisándose para los distintos intervinientes conforme concurren o no ciertas circunstancias señaladas en el artículo 133 del Código penal.

Señalan MARINUCCI/DOLCINI respecto a la adopción de un modelo unitario: «La razón política criminal de esta elección legislativa reside en el justo convencimiento que la predeterminación de una pena en abstracto más elevada para el autor respecto al partícipe chocaría violentamente con la realidad de las cosas: en particular, no tendría sentido sancionar siempre y de todos modos al ejecutor del delito de forma más severa que el mandante, puesto que este último, en muchos casos, maneja los hilos permaneciendo en la sombra y asume la parte menos riesgosa, pero más importante de la empresa criminal»⁽¹⁰⁰⁾.

Pues bien, tratándose los delitos asociativos, se ha señalado a favor del concurso externo que quien *ocasionalmente* realiza actividades que refuerzan a la asociación criminal, sí está facilitando su existencia; es decir, quien contribuye dolosamente a reforzar la asociación, sabiendo que su conducta tendrá esta eficacia favorecedora para la asociación, también concurre en la comisión del delito asociativo⁽¹⁰¹⁾.

La pregunta que surge es cómo debe responder la persona jurídica en estos casos. Aun cuando no se ha discutido mayormente el punto, se ha señalado que también podría aplicarse la regla del concurso externo¹⁰². En efecto, la responsabilidad del ente tendrá lugar, determinando en primer lugar si se está o no frente a un concurso externo, aplicando para

(99) Cfr. DOLCINI, E./MARINUCCI, G. (ed.), *Codice Penale commentato*, T. I. 2.ª ed., Ipsoa, Milán, 2006, pp. 1104 y ss.

(100) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, pp. 410-411.

(101) Así lo entienden MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 408 quienes agregan: «El problema de la configuración de un concurso de personas en los delitos asociativos se advierte, sobre todo, con relación a lo obrado por algunas categorías de profesionales (abogados, magistrados, empresarios) que supone una objetiva facilitación de las actividades de las asociaciones criminales. Para una correcta solución del problema es decisivo distinguir entre conductas que se comprenden en el ejercicio de las facultades o de los deberes inherentes a aquellas diversas profesiones y conductas que, en cambio, están fuera. Al respecto, en doctrina oportunamente se ha avanzado en propuestas de reformas legislativas, que contengan la explícita enunciación del criterio distintivo».

(102) CORVI, «Nuove risposte», cit. nota núm. 51, pp. 369-370.

ello las reglas precedentes y que se han desarrollado respecto de las personas físicas —artículos 110 y 416 ó 416 *bis*— para a continuación acreditar si aquello se ha realizado en su interés o le ha reportado una ventaja —artículos 5, 6 y 7 del Decreto Legislativo núm. 231—.

Dado que el artículo 24 *ter* es una disposición reciente —julio de 2009— no hay mayores pronunciamientos por parte de la jurisprudencia que permita aquilatar cuán eficiente puede ser la imputación penal de los delitos de criminalidad organizada a la persona jurídica. Sin embargo, y como primera aproximación me merece un juicio positivo. Ya se destacó *supra* que la criminalidad organizada es eminentemente económica, su fin es el lucro, enriqueciéndose ilícitamente. Por tanto, en este contexto deben contemplarse medidas dirigidas a «dificultar» la consecución de tal propósito. En este sentido, sanciones como las interdictivas bien pueden cumplir dicha misión. Lo esencial es procurar disuadir a las empresas «lícitas» a que trabajen en conjunto con entes criminales.

4. La confiscación

Como se ha destacado suficientemente, si se está frente a una criminalidad cuyo propósito fundamental es el lucro da carácter ilícito, debe disponerse de herramientas dirigidas a la ablación de aquellos beneficios económicos que ha obtenido la empresa criminal⁽¹⁰³⁾. Con ello se pretenden perseguir dos objetivos muy claros: el primero y más inmediato, *limitar e incapacitar económicamente a la organización*, dificultando con ello el desarrollo de sus actividades criminales; el segundo y más amplio, *impedir que las organizaciones criminales se infiltren en la economía lícita* y de este modo, en la vida política del país⁽¹⁰⁴⁾. Este segundo propósito puede entenderse incluso, desde perspectiva de la seguridad y el orden público de un Estado, pues en la medida en que la criminalidad organizada se infiltra en la economía lícita, adquiriendo poder, puede alterar las reglas del mercado y generar inestabilidad en la convivencia democrática. *Supra* se destacó los evidentes riesgos de corrupción que se pueden presentar y con ello resquebrajar las bases de un Estado de Derecho.

Considerando pues, que la criminalidad organizada trabaja con la lógica empresarial y disfrutando del sistema capitalista, es elemental pensar que una de las herramientas a emplear en su contra debe tener un carácter patrimonial⁽¹⁰⁵⁾. Pues bien, entre estas medi-

(103) Un examen de la criminalidad organizada conforme al *análisis económico del derecho*, MANGIONE, A., «“Law & Economics” e diritto penale: paradigma a confronto nell’analisi delle politiche di contrasto alla criminalità organizzata», en MAUGERI, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 147 y ss.

(104) MAUGERI, A.M., «Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 3-4; GIALANELLA, A., «Diritto penale e contrasto di prevenzione alle ricchezze di mafia: utilitarismo “relativistico” e “ragionevolezza” garantista», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 193 y ss.

(105) FORNARI, L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzione pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Cedam, Padua, 1997, pp. 5 y ss.; MANGIONE, A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padua, 2001, pp. 457 y ss.; ALFONSO, R., «I problemi e le prospettive del sequestro e della confisca dei patrimoni mafiosi», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L’attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 207-208.

das se encuentra la confiscación, que como se verá es de amplia utilización en el sistema italiano.

Los instrumentos internacionales también contemplan la confiscación, instando a los Estados para que la introduzcan o, en su caso, la adecuen a las nuevas exigencias que impone enfrentar una criminalidad de esta naturaleza. Es así, que la *Convención OCDE sobre la lucha a la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales* de 1997 en su artículo 3 se establece que: «3. Cada Parte tomará las medidas necesarias para que el instrumento y el producto del cohecho de un servidor público extranjero o activos de un valor equivalente al de ese producto puedan ser objeto de embargo y decomiso o sean aplicables sanciones monetarias de efectos comparables». Por su parte la *Convención de Palermo*, a la que tantas veces se ha hecho referencia, regula detalladamente en los artículos 12, 13 y 14 la confiscación⁽¹⁰⁶⁾. Por último, también en el ámbito de la Unión Europea se han dictado normas en esta dirección. Es así, que la Decisión Marco 2005/212/JAI se refiere al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁽¹⁰⁷⁾ y la Decisión Marco 2006/783/JAI al reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre decomiso⁽¹⁰⁸⁾. Precisamente, en la propia motivación de la primera de las indicadas se señala la necesidad de introducir instrumentos de esta naturaleza en el entendido que es un medio eficaz para combatir la criminalidad organizada⁽¹⁰⁹⁾.

El ordenamiento italiano contempla diversas formas de confiscación, reguladas de manera dispersa en numerosas leyes, además de que lo dispone el propio Código penal. Lo anterior ha generado particulares dificultades en su interpretación y aplicación, pues no son pocos los casos en que se superponen. A lo anterior, debe agregarse los continuos pronunciamientos de las Sesiones Unidas de la Corte de Casación procurando ofrecer algo de luz a esta materia, especialmente engorrosa⁽¹¹⁰⁾. Por tal motivo y considerando que el

(106) ALFONSO, R., «Confisca e sequestro», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, pp. 223 y ss.; GRASSO, G., «Profili problematici delle nuove forme di confisca», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 130 y ss.

(107) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF> (visitado el 21 de junio de 2010).

(108) Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF> (visitado el 21 de junio de 2010).

(109) «7. La motivación principal de la delincuencia organizada es la obtención de beneficios económicos. Por consiguiente, todo intento de prevenir y combatir esta delincuencia debe centrarse, para ser eficaz, en el seguimiento, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los productos del delito. No basta simplemente con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación; el control efectivo de la delincuencia económica también exige el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso de los productos del delito». Cfr. ALESSANDRI, A., «Criminalità economica e confisca del profitto», en Dolcini, E./Paliero, C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. III, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 2114-2115; IUZZOLINO, G., «L'armonizzazione della confisca», en VVAA, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 353 y ss.; MAUGERI, A.M., «La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, pp. 572 y ss.

(110) Así se aprecia en ALFONSO, R., «La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008,

propósito esencial de este trabajo es exponer las medidas que Italia ha dispuesto en materia de criminalidad organizada, me limitaré a dar a conocer cuáles son las formas de confiscación y su alcance.

Cuatro son las formas de confiscación que se conocen en el Derecho penal italiano: a) confiscación «clásica» del artículo 240 del Código penal; b) confiscación por equivalencia —*confisca per equivalente*—; c) confiscación ampliada —*confisca allargata*—; d) confiscación como medida de prevención —*confisca come misura di prevenzione*—.

A) Confiscación «clásica»

El Código penal italiano la regula en el artículo 240 y la concibe como una medida de seguridad patrimonial. Precisamente, aquí surge la primera controversia, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Pues para parte de la doctrina, más que una medida de seguridad es una pena, ya que está completamente desvinculada a la peligrosidad social del condenado, como sí sucede con todas las otras medidas de seguridad. Sin embargo, para gran parte de la doctrina italiana esta hipótesis de confiscación sí conformaría una medida de seguridad, pues su finalidad es la peligrosidad de la cosa. A fin de prevenir nuevos delitos se expropian aquellas cosas que provienen del delito y que pueden incentivar a la comisión de nuevos hechos delictivos⁽¹¹¹⁾. La discusión tiene especial interés por cuanto la *praxis* jurisprudencial ha aplicado retroactivamente la confiscación al entenderla como medida de seguridad conforme al artículo 200 del Código penal⁽¹¹²⁾.

La confiscación del artículo 240 puede ser facultativa u obligatoria. En términos generales, la facultativa se aplica en caso de condena y puede recaer sobre aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que son su producto o el provecho. Como se aprecia, no difiere mayormente de los que se ha entendido tradicionalmente por comiso o confiscación. Lo interesante es resaltar cuáles han sido las nuevas orientaciones jurisprudenciales. En este sentido, particular atención debe prestarse respecto del alcance del término «provecho», que tradicionalmente se ha entendido como aquellas cosas que representan la utilidad económica directa o indirectamente obtenida con la comisión del delito. Así, el dinero robado o aquel obtenido por la venta de las cosas objeto del hurto o, incluso, con la venta de drogas⁽¹¹³⁾. Pues bien, la actual orientación de los tribunales también ha comprendido las utilidades indirectamente derivadas del empleo del provecho del delito. Por ejemplo, el canon obtenido por el departamento adquirido con el dinero producto del delito; los intereses bancarios provenientes del dinero robado; el departamento adquirido con la permuta del inmueble adquirido con el dinero robado.

Precisamente en las Sesiones unidas de la Corte de Casación, sentencia núm. 10280 de 25 de octubre de 2007, se señala expresamente que se sigue una interpretación exten-

p. 234; MOCCIA, S., «La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 349 y ss.

(111) *Cfr.* por todos, DOLCINI/MARINUCCI (ed.), *Codice Penale commentato*, T. I, cit. nota núm. 99, p. 1804.

(112) Al respecto, GRASSO, «Profili problematici», cit. nota núm. 106, pp. 134 y ss.

(113) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 650.

siva⁽¹¹⁴⁾. Es así que «cualquier transformación que el dinero ilícitamente obtenido sufra por efecto de la inversión del mismo debe ser considerada provecho del delito cuando sea causalmente vinculable al delito mismo y al provecho inmediato —el dinero— conseguido y sea subjetivamente atribuible al autor del delito que ha querido tal transformación».

Es la propia Corte de Casación, en la sentencia en cuestión, la que reconoce que esta interpretación de la confiscación asume funciones disuasivas similares a la llamada *confiscación por equivalencia* —se pueden confiscar bienes de valor equivalente, aunque no tengan un vínculo con el delito—⁽¹¹⁵⁾. Es decir, hacer ver al delincuente que ya no basta con transformar o invertir el bien. Probándose los vínculos causales objetivos y subjetivos puede imponerse la confiscación que se examina. Las dificultades que se pueden presentar se refieren a aquellos casos que las inversiones tienen lugar en actividades lícitas y no pueda acreditarse si el enriquecimiento se debe a dicha inversión o, simplemente, a adecuados manejos empresariales⁽¹¹⁶⁾. Frente a ello, es que puede recurrirse a las otras formas de confiscación.

Con respecto a la confiscación obligatoria, el artículo 240 del Código penal contempla dos hipótesis: a) «las cosas que constituyen el precio del delito», esto es, el dinero u otra utilidad económica dirigidas a instigar o determinar a un sujeto a cometer el delito; b) las cosas «cuya fabricación, uso, porte, tenencia o enajenación está prevista por la ley como delito», como sucede, por ejemplo, con las armas de guerra, productos alimentarios confeccionados con componentes prohibidos por ley⁽¹¹⁷⁾.

Con el correr de los años se han ido ampliado las hipótesis de confiscación obligatoria. Al respecto y para efectos de este trabajo, se puede citar la contemplada en el artículo 416 *bis* inciso 7.º del Código penal: serán objeto de confiscación todas aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que constituyen el precio, el producto, el provecho o que surgen de su realización. Lo que se pretende es privar al condenado por asociación de tipo mafioso de todos aquellos instrumentos que permiten llevar a cabo los fines de la agrupación, como asimismo, todo aquello que ha sido obtenido realizando el programa criminal de la asociación⁽¹¹⁸⁾.

Cabe destacar que esta forma de confiscación se inscribe en una estrategia más amplia en contra de las actividades económicas de la criminalidad organizada. En efecto, a esta medida se debe agregar la confiscación ampliada y la confiscación como medida de pre-

(114) Ver sentencia en *Diritto penale e processo*, 10, 2008, pp. 1295 y ss. Al respecto, MAUGERI, «Relazione introduttiva», cit. nota núm. 104, p. 11.

(115) Sentencia citada núm. 114, p. 1299: «En efecto, el legislador siempre más consciente que para combatir el crimen es necesario eliminar la posibilidad para el agente de asegurarse el provecho del delito, desde el momento en que el objeto de gran parte de los más graves delitos es precisamente el enriquecimiento, ha pretendido construir todo un sistema que permita en primer lugar la confiscación del provecho inmediato, para después, siempre conforme al artículo 240 c.p. la confiscación del llamado provecho indirecto o mediato. Es decir, de los bienes que sean causalmente reconducibles a la actividad del reo. En fin, para aquello que concierne a los delitos contra la administración pública, la confiscación por equivalencia de acuerdo al artículo 322 *ter* c.p.».

(116) *Cfr.* LUNGHINI, G./MUSSO, L., «La confisca nel diritto penale», en *Il corriere del Merito*, 2, 2009, p. 10; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota núm. 105, p. 114.

(117) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 651.

(118) DOLCINI/MARINUCCI (ed.), *Codice Penale commentato*, T. II, cit. nota núm. 99, pp. 3128 y ss.

vención —analizadas *infra*—. Por lo anterior, no sólo puede ser objeto de la confiscación aquellos bienes que tengan vinculación con el delito, sino también aquellos que provienen del delito y que se hayan empleado para invertirlos o se hayan empleado con fines de ocultamiento. Asimismo, podrá confiscarse los bienes que parecen no corresponder con los réditos declarados por el condenado⁽¹¹⁹⁾.

Tratándose de las asociaciones terroristas, conforme lo dispone el artículo 270 *bis* inciso 4.º, también procede la confiscación obligatoria. Se aplica en los mismos términos recién expuestos, esto es, serán objeto de confiscación todas aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que constituyen el precio, el producto, el provecho que surgen de su realización.

B) Confiscación por equivalencia

Dadas las limitaciones que presenta la llamada confiscación «clásica» para enfrentar determinadas formas de criminalidad como la aquí examinada, es que se ha introducido la *confisca per equivalente* —también llamada *confisca di valore*—. Como se destacó, poco puede hacer la «clásica» cuando el provecho del delito ha sido reinvertido o reutilizado, tornando difuso y difícil de acreditar el requisito esencial de la peligrosidad de la cosa, al no poder precisarse cuáles han sido los bienes que conforman el provecho inicial. Por tal motivo es que numerosas legislaciones han introducido esta forma de confiscación, respondiendo a lo dispuesto en tratados internacionales, como por ejemplo, la Convención OCDE o la Convención de Palermo⁽¹²⁰⁾.

Se aplica subsidiariamente a la confiscación «clásica», cuando resulte particularmente complejo poder precisar los bienes que provienen del delito. Es posible dirigirse a otros bienes de valor equivalente a la medida del provecho o del precio del delito, sin atender si su origen es o no lícito⁽¹²¹⁾. Cabe destacar que en el ordenamiento italiano no se contempla una hipótesis general de confiscación por equivalencia, sino que se dispone para determinados delitos en particular —por tanto, conforme al principio de taxatividad opera excepcionalmente—. Es así, que los supuestos más importantes se encuentran con relación a los delitos contra la Administración pública —materializando así lo dispuesto en la citada Convención OCDE—, que es un área especialmente fértil para la corrupción. Al respecto, el artículo 322 *ter* del Código penal regula cómo y bajo qué circunstancias se aplica la confiscación por equivalencia en estos delitos⁽¹²²⁾.

Dada la particular estructura que presenta esta forma de confiscación es que se ha ido extendiendo a otros delitos. Entre otros pueden citarse los delitos de pornografía infantil

(119) Así, LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 16.

(120) MAUGERI, «La lotta contro l'accumulazione», cit. nota núm. 109, p. 502; MARRA, G., «Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, pp. 128 y ss.

(121) LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 29; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota núm. 105, pp. 105 y ss.; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 652.

(122) AMATO, G., «Si alla confisca "per equivalente" del profitto dopo la condanna per reati di corruzione», en *Guida al Diritto*, 47, 2005, pp. 52 y ss.

—artículo 600 *septies* del Código penal—; blanqueo de capitales —artículo 648 *quater* del Código penal—⁽¹²³⁾. Así también, respecto de los delitos societarios se contempla en el artículo 2641 del Código civil⁽¹²⁴⁾. En materia de intermediación financiera, se contempla para los delitos de información privilegiada y manipulación del mercado la confiscación por equivalencia como subsidiaria de la confiscación «clásica» —art. 187 *sexies* del Decreto Legislativo núm. 58 de 1998—.

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas —expuesta precedentemente— el artículo 9 contempla la confiscación dentro de un conjunto de sanciones a aplicar. Su regulación se halla en el art. 19 del Decreto Legislativo n. 231 disponiendo que la confiscación por equivalencia se impone de forma subsidiaria en caso de no ser posible aplicar la confiscación «clásica»⁽¹²⁵⁾.

En cuanto a su naturaleza y a diferencia de lo que ocurre con la confiscación «clásica», no se trata de una medida de seguridad patrimonial sino derechamente de una sanción. A dicha conclusión se ha llegado no sólo porque algunas disposiciones la consideran como tal —así, el citado artículo 19 respecto de la responsabilidad del ente—, sino que, además, como lo han reconocido los tribunales⁽¹²⁶⁾, no se aprecia —como sí acontece con la «clásica»— que los bienes confiscados sean *peligrosos*; es decir, no se configura una relación directa e instrumental entre los bienes y el delito. Por el contrario, mediante su imposición se pretende restablecer una situación económica que ha sido modificada indebidamente a favor del condenado, a través de un sacrificio de carácter patrimonial. Por tanto, al tratarse de una institución que tiene un carácter puramente afflictivo y no de medida de seguridad, no puede a su vez aplicarse retroactivamente⁽¹²⁷⁾.

C) *Confiscación ampliada*

Se trata de una medida dispuesta fundamentalmente para enfrentar a la criminalidad organizada. En este caso, la confiscación ya no recae sobre los bienes que provienen del delito

(123) BRUNO, L.G., «Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca», en *Diritto penale e processo*, 3, 2009, pp. 351 y ss.

(124) SCIUMBATA, G., *I reati societari*, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 2008, pp. 156-157; DOLCINI/MARINUCCI (ed.), *Codice Penale commentato*, T. II, cit. nota núm. 99, pp. 5219-5220.

(125) MAUGERI, A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 153 y ss.; la misma, «Relazione introduttiva», cit. nota núm. 104, pp. 15 y ss.; VIZZARDI, M., «Artículo 19», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008, pp. 228 y ss.; FORNARI, L., «La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, pp. 63 y ss.; ALESSANDRI, «Criminalità economica», cit. nota núm. 109, pp. 2130 y ss.

(126) Entre otras, sentencia de la Corte de Casación penal, sez. III, de 24 de septiembre de 2008, núm. 39172 que señala: «La confisca per equivalente, infatti, viene ad assolvere ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflictivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza»; CORTE COSTITUZIONALE, ordenanza 2, núm. 97 de 2 de abril de 2009, en *Foro Italiano*, núm. 10, 2009, pp. 2595 y ss.

(127) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota núm. 77, p. 652; LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 34.

o respecto de aquellos que tienen un valor equivalente, sino que se aplica sobre bienes que se presumen provienen de actividades ilícitas. Ya no es relevante que estos bienes se identifiquen con el delito por el cual es condenado, sino que se impone cuando se estima que son bienes de un presumible origen ilícito, al no corresponder, por ser desproporcionado, al rédito o actividades económicas desempeñadas por el condenado. Se habla más bien de confiscación al patrimonio, más que confiscación de bienes⁽¹²⁸⁾.

La confiscación ampliada se introdujo por el Decreto Ley núm. 306 de 8 de junio de 1992, convertido en Ley núm. 356 de 7 de agosto de 1992⁽¹²⁹⁾. El artículo 12 *sexies* señala que en caso de condena o de aplicación de una sentencia negociada —*patteggiamento*— por determinados delitos se debe siempre disponer la confiscación del dinero, bienes o utilidades que el condenado no puede justificar su proveniencia y que resulte desproporcionado con su rédito o actividad económica. Entre los delitos donde cabe su aplicación, se pueden citar los siguientes —algunos incorporados posteriormente—: delitos contra la administración pública⁽¹³⁰⁾; asociación de tipo mafioso; terrorismo o subversión; trata de personas; blanqueo de capitales, tráfico ilícito de estupefacientes.

Son varios los aspectos que llaman la atención. Por una parte, la carga de la prueba recae sobre el condenado, por cuanto se parte de una presunción de que al haber desproporción entre los bienes y el rédito tendrían, por tanto, un origen ilícito. Por otra parte, al no haber una previa determinación cuantitativa de lo confiscable —como sí se exige en los dos casos citados anteriormente— podría recaer sobre todo el patrimonio del condenado; es decir, la confiscación puede llegar a ser más alta que el provecho que se determinó en la condena.

Por lo anterior, se puede presentar la situación paradójica de que un bien que puede confiscarse por equivalencia, no lo sea a través de la ampliada. Es el caso de un bien heredado lícitamente que resulta desproporcionado con su actual rédito⁽¹³¹⁾. En todo caso, la ley dispone que en caso de no poder aplicarse la confiscación ampliada se imponga la confiscación por equivalencia.

Para estos casos no es relevante cuándo fueron adquiridos los bienes, pudiendo haber ingresado en el patrimonio del condenado mucho antes de haber cometido el delito o incluso después. Lo determinante, como se ha dicho, es la presunción acerca de la ilícita

(128) LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 43.

(129) FORNASARI, G., «Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994, pp. 762 y ss.; POTETTI, D., «Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994», en *Cassazione Penale*, 1995, pp. 1689 y ss.; MAUGERI, A.M., «La sanzione patrimoniale fra garanzie e efficienza», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, pp. 832 y ss.; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota núm. 105, pp. 63 y ss.; ALFONSO, «La confisca penale», cit. nota núm. 110, pp. 234 y ss.; el mismo, «I problemi», cit. nota núm. 105, pp. 221 y ss.; MOCCIA, «La confisca», cit. nota núm. 110, pp. 358 y ss.

(130) ACQUAROLI, R., «L'estensione dell'art. 12 *sexies* l. núm. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione», en *Diritto penale e processo*, 2, 2008, pp. 251 y ss. examina las críticas que ha generado la incorporación de este delito, considerando que la idea original era disponer la confiscación ampliada respecto a la criminalidad organizada; MAUGERI, «La lotta contro l'accumulazione», cit. nota núm. 109, pp. 497 y ss.

(131) Señalado por LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 44.

acumulación patrimonial, que sólo puede desvirtuarse a través de la acreditación de la licitud del origen de los bienes⁽¹³²⁾.

Un problema particular se presenta con relación a su naturaleza, pues la jurisprudencia ha sostenido que se trataría de una medida de seguridad patrimonial, por tanto, de aplicación retroactiva⁽¹³³⁾. En efecto, se ha sostenido que la suma de los bienes de valor desproporcionado es una realidad actual, de la que se deriva una situación de peligrosidad presente, no siendo relevante el que hayan sido adquiridos con fecha anterior o posterior al delito. Se trataría pues, de una medida de seguridad atípica que cumpliría una función disuasiva como asimismo una medida de prevención antimafia⁽¹³⁴⁾. Para la doctrina no deja de llamar la atención tal encuadramiento, en circunstancia que acá, al igual que en la equivalente, no es exigible que exista una relación entre los bienes y el delito. Amén, de ser impuesta a través de una sentencia de condena o, en su caso, por sentencia negociada⁽¹³⁵⁾.

D) *Confiscación como medida de prevención*

Se introdujo en el ordenamiento italiano por el artículo 14 de la ley núm. 646 de 13 de septiembre de 1982, que agregó el artículo 2 *ter* a la ley núm. 575 de 31 de mayo de 1965 que dispone de medidas en contra de la mafia⁽¹³⁶⁾. En consecuencia, tiene una clara dirección de lucha contra la criminalidad organizada. Si bien tiene similitudes con la confiscación ampliada en cuanto recae sobre bienes de valor desproporcionado con respecto al rédito y que no se justifican, la diferencia esencial dice relación con su aplicación. En efecto, en el caso que se examina no se requiere de sentencia de condena, y sólo puede imponerse dentro del procedimiento dirigido a la aplicación de una medida de prevención antimafia —artículo 2 ley núm. 575— que pueden consistir en vigilancia especial u obligación de residir en un cierto lugar. Pues bien, el tribunal puede llegar a confiscar cuando habiendo impuesto la medida de prevención y sobre la base de que el sujeto *no ha podido justificar la legítima proveniencia* de los bienes o, en su caso, se manifiesta una desproporción entre la disponibilidad de determinados bienes y su rédito. Cabe destacar que el tribunal puede

(132) Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. II, de 26 de febrero de 2009, núm. 10549; sentencia de CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. I, de 18 de febrero de 2009, núm. 10756.

(133) GRASSO, «Profili problematici», cit. nota núm. 106, pp. 134 y ss.

(134) Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. un. de 19 de enero de 2004, núm. 920; Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. un. de 19 de julio de 2001, núm. 29022; Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN PENAL, sez. un. de 27 de marzo de 2008, núm. 26654: «Sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo».

(135) LUNGHINI/MUSSO, «La confisca», cit. nota núm. 116, p. 45; sobre los pronunciamientos generalmente favorables de la Corte Europea de los Derechos Humanos acerca de la confiscación ampliada, MAUGERI, A.M., «La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un' *actio in rem*?», en Mazza, O./Viganò, F. (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 181 y ss.

(136) NICASTRO, G., «La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 285 y ss.; CASSANO, F., *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 153 y ss.; crítico, MOCCIA, «La confisca», cit. nota núm. 110, pp. 353 y ss.

incluso, durante el procedimiento en cuestión —antes de decidirse la aplicación de la medida— secuestrar los mismos bienes cuando existen *indicios suficientes* que provienen de actividades ilícitas o la disposición de ciertos bienes es desproporcionada a su rédito.

Como se puede apreciar, el mayor problema que enfrenta esta institución dice relación con la prueba. Mientras la confiscación procede cuando no puede justificarse la legítima proveniencia de los bienes, el secuestro se configura cuando hay indicios suficientes. Tal distinción ha llevado a la jurisprudencia a disponer de estándares probatorios diversos según sea el momento de la imposición de la medida. Tratándose del secuestro es suficiente que haya una razonable probabilidad acerca de la ilicitud del bien o sobre la desproporción de ciertos bienes con el rédito del sujeto. En cambio, para imponer la confiscación se requiere una demostración en donde concurren requisitos de gravedad, precisión y concordancia⁽¹³⁷⁾.

A fin de evitar que se produzcan determinadas maniobras dirigidas a sustraer bienes que pueden ser objeto del secuestro o de la confiscación, se dispone lo que podría denominarse *medida de prevención por equivalencia*; es decir, el procedimiento también puede recaer sobre dinero o bienes de valor equivalente⁽¹³⁸⁾.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha destacado desde el inicio de este trabajo, las particularidades que hoy presenta la criminalidad organizada imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas para enfrentarla. Dentro de éstas, considerando que uno de sus propósitos fundamentales es el lucro, se deben comprender las de carácter patrimonial. A través de ellas no sólo se pretende disminuir su poder de actuación, incapacitándola económicamente, sino también impedir que estas organizaciones se infiltren en la economía lícita de un país. Los riesgos son evidentes, pues además de verse afectadas las reglas básicas del mercado —se trata de un competidor carente de toda ética—, se pueden generar serias fisuras en la base democrática de una nación, ya sea a través de la corrupción de los funcionarios públicos o actos de violencia para delimitar territorios de control.

Es indudable que las medidas de carácter económico, como son la confiscación y la responsabilidad de la persona jurídica, deben ir unidas a otras como son las penas privativas de libertad. No se va a discutir aquí su innegable eficacia disuasiva. Ahora bien, para que ello sea así, es preciso delimitar muy claramente los delitos que son manifestación de esta forma de criminalidad. En este sentido, desempeñan un papel de particular relevancia los llamados delitos asociativos, pues permiten una eficaz e incisiva intervención de la herramienta punitiva, sin que requiera acreditar la comisión de los delitos que son fines de la asociación. A este respecto, podría explorarse la posibilidad de estructurar un tipo

(137) MAUGERI, «La riforma», cit. nota núm. 135, p. 160; La misma, *Le moderne sanzioni*, cit. núm. 125, pp. 839 y ss.; MOLLACE, F., «Le modifichie in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizzazioni mafiose», en Amato, G./Santoriello, C., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009, p. 176; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota núm. 105, pp. 216 y ss.

(138) MAUGERI, «La riforma», cit. nota núm. 135, p. 166.

penal que recoja los elementos esenciales de la criminalidad organizada, de manera tal de ir precisando cuál es el objeto principal de persecución. Con la conformación de un tipo de injusto, es posible disponer de penas especialmente altas respecto de quienes la dirigen, permitiendo a su vez distinguir a quien, no formando parte de la organización, sí colabora con ella⁽¹³⁹⁾.

En materia de investigación —tanto el Ministerio público como la policía— se debe contar con organismos centralizados y especializados. Es la forma más eficiente para poder enfrentar adecuadamente estas estructuras organizativas de orden criminal, algunas de ellas muy poderosas. Lo anterior permite que en el plano internacional se trabaje coordinadamente, tanto con instituciones policiales como judiciales.

Sin perjuicio de las medidas penales, también es preciso contar con un arsenal de medidas extrapenales que impidan a estas organizaciones ingresar en la actividad económica. Un ejemplo, son las disposiciones adoptadas por el legislador italiano en cuanto a impedir la participación en concursos públicos. Por último, no puede dejarse de lado el factor pobreza y marginalidad. No sólo quienes integran las organizaciones criminales lo ven muchas veces como su única salida a su condición, sino que también afecta a quienes son víctimas de éstas. En efecto, quienes son objeto de la trata de personas provienen de sociedades pobres o fuertemente excluyentes, que impiden toda forma de integración social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUAROLI, R., «L'estensione dell'art. 12 *sexies* l. núm. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione», en *Diritto penale e processo*, 2, 2008.
- ALDROVANDI, P., «I “modelli di organizzazione e di gestione” nel D. Lgs. 8 giugno 2001, N. 231: aspetti problematici dell' “ingerenza penalistica” nel “governo” delle società», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007.
- ALEO, S., «Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- «Associazione, organizzazione, concorso esterno», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.
- ALESSANDRI, A., «Criminalità economica e confisca del profitto», en Dolcini, E./Paliero, C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. III, Giuffrè, Milán, 2006.
- «Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002.
- «Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina», en VVAA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002.
- ALFONSO, R., «Confisca e sequestro», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- «I problemi e le prospettive del sequestro e della confisca dei patrimoni mafiosi», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

(139) Así también, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada*, cit. nota núm. 6, pp. 280-281.

- «La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.
- AMARELLI, G., «La responsabilità delle persone giuridiche e la repressione della criminalità organizzata transnazionale», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- AMATO, G., «Si alla confisca “per equivalente” del profitto dopo la condanna per reati di corruzione», en *Guida al Diritto*, 47, 2005.
- AMATO, G./SANTORIELLO, C., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009.
- ANGELINI, M., «Artículo 9», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.
- ARENA, M./CASSANO, G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Giuffrè, Milán, 2007.
- ASTROLOGO, A., «Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. n. 146/2006», en *Cassazione Penale*, 4, 2007.
- BARATTA, A., «Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale», en Moccia, S. (ed), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- BARTOLOMUCCI, S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Ipsoa, Milán, 2004.
- BASSIOUNI, C.M., «Strumenti giuridici per il contrasto del terrorismo internazionale: un’analisi di carattere politico», en Bassiouni, C.M. (ed), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.
- BAUCCIO, L., *L’accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Giuffrè, Milán, 2005.
- BECCHI, A./REY, G.M., *L’economia criminale*, Laterza, Bari, 1994.
- BELLUTA, H., «Cybercrime e responsabilità degli enti», en Lupária, Luca (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009.
- BERNASCONI, A., «Artículo 5», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.
- «Artículo 6», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.
- *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense*, Giuffrè, Milán, 1995.
- BERTOROTTA, F., «Concorso eventuale di persone e reati associativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.
- BLOCK, A., *The Mafia of a Sicilian Village 1860-1960*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.
- BRENDER, M., *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Friburgo, 1989.
- BROWN, B., «Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals», en *The Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998.

- BRUNO, L.G., «Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca», en *Diritto penale e processo*, 3, 2009.
- CAFERRA, V.M., *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en Serrano-Piedecabras, J.R./Demetrio Crespo, E. (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010.
- CARNEVALI, R., «Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional», en Carnevali, R., *Problemas de política criminal y otros estudios*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- CARNEVALI, R./FUENTES, H., «Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley núm. 20.000», en *Política Criminal*, 6, D1, 2008.
- CARRETERO PÉREZ, A./CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1995.
- CASSANO, F., *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Giuffrè, Milán, 1998.
- CASTALDO, A./NADDEO, M., *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padua, 2010.
- CASTELLANA, A.M., «Diritto penale dell'Unione Europea e principio "Societas delinquere non potest"», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996.
- CAVALIERE, A., «Tipicità ed offesa nei reati associativi», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- COHEN, A.K., «The concept of criminal organization», en *British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977.
- CORBETTA, S./DELLA BELLA, A./GATTA, G.L. (ed.), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009.
- CORDERO BLANCO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CORVI, A., «Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative», en Mazza, O./Viganò, F. (ed.), *Il «pacchetto» sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009.
- D'AMATO, A., «Artículo 10.l. 16 marzo 2006, núm. 146», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.
- «La cooperazione internazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Dalle rogatorie alle squadre investigative comuni in attuazione dei principi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione Europea», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- DE FRANCESCO, G., «Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali», en *Diritto penale e processo*, 1, 2003.
- DE LIGUORI, L., «La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso», en *Cassazione Penale*, 1988.
- DE MAGLIE, C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè, Milano, 2002.
- «Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità», en *Diritto penale e processo*, 11, 2001.

- «Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.
- DE VERO, G., «Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.
- *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milán, 1988.
- DI FIORE, G., *La camorra e le sue storie*, Utet, Turín, 2005.
- DI MARTINO, A., «Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo», *Diritto penale e processo*, 1, 2007.
- DOLCINI, E./MARINUCCI, G. (ed.), *Codice Penale commentato*, T. I, 2.^a ed., Ipsoa, Milán, 2006.
- EL ZEIDY, M.M., «The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law», en *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2001-2002.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J.Á., «La “empresa criminal”: Los “delitos de comercio” ilícito como factor de aparición del fenómeno del “blanqueo de capitales”», *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 5, 2002.
- FEROLA, L., *IL riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducido por Andrés Ibáñez, Perfecto *et al.*, Trotta, Madrid, 1995.
- «Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata», en Corso, P./Insolera, G./Stortoni, L. (coord.), *Mafia e criminalità organizzata*, T. II, Utet, Turín, 1995.
- «Sul diritto penale minimo (risposta Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)», en *Foro italiano*, Parte Quinta, 2000.
- FIANDACA, G., «Criminalità organizzata», *L'Indice penale*, 1991.
- FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, 5.^a ed., Zanichelli Editore, Boloña, 2008.
- FIJNAUT, C./PAOLI, L. (ed.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Springer, Dordrecht, 2006.
- FLORA, G., «L'attualità del principio “Societas delinquere non potest”», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995.
- FORNARI, L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzione pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Cedam, Padua, 1997.
- «La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005.
- FORNASARI, G., «Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale», en Fornasari, G. (ed.), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2002.
- «Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994.
- GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.
- GARGANI, A., «Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?», en *Diritto penale e processo*, 9, 2002.

- GIALANELLA, A., «Diritto penale e contrasto di prevenzione alle ricchezze di mafia: utilitarismo “relativistico” e “ragionevolezza” garantista», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- GIASANTI, A., «Marginalità sociale, periferie urbane, racket», en Bandini, T./Lagazzi, M./Marugo, M.I. (ed.), *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Giuffrè, Milán, 1993.
- GIAVAZZI, S., «Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna», en VVAA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002.
- GRASSO, G., «Profili problematici delle nuove forme di confisca», en Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.
- GRUNDI, M./APARNA, N., *Offshore Business Centres: A world Survey*, 8.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La delincuencia organizada», en VVAA, *Iurisperitorum digesta*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.
- HERNÁNDEZ, H., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», en *Política Criminal*, vol. 5, 9, A5, 2010.
- HERZOG, F., «Straftaten im Internet, Computerkriminalität und die Cybercrime Convention», en *Política Criminal*, núm. 8, D1, 2009.
- HUBER, B., «La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001.
- ILARDA, G./MARULLO, G. (ed.), *Cybercrime: conferenza internazionale. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Criminalità Informatica*, Giuffrè, Milán, 2004.
- INSOLERA, G., «Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.
- *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Boloña, 1996.
- IUZZOLINO, G., «L'armonizzazione della confisca», en VVAA, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 2006.
- LAUDATI, A., «Criminalità organizzata e riciclaggio», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- «I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea», en *Diritto penale e processo*, 4, 2006.
- «Il coordinamento delle indagini nel crimine organizzato transnazionale. Il ruolo della Direzione nazionale antimafia alla luce dei coordinamenti in sede europea», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- LEIGH, L., «Possibilities for a European Administrative Penal Law», en Sieber, U. (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1993.
- LO MONTE, E., «Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività», en Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- LUNGHINI, G./MUSSO, L., «La confisca nel diritto penale», en *Il corriere del Merito*, 2, 2009.
- LUPÁRIA, L. (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milán, 2009.

- MANGIONE, A., «“Law & Economics” e diritto penale: paradigma a confronto nell’analisi delle politiche di contrasto alla criminalità organizzata», in Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.
- *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padua, 2001.
- MANNA, A., «L’ammisibilità di un c.d. concorso “esterno” nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994.
- «La c.d. reponsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d’insieme», in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2002.
- MARENGHI, F., «La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale», in Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- MARINUCCI, G., «La responsabilità penale delle persone giuridiche», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007.
- MARINUCCI, G./DOLCINI, E., «Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalità», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999.
- *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 3.^a ed., Giuffrè, Milán, 2009.
- MARRA, G., «Contrasto e prevenzione della corruzione transnazionale», in Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- MATUS, J.P., «Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje núm. 018-357», in *Ius et Praxis*, año 15, 2, 2009.
- MAUGERI, A.M., «La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti», in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2007.
- «La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un *actio in rem?*», in Mazza, O./Viganò, F. (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008.
- «La sanzione patrimoniale fra garanzie e efficienza», in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1996.
- *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milán, 2001.
- «Relazione introduttiva. I modelli de sanzione patrimoniale nel diritto comparato», in Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.
- MAZZA, O./VIGANÒ, F. (ed.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Turín, 2008.
- (ed.), *Il «pachetto» sicurezza 2009*, Giappichelli, Turín, 2009.
- MICHELINI, G./POLIMENI, G., «Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale», in Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- MILITELLO, V., «Le strategie di contrasto della criminalità organizzata transnazionale tra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani», in Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L’attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.

- MILITELLO, V./PAOLI, L./ARNOLD, J. (ed.), *Il crimine organizzato come fenomeno internazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Ed. Iuscrim, Max Planck Institut, Friburgo, 2000.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2004.
- MOCCIA, S., «La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata», in Patalano, V. (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- «Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale», in Moccia, S. (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinarie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- MOITRA, S.D., «Developing Policies for Cybercrime», in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 13/3, 2005.
- MOLLACE, F., «Le modifiche in tema di normativa antimafia e di repressione delle organizzazioni mafiose», in Amato, G./Santoriello, C., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Utet, Turín, 2009.
- MONESI, C. (ed.), *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milán, 2005.
- MORALES GARCÍA, O. (dir.), «Delincuencia informática: problemas de responsabilidad», in *Cuadernos del Poder Judicial*, 9, 2002.
- MUCCIARELLI, F., «Le sanzioni interdittive temporanee nel D. Lgs. N. 231/2001», in Dolcini, E./Paliero, C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. III, Giuffrè, Milán, 2006.
- MUSCATIELLO, V.B., «Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999.
- MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el *pentitismo* y la calumnia: problemas y perspectivas», Trad. por Sánchez, Virginia, in *Revista Penal*, 2, 1998.
- NICASTRO, G., «La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia», in Maugeri, A.M. (ed.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, Milán, 2008.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- NUNZI, A., «La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale», in Bassiouni, C.M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.
- PADOVANI, T., «Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche», in De Francesco, G. (ed.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Giappichelli, Torino, 2004.
- PALIERO, C.E., «La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione», in Alessandri, A. (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsos, Milán, 2002.
- «La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici», in Palazzo, F., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, Padua, 2003.
- «La società punita: del come, del perchè, e del per cosa», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.
- PALIERO, C.E./TRAVI, A., *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1988.

- PATALANO, V., «Profili problematici della corruzione internazionale», en Patalano, V. (ed), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- PAVARINI, M., «Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato», en Giostra, G./Insolera, G. (ed), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milán, 1995.
- PECCIOLI, A., *Unione Europea e criminalità transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2005.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PICOTTI, L., «La ratifica della Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa», *Diritto penale e processo*, 6, 2008.
- PICOTTI, L./FORNASARI, G./VIGANÒ, F./MELCHIONDA, A. (ed.), *I reati associativi: paradigmi concettual e materiale probatorio*, Cedam, Padua, 2005.
- PISANI, M., «Criminalità organizzata e cooperazione internazionale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.
- PISTORELLI, L., «La normativa antiriciclaggio introdotta dal d. Lg. 21 novembre 2007, N. 231», en *Giurisprudenza di merito*, 10, 2008.
- PLANTAMURA, V., «Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007.
- POTETTI, D., «Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994», en *Cassazione Penale*, 1995.
- PULITANÒ, D., «La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.
- RESTA, F., «*Cybercrime* e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura», en *Giurisprudenza di merito*, 9, 2008.
- ROJAS ARAVENA, F., *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Flacso, San José de Costa Rica, 2006.
- ROMANO, S., *Storia della mafia*, Mondadori, Verona, 1966.
- ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico penales, nuevas respuestas político criminales*, Comares, Granada, 2006.
- ROSI, E., «Il reato transnazionale», en Rosi, E. (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milano, 2007.
- (ed), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007.
- ROVITO, P.L., «Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici», en Moccia, S. (ed), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- ROXIN, C., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», Trad. por Anarte, Enrique, *Revista Penal*, 2, 1998.
- SACERDOTI, G., «La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nella transazioni commerciali internazionali», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

- SALAZAR, L., «Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione Europea», en Bassiouni, C.M. (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Giuffrè, Milán, 2005.
- SCIALOJA, A., *Le nuove norme antiriciclaggio. Criminalità organizzata e riciclaggio*, Maggioli editore, Santarangelo di Romagna, 2006.
- SCIUMBATA, G., *I reati societari*, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 2008.
- SCOLETTA, M., «Art. 24-ter, d. lgs. N. 231/2001», en Corbetta, S./Della Bella, A./Gatta, G.L. (ed.), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Ipsoa, Milán, 2009.
- SELVAGGI, N., *L'interesse dell'ente collettivo. Quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene Editore, Nápoles, 2006.
- SFAMENI, P., «La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo», en Alessandri, A. (ed.), *Il nuovo diritto delle società*, Ipsoa, Milán, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.
- «La «intervención a través de organización, ¿una forma moderna de participación en el delito?», en Dolcini, E./Paliero, C.E. (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, T. II, Giuffrè, Milán, 2006.
- SOLÍS, L.G./ROJAS ARAVENA, F. (ed.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*, Catalonia, Santiago, 2008.
- SOTIS, C., «La novità in tema di diritto penale europeo», en Bilancia, P./D'Amico, M. (ed.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milán, 2009.
- SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, 5.^a ed., Cedam, Padua, 1997.
- STIGEN, J., *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.
- SZCZARANSKY, C., «El Consejo de Defensa del Estado y el control de la criminalidad organizada y del lavado de dinero», en Politoff, S./Matus, J.P. (coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000.
- TERESI, R., *Direzione nazionale e Direzioni distrettuali antimafia*, Giuffrè, Milán, 1993.
- TIEDEMANN, K., «Die 'Beußung' von Unternehmen nach dem 2.Gesetz zur Bekämpfung des Wirtschaftskriminalität», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988.
- *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993.
- TINEBRA, G./CENTONZE, A. (ed), *Il traffico internazionale di persone*, Giuffrè, Milán, 2004.
- TRIPODI, A.F., «“Situazione organizzativa” e “colpa in organizzazione”: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. 2004.
- VIGANÒ, F., «Mafia e imprenditori: una decisione coraggiosa in tema di stato di necessità», en *Diritto penale e processo*, 10, 2004.
- VIGNA, P.L., «Le nuove sfide della criminalità organizzata», en Becucci, S./Massari, M., *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, Edizioni di Comunità, Turín, 2001.

- VISCONTI, C., «Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995.
- «Il concorso esterno tra aspetti di costituzionalità e prospettive di riforma legislativa», en *Diritto penale e processo*, 6, 1998.
- VIZZARDI, M., «Artículo 19», en Presutti, A./Bernasconi, A./Fiorio, C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001 n. 231*, Cedam, Padua, 2008.
- VULPIANI, D., «Criminalità organizzata ed informatica», en Parano, C./Centonze, A. (ed.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, Giuffrè, Milán, 2005.
- VVAA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Giuffrè, Milán, 1981.
- ZAFFARONI, E., «Il crimine organizzato: una categoria fallita», en Moccia, S. (ed), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- ZIFFER, P., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

Revista de

**Derecho
Penal**

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Agravantes:

Abuso de superioridad:

STS 1168/2010, de 28 de diciembre 232

Asesinato:

SAP Huesca 123/2010, de 14 de septiembre 289

Atentado:

SAP Madrid 338/2010, de 7 de septiembre 266

SAP Vizcaya 654/2010, de 15 de septiembre 308

Atenuante analógica:

STS 930/2010, de 21 de octubre 163

C

Competencia objetiva:

STS 1116/2010, de 22 de diciembre 216

Concurso de delitos:

STC 77/2010, de 19 de octubre 141

Conducción suicida:

STS 1019/2010, de 2 de noviembre 172

Conspiración:

STS 1140/2010, de 29 de diciembre 235

D

Deber de declarar. Dispensa:

STC 94/2010, de 15 de noviembre 147

Declaración de coimputado:

STC 68/2010, de 18 de octubre 139

STS 1117/2010, de 7 de diciembre 196

Delitos contra la flora y fauna:

SAP Oviedo 206/2010, de 15 de septiembre 305

Delitos contra la propiedad intelectual:

SAP Palma de Mallorca 299/2010, de 14 de septiembre 294

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

SAP Jaén 116/2010, de 9 de septiembre 267

SAP Tarragona 386/2010, de 9 de septiembre 270

Derecho a la tutela judicial efectiva:

SAP Pontevedra 127/2010, de 14 de septiembre 296

Derecho de defensa:

SAP La Coruña 185/2010, de 14 de septiembre 291

Desobediencia:

SAP Madrid 307/2010, de 14 de septiembre 292

SAP Vizcaya 654/2010, de 15 de septiembre 308

Desórdenes públicos:

STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 252

SAP Vizcaya 654/2010, de 15 de septiembre 308

Drogas:

SAP Barcelona 537/2010, de 14 de septiembre 286

E

Entrada y registro:

STS 1110/2010, de 23 de diciembre 219

Estafa procesal:

STS 124/2011, de 25 de febrero 261

Excusa absolutoria:

STS 933/2010, de 22 de octubre 165

F

Falsificación de moneda:

STS 1163/2010, de 22 de diciembre 214

STS 40/2011, de 28 de enero 258

SAP Zaragoza 274/2010, de 13 de septiembre 282

Faltas contra el orden público:

SAP Barcelona 701/2010, de 13 de septiembre	271
---	-----

Faltas contra los intereses generales:

SAP Gerona 494/2010, de 13 de septiembre	272
--	-----

I

Imparcialidad del juzgador:

STS 31/2011, de 2 de febrero	258
------------------------------------	-----

Imputabilidad:

STS 842/2010, de 7 de octubre	160
-------------------------------------	-----

STS 1019/2010, de 2 de noviembre	172
--	-----

STS 5/2011, de 25 de enero	256
----------------------------------	-----

SAP Orense 340/2010, de 13 de septiembre	279
--	-----

Intervención de las comunicaciones:

STS 1005/2010, de 11 de noviembre	180
---	-----

STS 1093/2010, de 30 de diciembre	247
---	-----

L

Legítima defensa:

STS 1099/2010, de 21 de noviembre	185
---	-----

STS 1023/2010, de 23 de noviembre	187
---	-----

Lesiones:

STS 1156/2010, de 28 de diciembre	224
---	-----

SAP Salamanca 64/2010, de 14 de septiembre	297
--	-----

M

Medidas de seguridad:

STC 124/2010, de 29 de noviembre	155
--	-----

N

Nulidad de actuaciones:

SAP Pontevedra 123/2010, de 14 de septiembre	295
--	-----

P

Pornografía infantil:

STS 842/2010, de 7 de octubre	160
-------------------------------------	-----

Prescripción:

De la pena:

STC 97/2010, de 15 de noviembre 151

Del delito:

STC 95/2010, de 15 de noviembre 149
STS 1187/2010, de 27 de diciembre 222

Preterintencionalidad:

STS 910/2010, de 19 de octubre 168

Principio non bis in idem:

STC 77/2010, de 19 de octubre 141
SAP Alicante 612/2010, de 3 de septiembre 264

Prisión provisional:

STC 143/2010, de 21 de diciembre 158

Prueba ilícita:

STS 1005/2010, de 11 de noviembre 180

Pruebas. Grabaciones videográficas:

STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 252

Q

Quebrantamiento de medidas cautelares:

STS 778/2010, de 1 de diciembre 194
SAP Badajoz 101/2010, de 14 de septiembre 284

R

Recurso de revisión:

STS 949/2010, de 1 de octubre 190

Responsabilidad civil derivada del delito:

SAP Gerona 494/2010, de 13 de septiembre 272

Menores:

SAP Madrid 195/2010, de 13 de septiembre 273

Robo con violencia:

STS 1168/2010, de 28 de diciembre 232
SAP Castellón 303/2010, de 14 de septiembre 288
SAP Valencia 586/2010, de 14 de septiembre 299

Robo de uso de vehículo a motor:

SAP Madrid 969/2010, de 15 de septiembre	304
--	-----

S

Secreto de sumario:

STC 143/2010, de 21 de diciembre	158
--	-----

Servicio de inteligencia. Carácter probatorio:

STS 1094/2010, de 10 de diciembre	200
---	-----

T

Terrorismo:

STS 1140/2010, de 29 de diciembre	235
---	-----

Tráfico de drogas:

SAP Barcelona 537/2010, de 14 de septiembre	286
SAP Ciudad Real 90/2010, de 15 de septiembre	302

Traición:

STS 1094/2010, de 10 de diciembre	200
---	-----

Tribunal del Jurado. Competencia:

STS 1116/2010, de 22 de diciembre	216
---	-----

U

Uso de información privilegiada:

STS 1136/2010, de 21 de diciembre	206
---	-----

V

Violencia de género:

SAP Madrid 1327/2010, de 13 de septiembre	274
SAP Madrid 1328/2010, de 13 de septiembre	277
SAP Tarragona 485/2010, de 13 de septiembre	281
SAP Zamora 34/2010, de 14 de septiembre	300

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 68/2010 del TC, de 18 de octubre

Ponente: **Doña Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Declaración policial de coimputado**

Artículos: **24.2 CE**

Se declara la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse dado validez como prueba de cargo a la declaración de una coimputada prestada en dependencias policiales no reiteradas ni ratificadas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...)

a) No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).

Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado «que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatar-se en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a

contradicción» [SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 1/2006, FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b)]. En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas 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.

En concreto, 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— [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; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Como recuerda la citada STC 345/2006, FJ 3, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos «la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que ‘el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción» (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4)». De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

En este contexto, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 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 los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuan-

do se prestan, 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). Como el Tribunal Europeo ha declarado ... (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”» [STC 344/2006, FJ 4 d)].

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 [SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba pre-

constituída por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que «tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que “las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales” (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria» (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que «a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo» (STC 51/1995, FJ 2). Más concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, «las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituída, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria» [SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 c)]. Por otra parte, «tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LE-

Crim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase “preprocesal” que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial» [SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 d)].

6. De lo anterior podemos concluir, entonces, que la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio como erróneamente entendieron los órganos judiciales. Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente. Esa conclusión nos exime, por lo demás, de analizar si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales.

Sentencia 77/2010 del TC, de 19 de octubre

Ponente: **Eugeni Gay Montalvo**

Resumen: **Non bis in idem. Material y reglas concursales**

Artículos: **25.1 CE y 173.2 Código Penal**

Además de reiterar la doctrina de sentencias anteriores relativas a la violencia de género^(*), se rechaza que la regla concursal del art. 173.2 CP, que obliga a condenar por violencia doméstica habitual y (además) por los delitos o faltas en los que se concreten los actos aislados de violencia, suponga una mácula del principio *non bis in idem*. Se recogen también dos votos particulares.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Nos corresponde ahora examinar si el art. 173.2 CP en su redacción otorgada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en el inciso «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física y psíquica», puede ser contrario al art. 25.1 de la Constitución por serlo al principio *non bis in idem*.

A tal efecto, es preciso con carácter previo recordar brevemente la doctrina que este Tribunal ha desarrollado acerca del citado principio.

a) Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio *non bis in idem* bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia

con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el «BOE» núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento «constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y

(*) Se reproducen la doctrina (y votos particulares discrepantes) relativa a la no infracción del principio de igualdad en la tipificación de las amenazas, formulada en la STC 45/2009, de 19 de febrero (*Revista de Derecho Penal*, núm. 27), además de en esta Sentencia 77/2010, recogida en el texto, en la 79/2010, de 26 de octubre.

Por otra parte, se reitera la doctrina formulada en la STC 60/2010, de 7 de octubre, relativa al alejamiento contra la voluntad de la víctima (*Revista de Derecho Penal*, núm. 32), en las SSTC 79/2010, de 26 de octubre, 81 a 86/2010, de 3 de noviembre y 115 a 119/2010, de 24 de noviembre.

Obviamos, finalmente, para evitar reiteraciones, la mención de otras sentencias del TC relativas a la infracción de los principios de igualdad y proporcionalidad por los preceptos legales que regulan la violencia intrafamiliar y de género.

229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].

b) En su vertiente material —que es la que ahora nos ocupa—, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 b)].

c) Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].

5. Partiendo de la doctrina expuesta, debemos determinar ya si el precepto cuestionado incurre en tal prohibición constitucional. Como se ha manifestado con anterioridad, el objeto de las dudas del órgano judicial es el inciso final del art. 173.2 CP, que introduce una regla concursal según la cual debe imponerse, además de la pena prevista para el delito de violencia habitual, la sanción correspondiente a los delitos o faltas a que hubieran dado lugar los concretos actos de violencia física o psíquica que vienen a configurar la habitualidad. A tal efecto, y pre-

supuesta la identidad de sujeto, debemos en primer lugar preguntarnos si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los distintos hechos en que la habitualidad se funda. En segundo lugar, y en caso de que quepa concluir una identidad de hechos, habremos de analizar si las diversas sanciones previstas en el precepto responden o no a un fundamento común.

El rasgo definitorio del delito tipificado en el art. 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal —tal como establece el art. 173.3 CP—, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo. En este sentido, cabe afirmar ya que la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino —tal como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia— la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación.

De lo anterior se colige que el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización

de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar. En este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concurra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto.

6. Debemos, en consecuencia, discrepar del planteamiento de la Magistrada proponente, y concluir que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio *non bis in idem*. Ello presupone también rechazar el paralelismo que la Magistrada invoca entre el último inciso del art. 173.2 CP y el precepto cuestionado, por idénticos motivos, en el procedimiento que dio lugar a la STC 188/2005, de 4 de julio. En esta Sentencia declaramos contrario al citado principio el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de «haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el periodo de un año», considerando que con dicho precepto el legislador había creado un tipo «autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*» (FJ 4). Trasladando la citada aseveración al presente supuesto, entiende la Magistrada proponente que ello es exactamente lo que ocurre con la regla concursal plasmada en el art. 173.2 CP, concluyendo que en el mismo tampoco ha introducido el legislador un hecho nuevo que permita diferenciar el delito de vio-

lencia habitual de los delitos que conforman tal habitualidad.

De cara a establecer las diferencias existentes entre el objeto de la citada Sentencia y el asunto que ahora nos ocupa, no sobra resaltar, con carácter preliminar, que el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero, «para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica» (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación.

Sentado lo anterior, debe destacarse que el reproche de inconstitucionalidad que formulamos en la STC 188/2005 estaba basado en que la redacción del art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986 ni introducía expresamente ni de su exégesis podía inferirse elemento fáctico alguno diferente a la mera acumulación de tres sanciones graves, sin que el plazo de un año que fijaba el precepto incorporara un factor adicional de lesividad o desvalor desde el que, negando la identidad de hecho, poder despejar el reproche de desproporción con la sanción prevista en el precepto como una falta muy grave.

Pues bien, a diferencia de la regulación de la conducta descrita en tal precepto, el supuesto de hecho del delito de violencia habitual sí lleva ínsita semejante interpretación, al incorporar el elemento de la habitualidad, que como ya hemos afirmado constituye el rasgo que caracteriza el ilícito penal y lo dota de su específico desvalor. Frente al automatismo del plazo de un año establecido en el ilícito administrativo, el tipo penal incorpora una serie de criterios materiales —número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal entre ellos—, si bien dejando en manos del órgano judicial la concreción en cada caso del número y periodo en que los mismos se cometieron y,

con ello, la apreciación del elemento de la habitualidad. En este sentido, y siguiendo la interpretación que del precepto han acogido doctrina y jurisprudencia, la habitualidad en el precepto cuestionado no se entiende como un requisito meramente formal o aritmético —en el sentido de que un determinado número de actos conformen sin más la misma—, sino que introduce un componente adicional y autónomo de lesividad, consistente en la citada atmósfera de dominación o sometimiento continuado, que debe considerarse acreditado para la aplicación del tipo penal. En virtud de lo afirmado podemos concluir que el concepto de habitualidad que utiliza el legislador en el precepto cuestionado no se identifica con la mera reiteración de conductas, por cuanto los citados requisitos materiales que lo conforman, y que el juzgador debe valorar en cada caso, implican el surgimiento de un hecho nuevo, valorativamente distinto —porque distinto es su potencial lesivo— a la suma de los actos de violencia aisladamente considerados como pone de manifiesto el art. 173.3 CP. Es la exigencia de tal elemento típico lo que permite concluir que su supuesto de hecho no es idéntico a la suma de los concretos actos de violencia realizados; y es, en suma, el componente adicional de lesividad que conlleva lo que permite rechazar que la doble sanción establecida en el precepto cuestionado suponga un ejercicio desproporcionado del ius puniendi y, por ende, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA
PÉREZ Y AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO
DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS, A LA
SENTENCIA DEL PLENO DE 19 DE OCTUBRE
DE 2010 QUE RESUELVE LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3508-2008

2. De otra parte, discrepo de la razón en que la Sentencia se sustenta para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 173.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

El mencionado precepto, tras fijar las penas correspondientes para el delito de violencia habitual contra las personas que detalla, añade que las mismas se impondrán «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

La cuestión a resolver estribaba en dilucidar si dicho precepto penal contradice el art. 25.1 CE, en la medida en que infrinja el principio *non bis in idem*, que veda la imposición de una dualidad de sanciones «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento» (como hemos repetido desde la STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4), esto es, que a una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos y con base en infracciones administrativas o penales que participan del mismo fundamento, se le impongan dos reacciones punitivas.

No planteándose ningún problema en relación con el presupuesto subjetivo, lo que la Sentencia niega es la concurrencia del elemento fáctico u objetivo, argumentando que «el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un *aliud* en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar», lo que lleva a la mayoría a concluir que «entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio *non bis in idem*» (FJ 6, *ab initio*, de la Sentencia).

Considero, sin embargo, que este planteamiento se aparta de la mejor doctrina del Tribunal. En su momento admitimos la constitucionalidad de la agravante de reincidencia porque a través de la misma el legislador pretende castigar de manera más severa una conducta posterior del mismo sujeto, sin que ello signifique que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que son tenidos en cuenta por el legislador

para sancionar las posteriores infracciones; por ello, en tal caso no concurre una identidad de hechos sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción y el hecho ilícito posterior es castigado de forma más severa por concurrir la reincidencia (STC 150/1991, de 4 de julio). Cosa muy distinta sucede cuando el legislador crea un tipo penal autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, en cuyo caso se lesiona el principio del *non bis in idem*, y, consecuentemente, el art. 25.1 CE (tal y como apreciamos en la STC 188/2005, de 4 de julio).

Estimo que en el presente caso nos encontramos en el segundo de los supuestos, dado que el art. 173.2 CP posibilita volver a castigar hechos realizados por un mismo sujeto, ya sancionados previamente, de modo que cabe una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica; y otra, en tanto que incardinados en el delito tipificado en el art. 173.2 CP.

3. La doble identidad de sujeto y de hechos que se aprecia en el precepto cuestionado supone la vulneración del principio *non bis in idem* al deber apreciarse, en fin, que las infracciones responden a un mismo fundamento y no persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes.

Ese aspecto no es examinado en la Sentencia y ese silencio es, a mi juicio, expresivo de que el precepto cuestionado vulnera el mencionado principio.

No basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible, es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contemple los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no sea el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2).

No encuentro dicha justificación en el presente caso por lo que considero que también debió estimarse la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el art. 173.2 CP por vulneración del principio del *non bis in idem*.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS Y AL QUE SE ADHIERE EL
MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ
SÁNCHEZ, CON EXCEPCIÓN DE LO REFERIDO
AL ART. 171.4 DEL CÓDIGO PENAL, RESPECTO
A LA SENTENCIA DEL PLENO, DE FECHA 19 DE
OCTUBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3508-2008

(...)

2.^a Cuestión diferente es la suscitada en el presente caso con relación a la duda de constitucionalidad sobre el inciso final del art. 173.2 del Código penal, que dice: «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica» con referencia a la habitualidad para cuya concurrencia, habrá que atenderse al número de dichos actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos. El órgano proponente de la cuestión plantea que este tipo penal es posiblemente contrario al art. 25.1 de la Constitución, por serlo al principio *non bis in idem*, al resultar doblemente sancionados aquellos actos constitutivos de infracción penal que ya hayan sido anteriormente y después tenidos en cuenta para determinar la habitualidad, también sancionable de manera independiente.

3.^a Del sentido natural del texto normativo resulta, en principio, que se produce un *bis in idem*, si bien la Sentencia de la que discrepo lo salva diciendo «que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar genera, además, una consecuencia adicional, que puede cifrarse en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como,

en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación», añadiendo que «en este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concurra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto».

A mi entender y reiterando el respeto que me merece la opinión contraria, tal descripción introduce un elemento constitutivo en el tipo que no aparece explicitado en el concreto precepto penal y por lo tanto, debió ser llevado al fallo por remisión al fundamento jurídico 5 de la

Sentencia, ya que la habitualidad, que se describe como independiente de la simple reiteración de hechos anteriores delictivos o no, y enjuiciados o no, es ciertamente una circunstancia de hecho, que ha de ser probada y apreciada por el juzgador en cada caso, interpretación conforme a la Constitución que, al separarse del sentido natural en la literalidad del inciso cuestionado, exigía ser incorporada a la parte dispositiva de la Resolución en aras de la seguridad jurídica; interpretación que aunque no sea frecuente en el ámbito penal, ya hemos hecho en alguna ocasión anterior, como en las SSTC 105/1988, de 8 de junio, llevado expresamente al fallo y 235/2007, de 7 de noviembre, llevado al fallo con remisión al fundamento jurídico 9.

Al no hacerlo así, no me fue posible votar a favor, formulando ahora, las razones de mi discrepancia mediante mi Voto particular.

Sentencia 94/2010 del TC, de 15 de noviembre

Ponente: **Vicente Conde Martín de Hijas**

Resumen: **Dispensa del deber de declarar**

Artículos: **24.1 CE y 416 LECrim**

Expuesto el fundamento y finalidad a que obedece la dispensa del deber de declarar contra parientes, se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haberse anulado de manera desproporcionada y formalista la declaración testifical prestada en el juicio oral sin realizar en él dicha advertencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. (...)

El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica

la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el pro-

cesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo).

En el caso que nos ocupa es preciso distinguir entre la declaración de la demandante de amparo y la de su hija. Por lo que se refiere a esta última ningún reproche cabe efectuar, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar. En efecto, en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo, según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella.

Sin embargo es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal,

de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada

por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el *ius ut procedatur* del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad.

7. En consecuencia, con base en las precedentes consideraciones, ha de estimarse que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en la medida en que ha tenido por no realizada como prueba testifical su declaración en el acto del juicio.

Sentencia 95/2010 del TC, de 15 de noviembre

Ponente: **Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Prescripción del delito**

Artículos: **132 Código Penal**

El TC reitera su conocida doctrina relativa a la interrupción del plazo de prescripción, insistiendo en la obligación que tiene el TS de seguirla, sin hacerse eco de las modificaciones introducidas por el legislador en la LO 5/2010, que todavía no había entrado en vigor en la fecha de esta sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. A tenor de lo expuesto, nuestro análisis debe circunscribirse a la queja de que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), al inaplicar la doctrina constitucional establecida en relación a la prescripción del delito, según la cual es necesario un acto del órgano jurisdiccional para entender interrumpida la prescripción conforme al tenor del art. 132.2 CP, no bastando la mera interposición de la denuncia o querrela. El Ministerio Fiscal comparte el criterio de los demandantes al considerar que las Sentencias impugnadas se oponen a la STC 63/2005, con doctrina reiterada posteriormente en las SSTC 29/2008 y 147/2009. Y el Abogado del Estado conviene que «sería negar una evidencia no admitir que las sentencias penales se han abstenido de dar aplicación a la doctrina de la STC 63/2005, aunque lo hayan hecho razonadamente».

Supuestos similares al ahora planteado, en los que también se denunciaba el incumplimiento por los órganos jurisdiccionales de la doctrina constitucional relativa a la interrupción del cómputo de la prescripción expuesta en la STC 63/2005, de 14 de marzo, han sido extensamente resueltos por esta Sala en las SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FFJJ 2 a 5; y 206/2009, de 23 de noviembre, FFJJ 2 a 4. Tal y como indicábamos en la primera de ellas, «[s]in necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), lo cierto es que para resolver la cuestión planteada basta con acudir a doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, relativas al cómputo de la prescrip-

ción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE). En efecto, el art. 132.2 del Código penal (CP) dispone que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” y es doctrina de este Tribunal que la querella o denuncia de un tercero “es una solicitud de iniciación del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un “acto de interposición judicial” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c) o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5)» (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2).

En tal sentido referíamos en la STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, que «la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o análoga en perjuicio del reo». Refiriendo en el mismo fundamento, con transcripción de la STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, citando la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, que por ello, «la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” (art. 132.2 CP) no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez». Concluyendo a continuación que «la exégesis del citado precepto que, frente a la acabada de mencionar, considera

interrumpida la prescripción con la presentación de denuncia o querella, sin necesidad de ningún acto de interposición judicial, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad». Además «la referida interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, puesto que —en el actual estado de la legislación —dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales» (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 3, y STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 2).

De la mera lectura de la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas, extensamente detallada en los antecedentes, se evidencia que las Sentencias objetivan disparejas circunstancias con el común objetivo de inaplicar la doctrina de este Tribunal reflejada en la STC 63/2005 de 14 de marzo, invocada por los demandantes, y en consecuencia apartarse del valor vinculante de la doctrina de este Tribunal establecido en los arts. 5.1 y 7.2 LOPJ. Ello basta para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por una parte la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena a los demandantes por un delito contra la Hacienda pública afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad de los recurrentes *ex art. 17 CE* (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; STC 147/2009, FJ 2; y STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 4). Y, en segundo lugar, porque no existe correlato en las actuaciones que dé cobertura a la argumentación expuesta en la Sentencia recurrida, consistente en la existencia de acto de interposición judicial, decidido por el instructor, anterior al Auto de incoación de diligencias previas.

Sentencia 97/2010 del TC, de 15 de noviembre

Ponente: **Vicente Conde Martín de Hijas**

Resumen: **Prescripción de la pena**

Artículos: **132 a 134 Código Penal**

Se ocupa la sentencia con la cuestión de si cabe hablar de «interrupción del plazo de prescripción» en el ámbito de la prescripción de la pena impuesta; en particular, si interrumpe dicho plazo prescriptivo el período de suspensión durante la tramitación de un indulto y del recurso de amparo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Así pues la cuestión suscitada por la presente demanda de amparo se contrae a determinar si ha resultado vulnerado o no el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al no haber estimado el órgano judicial prescrita la pena que le ha sido impuesta por considerar interrumpido el plazo de prescripción de la misma como consecuencia de la suspensión de su ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la posterior tramitación de un recurso de amparo.

Procede, por tanto, traer a colación, a fin de enjuiciar la cuestión planteada, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que nos corresponde ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal. Doctrina que, si bien ha sido elaborada en relación con la prescripción de las infracciones penales, resulta de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena.

a) De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su

contenido propio, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. Y ello porque la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del inculcado o condenado, su derecho a que no se dilate indebidamente esta situación o la virtual amenaza de la sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto en general encuentra su propia justificación en el principio de seguridad jurídica.

b) El canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o denegando la existencia de prescripción es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial

desestimatoria de la prescripción de la responsabilidad criminal y su posible afectación, como ocurre en este caso, a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos, hablándose de una tutela reforzada que exige, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Por lo tanto la decisión por la que se desestima una pretensión de prescripción, al afectar, como aquí acontece, a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución —que, por otra parte, distan de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esta interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal.

Por ello hemos declarado también que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de la lesión de los derechos fundamentales en juego en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (SSTC, por todas, 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 2).

(...)

4. Con la perspectiva de control que nos corresponde, cifiendo nuestro pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción de la misma, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en las resoluciones recurridas no puede estimarse constitucionalmente aceptable, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, al no satisfacer la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento.

En efecto, como se reconoce en los Autos recurridos, el Código penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (art. 132 CP), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el CP 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7 CP), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (art. 133 CP) y a determinar el *dies a quo* del cómputo de dichos plazos (art. 134 CP). Al respecto este último precepto dispone que «el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebramiento de la condena, si ésta hubiera comenzado al cumplirse». Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto. Regulación que contrasta con la del precedente Código penal de 1973, cuyos arts. 115 y 116 estaban dedicados

a la prescripción de las penas. En tanto que el art. 115 CP de 1973 establecía los plazos de prescripción de las penas, el art. 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del art. 134 CP de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del CP de 1995 en la regulación de la prescripción de las penas mantiene el *dies a quo* del cómputo de su plazo que aparecía ya contemplado en el art. 116 CP de 1973, aunque variando su redacción en algún aspecto puntual, pero no sustancial en lo que ahora nos interesa, y omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa de interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del art. 116 CP de 1973.

De otra parte el art. 4.4 CP de 1995 faculta al Juez o Tribunal a suspender la ejecución de la pena mientras se resuelve sobre el indulto cuando de ser ejecutada la Sentencia la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. Y el art. 56 LOTC, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que era la aplicable al supuesto ahora considerado, facultaba a la Sala del Tribunal Constitucional que conozca de un recurso de amparo a suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Ni en uno ni en otro supuesto, esto es, ni en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de un indulto o como consecuencia de la tramitación de un recurso de amparo, la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

5. A partir de las precedentes consideraciones en torno a los preceptos legales aplicables resulta evidente que el criterio interpretativo mantenido por el Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos, aunque no puede ser calificado como arbitrario, no satisface

el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables, que, de un lado, no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción (art. 134 CP de 1995), ni, de otro lado, confieren a dicha suspensión en uno y otro caso la referida condición o cualidad (arts. 4.4 CP de 1995 y 56 LOTC), con los efectos que se les ha otorgado el órgano judicial. La interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal.

En este contexto en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado en relación con la prescripción de las infracciones penales, lo que resulta trasladable a la prescripción de las penas, que «es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción», así como que «la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7, con cita de la STC 63/2001, de 17 de marzo). Lo que, proyectado al caso que ahora nos ocupa, supone que necesariamente ha de estarse al régimen de la prescripción de las penas establecido por el legislador en el ejercicio de la potestad de la que es titular. En tal régimen la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada como causa de interrupción de su prescripción con el alcance que les ha conferido el órgano judicial en la resoluciones impugnadas; esto es, en tanto que causa de interrupción de la prescripción, que ha de comenzar de nuevo a correr el término de la prescripción desde que se removiera la causa interruptiva.

La contemplación de nuevas causas interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical.

Además resulta también una interpretación constitucionalmente no aceptable, en cuanto es una interpretación que no se compadece en este caso ni con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) ni con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al carecer del necesario rigor con el tenor literal de los preceptos legales que le sirven de fundamento. En este sentido es necesario recordar que, en supuestos como el que nos ocupa, la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* (art. 25.1 CE) (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

En este caso las resoluciones judiciales recurridas, al haber denegado la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo con base en una interpretación que no se adecua al significado directo de los preceptos legales aplicables y, en concreto, a los que regulan la prescripción de las penas, han lesionado también el derecho del recurrente en amparo a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

6. Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos sobre la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, al estimar como causas interruptivas de la prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, no satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, habiendo vulnerado, en consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

No corresponde a este Tribunal en un planteamiento abstracto y preventivo determinar los posibles efectos o la incidencia de los supuestos legalmente previstos de suspensión de la ejecución de la pena, en concreto, en lo que a este caso interesa, los derivados de dicha suspensión por la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, sobre el cómputo del plazo de la prescripción de la pena, por tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Nuestro enjuiciamiento debe detenerse aquí y, en consecuencia, los efectos del otorgamiento del amparo para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados han de conducir a anular las resoluciones judiciales recurridas, en la medida en que están fundadas en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal, retro trayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

Sentencia 124/2010 del TC, de 29 de noviembre

Ponente: Ramón Rodríguez Arribas

Resumen: Medidas de seguridad

Artículos: 195 y ss. Código Penal

No supone *reformatio in peius* la imposición de una medida de mayor límite temporal máximo cuando la sentencia recurrida la impuso, junto a la pena, a un semiimputable y la sentencia de casación establece la inimputabilidad total. Sin embargo, lo que no cabe establecer es un límite mínimo de duración del internamiento antes de proceder a su revisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. El establecimiento de veinte años como límite máximo de cumplimiento de la medida de internamiento se aduce que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que prohíbe la reforma peyorativa, vulneración concurrente en el presente caso, a juicio del demandante, al imponer el límite de cumplimiento señalado con arreglo al recurso interpuesto por el demandante y sin petición de las partes acusadoras, con vulneración igualmente del principio acusatorio, circunstancia por la que la medida no puede exceder en su duración de los siete años fijados por la Sentencia de instancia.

La doctrina de este Tribunal sobre la interdicción de la *reformatio in peius* se recoge, entre otras, en la STC 28/2003, de 10 de febrero, que reconoce la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Por ello la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE.

De igual forma alude la STC 28/2003, de 10 de febrero, a la relación del principio acusatorio con la reforma peyorativa, al afirmar que la STC 84/1985, de 8 de julio «vino a concluir en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron» (FJ 4), concluyendo en que: «Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5)» (FJ 5).

3. La doctrina expuesta en el anterior fundamento jurídico no resulta de aplicación ya que la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el re-

curso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al art. 20.1 CP, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, que apreció la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21 CP y le condenó a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo con aplicación de lo dispuesto en el art. 99 CP, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado, pronunciamiento consecuente con la estimación que se hizo de la petición realizada por el demandante en su recurso de casación de aplicación del art. 101 CP, aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo», previsión en la que se encuentra el límite de veinte años fijado por la Sentencia respecto del delito de asesinato imputado, art. 139 CP.

La determinación de ese límite máximo de cumplimiento no puede quedar sometida, como pretende el demandante, a la duración de la medida de internamiento fijada en la Sentencia de instancia al no haber sido recurrida dicha Sentencia por las acusaciones, ya que con ello se pretende extender la aplicación del principio acusatorio a un supuesto de pronunciamiento absolutorio en el que el Tribunal sentenciador en modo alguno ha comprometido su imparcialidad, al no haber asumido funciones acusatorias y sí de prevención respecto la conducta futura del demandante absuelto, consecuencia jurídica

congruente con lo solicitado por el demandante en el recurso de casación interpuesto, lo que excluye la vulneración denunciada.

4. En la STC 112/1988, de 8 de junio, este Tribunal, al analizar el art. 8.1 CP, en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 10/1995 y con motivo de un internamiento judicial en establecimiento psiquiátrico dispuesto en Sentencia penal, recogió las condiciones mínimas que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de cumplir la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, y que son; la existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y que, dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos; es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo, Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp), cuya doctrina fue extendida con posterioridad a condenas judiciales que determinaron la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos, Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti contra Italia), condiciones que como afirma la Sentencia citada de este Tribunal, garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada; por lo que resulta obligado el cese del internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, juicio que corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento.

Sobre el control y revisión de la medida de internamiento se pronunció la STC 24/1993, de 21 de enero, en cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 8.1 CP, en términos coincidentes con lo ya dicho: «En consecuencia,

resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (STC 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del art. 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado. Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos —como los controles periódicos, antes mencionados—, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias» (FJ 5). Alude la Sentencia a la realización por el Tribunal penal de controles sucesivos que permitan tener constancia de la curación o de la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el internamiento, al no poder prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

5. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la nueva redacción dada a las medidas de seguridad en el Código penal, establece el fundamento de su aplicación en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, sin que pueda resultar la aplicación de las medidas ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, art. 6.1 y 2 CP, con expresa remisión de la ejecución de las medidas a la forma prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, art. 3.2 CP.

En cuanto a la aplicabilidad de las medidas de seguridad, el art. 101 CP establece que al su-

jeto declarado exento de responsabilidad criminal se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico, con indicación en el núm. 2 de dicho artículo de que «el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código», precepto este último que regula el mecanismo de control de la medida durante la ejecución de la Sentencia mediante un procedimiento contradictorio, a través del cual el Juez o Tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá mantener, decretar el cese, sustituir o dejar en suspenso la medida de seguridad, con indicación en su último párrafo de la obligación que se impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria de elevar, al menos anualmente, alguna de las propuestas anteriormente indicadas, existiendo así una previsión legal de control judicial anual del mantenimiento de la medida de internamiento.

6. También se impugna la prohibición establecida por la Sentencia según la cual la medida de seguridad impuesta al demandante, —internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado a la alteración psíquica que se aprecia de esquizofrenia paranoide— no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento, prohibición que tanto el demandante como el Ministerio Fiscal consideran vulnera el derecho a la libertad, art. 17 CE, con alusión en desarrollo del motivo a la infracción que supone tal prohibición del art. 97 CP.

La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad, por todas STC 29/2008, de 20 de febrero, parte de su significado prevalente con las excepciones que a la misma hace la Constitución en los términos previstos en el art. 17.1 CE: «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», cuyo contenido, en palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), se concreta con la afirmación de que el derecho a la libertad del art. 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley, en una

ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita, de modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional.

Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal que, en desarrollo del motivo, se imputa a la Sentencia recurrida al imponer una prohibición de revisión de la medida durante ocho años contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el art. 97 CP, infracción de precepto penal que tiene su encaje en el art. 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del art. 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regu-

lación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución.

El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, art. 101 CP, remite en su número dos al art. 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual a la que se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, art. 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el art. 97 CP.

En consecuencia procede anular parcialmente la Sentencia objeto de recurso, exclusivamente en lo referido a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

Sentencia 143/2010 del TC, de 21 de diciembre

Ponente: **Pascual Sala Sánchez**

Resumen: **Prisión provisional. Secreto del sumario**

Artículos: **24 CE y 506.2 LECrim**

Valoración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de la notificación del auto de prisión limitada a su parte dispositiva por hallarse la causa declarada secreta sin que tampoco tal vicio fuera subsanado en apelación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La controversia que plantea la presente demanda de amparo gira en torno a si la notificación del Auto de 27 de noviembre de 2009 que acordó la prisión provisional del recurrente, limitada a su parte dispositiva por hallarse la causa declarada secreta, vulnera los derechos fundamentales invocados por el recurrente.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicha cuestión. Al respecto, hemos afirmado que: «la notificación de las resoluciones judiciales tiene por objeto el conocimiento por los interesados del mandato judicial que aquéllas comportan, lo que puede obtenerse mediante la comunicación de su parte dispositiva, pero tiene igualmente otras finalidades, entre

ellas la de que las partes puedan conocer las razones o fundamentos de la decisión para, en su caso, impugnarlos, oponiendo frente a unas y otros los argumentos que estimen procedentes y ejercitando su derecho de defensa. Por ello, si los hechos en los que se funda la resolución o los fundamentos jurídicos que le sirven de apoyo no son conocidos por las partes, las posibilidades de impugnación de éstas quedan reducidas a un ámbito puramente formal o han de basarse en meras conjeturas o suposiciones, en detrimento de una eficaz tutela judicial» (SSTC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 12/2007, de 15 de enero, FJ 2).

En este sentido: «la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles. Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquéllas... Sin embargo, lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa, lo que sin duda genera una situación que vulnera la letra y el espíritu de la Norma fundamental consagrada en el artículo 24.1 C.E., ya que, con independencia de que el demandante de amparo pudiera presumir o conocer los hechos que motivaron el Auto que acordó su prisión, bien por haber prestado previamente declaración sobre ellos, o bien por haberse celebrado la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un hecho incontrovertible que no se le dio traslado de la fundamentación jurídica de la resolución judicial adoptada» (SSTC 18/1999, FJ 4; y 12/2007, FJ 2), al igual que acontece en el presente caso.

(...)

3. La aplicación de la citada doctrina al presente caso debe llevarnos a estimar el am-

paro solicitado, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 CE), por cuanto en la notificación del Auto que acordó la prisión provisional tan sólo se incorporó la parte dispositiva, mencionándose únicamente que la medida cautelar se acordaba por «su participación en un delito de integración en organización terrorista (Segi)», sin concretar más datos sobre los concretos hechos por los que el recurrente era acusado y, en particular, sin aportar el más mínimo detalle sobre la argumentación esgrimida en el Auto en torno a los fines que, establecidos en el artículo 503 LECrim, legitiman la imposición de la medida privativa de libertad.

A su vez el Auto de la Audiencia Nacional que desestima el recurso de apelación no repara la vulneración del derecho, en la medida en que con su argumentación —referida a que en el Auto impugnado constan las presuntas actividades delictivas cometidas así como una correcta y legal fundamentación de la medida acordada— no llega en realidad a dar respuesta a la concreta alegación efectuada en el recurso de apelación sobre los citados déficits de notificación del Auto.

4. En cuanto al alcance de nuestro fallo, la estimación del amparo en el presente caso no puede conducir a la anulación del Auto del Juzgado Central de Instrucción que acuerda la prisión provisional, ni a la puesta en libertad del demandante de amparo, por cuanto, de una parte, es su indebida notificación, no el Auto en sí, lo que se ha cuestionado; de otra parte, porque en todo caso no corresponde a este Tribunal, sino al órgano judicial, la decisión acerca del mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar personal en el proceso penal (SSTC 155/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 99/2005, de 18 de abril, FJ 6; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 5, y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 7). Por ello lo procedente es anular el Auto de la Audiencia Provincial 17 de diciembre de 2009 que resuelve la apelación y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del acto de notificación, para que por el órgano judicial se proceda a una nueva notificación acorde con las exigencias del derecho fundamental vulnerado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 842/2010, Sala Segunda del TS, de 7 de octubre

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Resumen: Pornografía infantil. Psicopatías

Artículos: 20.1.º, 21.1.º y 7.º y 189 Código Penal

Además de recordar la doctrina jurisprudencial relativa a la incidencia de los trastornos de personalidad sobre la imputabilidad, se aplica el Acuerdo de Sala de 27 de octubre de 2009 (recogido en el núm. 29 de la Revista de Derecho Penal) en el sentido de evitar todo automatismo a la conclusión de la existencia de dolo de difusión de la pornografía a partir sólo del dato del programa informático utilizado (en sentido análogo se pronuncia la Sentencia de 15 de octubre de 2010, núm. de sentencia 1012/2010).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Además, el recurrente plantea dos cuestiones. De un lado, la prueba de la existencia de difusión del material pornográfico ocupado en su poder. Y, de otro, la prueba de la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, el conocimiento de que efectivamente, con su forma de operar, estaba difundiendo el material a terceros o al menos, facilitando su difusión.

La jurisprudencia ha examinado en numerosas ocasiones las características de esta clase de programas. Permiten compartir archivos con otros usuarios de la red, de manera que la facilidad para descargar archivos es proporcional a la cantidad que el usuario pone a disposición de los demás. La ubicación de los archivos al ser descargados es la carpeta «Incoming», en el Emule, o «My shared folders» en el Ares, donde, hasta que el usuario del ordenador los extrae o los borra, permanecen a disposición de otros usuarios de la red y de los referidos programas. De ello resulta que cuando un usuario del programa

mantiene archivos en esas carpetas de acceso libre, está facilitando la difusión del contenido de tales archivos entre los demás usuarios que deseen proceder a su descarga. No ocurre así cuando traslada tales archivos a otras carpetas de su exclusivo uso particular.

De la prueba practicada resulta, por lo tanto, la existencia de difusión, ya que en la carpeta «Incoming» del programa Emule se encontraban varios archivos de contenido pornográfico con menores de trece años. Este contenido resulta acreditado por la prueba pericial sobre el disco duro, así como del examen que la Audiencia ha realizado sobre el material, habiendo esta Sala verificado la corrección de la valoración realizada.

3. Cuestión diferente es la relativa a la existencia de prueba de que el recurrente tenía conocimiento de que el uso de esa clase de programas suponía la facilitación de la difusión a terceros del contenido de la carpeta en la que, por defecto, el propio programa almacena los archivos descargados.

La jurisprudencia ha evolucionado desde entender que el mero uso de un programa de esa clase supone, a nivel de usuario, el conocimiento de que se facilita la difusión a terceros de todo aquel material descargado que se almacene en las referidas carpetas, a establecer que tal elemento subjetivo no puede presumirse sobre la base de ese único dato, de forma que será preciso, en cada caso, valorar expresamente las pruebas que acrediten tal conocimiento.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido. (STS n.º 680/2010). Pero igualmente ha señalado que no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa, sino que es preciso, en cada caso, establecer su existencia desde el análisis de las circunstancias acreditadas. En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, celebrado el 27 de octubre de 2009, acordó que: «establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del artículo 189.1.b) CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa». Acuerdo recogido luego en algunas sentencias como la STS n.º 340/2010.

Es claro, por lo tanto, que la demostración del dolo exige algo más que la prueba del mero uso del programa. En este sentido, ha señalado esta Sala que se ha de tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la

utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito. (STS n.º 340/2010).

El Tribunal de instancia se limita, en este aspecto, a valorar como elemento demostrativo del dolo, que el acusado reconoció que llevaba descargando este tipo de archivos desde hacía un año y «que sabía que los archivos que se descargan por Emule los está compartiendo con más personas» y cita en apoyo de su razonamiento el folio 422 de la causa y el acto del juicio oral. Sin embargo, al folio 422 lo que consta es una declaración prestada ante la Guardia Civil, que fue inmediatamente rectificada y precisada en la subsiguiente declaración ante el Juez instructor, ante el cual afirmó que «no era consciente que el hecho de descargar archivos de internet facilitara a otras personas para acceder a la información descargada y compartir la misma», añadiendo que su nivel de informática es de usuario y desconoce los pormenores. Y en el acto del juicio oral, el propio Tribunal recoge en la sentencia que matizó que para que el intercambio se produjera tenía que accionar la tecla «aceptar», lo cual indica que en su manifestación negaba el conocimiento del carácter automático del intercambio. No expresa el Tribunal la concurrencia de otras razones. Aunque ese silencio impediría su valoración en casación en contra del reo, las referencias que, con otra finalidad, hace el Tribunal a otros folios de la causa, tampoco permitiría sostener un criterio diferente, pues del examen del acta de entrada y registro, de la pericial y de los documentos obrantes en la causa, resulta que en la carpeta «Incoming» del programa Emule, única a la que se hace una referencia más pormenorizada, aparecían tres archivos de contenido pedófilo, sin que conste expresamente tampoco cuando fueron descargados y si fueron abiertos por el usuario del ordenador, lo cual, a los efectos de establecer el conocimiento de la difusión no resulta especialmente significativo.

Aunque esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de fecha 28 de noviembre de 2006 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, ello no significa que una declaración policial constituya, por sí misma y aislada de la

valoración de otros datos, prueba de cargo suficiente para acreditar un hecho objetivo o subjetivo. Y no se expresan en la sentencia las razones de naturaleza objetiva que pidieran existir para inclinarse por una u otra versión.

En consecuencia, del contenido de la sentencia impugnada resulta que no puede considerarse suficientemente acreditada la concurrencia del elemento subjetivo consistente en el conocimiento de que el uso de esa clase de programas de descarga de archivos supone automáticamente el intercambio de los que se descargan y de los que se guardan en las carpetas tipo «Incoming» del Emule, pues permanecen a disposición de cualesquiera otros usuarios de la red que empleen esos mismos programas, pues para ello habría sido necesario deducir tal conocimiento del análisis detallado de una serie de elementos que, en cualquier caso, no son examinados en la sentencia impugnada..

Por lo tanto, el motivo se estima en ese primer aspecto. No es preciso el examen de las demás cuestiones planteadas en él, pues las agravaciones contenidas en el artículo 189.3 solo son aplicables a las conductas previstas en el apartado 1 de ese mismo precepto.

Tercero.—(...)

2. En relación a la apreciación de atenuaciones de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en el sistema del Código Penal vigente, el artículo 20.1.^a, y en relación con el 21.1.^a y el 21.6.^a, exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con una diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo»

(STS núm. 51/2003, de 20 de enero y STS 251/2004, de 26 de febrero).

En la redacción del Código vigente, los trastornos de la personalidad o psicopatías pueden ser considerados dentro del ámbito del artículo 20.1.^a, no solo por las valoraciones más moderadas de la OMS, sino porque no se exige exactamente una enfermedad mental sino una anomalía psíquica, categoría en la que pueden incluirse sin dificultad.

En la STS n.º 1363/2003, de 22 octubre, se decía que «como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad (Sentencia Tribunal Supremo núm. 831/2001, de 14 mayo)», para terminar recordando que «en la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general».

En la STS n.º 696/2004, de 27 de mayo, también sobre la misma cuestión, se decía, ahora en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, «en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados

a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido».

También en la STS núm. 2167/2002, de 23 diciembre, se decía que «la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves. En la actualidad tienen encaje en el artículo 20.1 pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos».

La STS n.º 1363/2003, ya citada, terminaba recordando que «por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicos (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989

o 5 de noviembre de 1997). Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, y en directa vinculación con los hechos ocurridos, han sido valorados como eximentes incompletas» (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999).

3. En el caso, además del argumento cronológico empleado por el Tribunal de instancia, no consta siquiera una precisión de la naturaleza del trastorno obsesivo-compulsivo que permitiera establecer de forma clara su relación con los hechos. Tampoco consta que se trate de un trastorno lo suficientemente grave como para alterar de forma apreciable la capacidad de culpabilidad, ni que su relación con la ejecución de una clase de conducta como la enjuiciada suponga una disminución apreciable de sus facultades de conocimiento y de control.

En consecuencia, la decisión del Tribunal debe considerarse correcta y ambos motivos deben ser desestimados.

Sentencia 930/2010, Sala Segunda del TS, de 21 de octubre

Ponente: Luciano Varela Castro

Resumen: **Atenuante analógica de estado de necesidad**

Artículos: **20.4.º y 21.1.º y 7.º Código Penal**

En un supuesto de malversación de caudales por una lotera, se aprecia la atenuante analógica de estado de necesidad, argumentando el alcance de ésta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. La cuestión que cabe examinar es si, incólumes, por no combatidas, aquellas afirmaciones, se justifica o no la atenuante analógica considerada en la recurrida.

Con carácter general cabe decir que este Tribunal ha venido admitiendo la atenuante por analogía en supuestos de diversa naturaleza, como recuerda la Sentencia n.º 1.238/2009 de

11/12/2009. Así, pueden enunciarse los casos en que las circunstancias del hecho y las exigidas en la norma (genérica del artículo 21 del Código Penal o específica de algún tipo penal concreto) que establece la respectiva atenuante *guarden semejanza en la estructura y características* y aquellos otros casos en los que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio*

de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido.

Y también, en lo que ahora nos interesa, cabe establecer la analogía cuando las circunstancias del caso tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas.

Las *condiciones* para la estimación de la analogía pasa por los siguientes parámetros.

Por un lado esa comparación de circunstancias no detecte *que falten los requisitos básicos* para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, sin que, por otro lado, *se pueda exigir una similitud y una correspondencia absoluta* entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28 de enero de 1980.

Asimismo, cuando se alegue una situación de necesidad, como indica la Sentencia n.º 1216/2009 de 3 de diciembre, y ratifica la n.º 13/2010 de 21 de enero, ha de partirse de que la esencia del estado de necesidad, completo o incompleto, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone —dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva— con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

De tal premisa deriva la exigencia, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal, de dos valoraciones: a) la de la proporcionalidad y b) la de la necesidad.

La primera lleva a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que existe entre ambos una muy relevante desproporción, además de excluirse la exención, completa o incompleta, se excluirá también la analogía. Y así se ha entendido frecuentemente cuando el bien atacado es la salud pública para obtener ingresos económicos.

La segunda exige que el mal a evitar se presente como real, grave e inminente. De la medida de tales notas dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal. Pero además se requiere que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste. Obviamente de la graduación de tal posibilidad alternativa depende también la medida de la influencia en la exención o mera atenuación de la responsabilidad.

4. Por lo antes dicho debemos partir de las afirmaciones establecidas en la declaración de hechos probados. Incluso asumiendo que no solamente describen datos empíricos sino juicios de valor.

Es verdad que de los mismos cabe concluir que no faltaban posibilidades alternativas para atender las necesidades familiares de la acusada. Pero que esa posibilidad no constan como de asequibilidad fluida y expedita. Por lo que no cabe predicar de innecesario el recurso a comportamientos ilícitos como cauce al que la acusada se vio en buena medida *compelida*. La sentencia afirma que actuó la acusada *agobiada y acuciada por la necesidad*. Tales afirmaciones implican que se cubre la exigencia de necesidad al menos en la medida de la mera atenuante simple por analogía.

Por otra parte afirma también la sentencia que la situación económica era *mala*. Y no como previsión, sino como algo ya dado. Y que los recursos eran *insuficientes*. En cuanto a la finalidad de lo obtenido era las necesidades familiares que la alimentación de dos hijos conlleva. Lo que satisface también la exigencia de *proporcionalidad* entre dicha finalidad y el sacrificio de bienes meramente económicos del perjudicado por el delito.

Ciertamente la tesis del recurrente público es que tales conclusiones no pueden suscribirse sin conocer los datos omitidos que la justificarían. Pero ya se ha dejado dicho que, no habiéndose reclamado la nulidad por esa omisión encubierta en discurso formal inválido, debe subsistir la realidad proclamada.

Por otra parte el recurrente también trata de poner en evidencia que están incumplidas las exigencias antes consideradas. Al efecto pone énfasis en que la sustracción no fue en un solo acto y que la cantidad o valor de lo sustraído era muy relevante.

Pero tales referencias no desvanecen de manera absoluta la influencia de las circunstancias económicas de la condenada como determi-

nantes funcionales de su comportamiento. Éstas muestran identidad de estructura y fundamento que las que llevan a la exención, al menos incompleta. Es precisamente por eso por lo que la sentencia recurrida acota aquella influencia en el marco de la atenuante analógica.

Criterio que ratificamos con rechazo del recurso.

Sentencia 933/2010, Sala Segunda del TS, de 22 de octubre

Ponente: Manuel Marchena Gómez

Resumen: Excusa absolutoria y prohibición de acciones penales entre cónyuges

Artículos: 268, 293 y 295 Código Penal y 103.1 LECrim

De los problemas tratados en la sentencia, extractamos la interpretación ofrecida por la Sala en orden a integrar la prohibición de acciones entre cónyuges del art. 103.1 LECrim y la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Los motivos cuarto y quinto sostienen, con invocación del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, inaplicación indebida de los arts. 268 del CP y 103.1 de la LECrim, así como aplicación indebida de los arts. 293 y 295 del CP.

Argumenta la defensa que el carácter familiar que siempre inspiró el funcionamiento de la sociedad *Residencia San Rogelio, SL*, con una composición limitada al círculo de parientes consanguíneos —como se desprende del hecho probado, que señala al acusado, su cónyuge y los dos hijos comunes como socios— justificaría la plena aplicación del art. 268 del CP. Con arreglo a este precepto «... *están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil, los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio (...), por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación*».

Además habría resultado inaplicado el art. 103 de la LECrim, cuyo apartado 1.º proclama expresamente que no podrán ejercer acciones penales entre sí «... *los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos*».

(...)

A) En el presente caso, la inaplicación del art. 268 del CP se deriva de su propia literalidad. Y es que el delito previsto en el art. 293 del CP, por el que ha resultado condenado el recurrente, se habría cometido cuando entre denunciante y denunciado ya existía un procedimiento judicial de divorcio. En efecto, la negativa a la entrega de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2004 para su estudio previo y la ulterior actividad social desarrollada por el recurrente, cuando ya había sido cesado como administrador único de la sociedad, tuvieron lugar con posterioridad al día 27 de octubre de 2005, fecha en la que fue convocada, en virtud de decisión judicial, la Junta General que Teodosio se negaba a convocar. La propia defensa reconoce en su escrito de alegaciones, al desarrollar el cuarto de los moti-

vos de casación, que fue «... en el momento de la petición de convocatoria para la celebración de Junta por parte de la denunciante, coincidiendo con el emplazamiento de la demanda de divorcio (folios 1002 y ss y 707 y ss)...». Es decir, la comisión del hecho punible fue siempre posterior a la incoación del proceso judicial de divorcio promovido por la mujer del acusado. En consecuencia, la operatividad de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP — «... están exentos de responsabilidad criminal (...) los cónyuges (...) que no estuvieren en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad» — quedaría absolutamente neutralizada por el simple hecho de que el delito fue cometido después de la existencia de un procedimiento de divorcio del que el acusado tenía pleno conocimiento.

De ahí que más allá de la discusión referida al ámbito aplicativo de esa excusa absolutoria, en la que no faltan pronunciamientos de esta Sala que extienden su vigencia a algunos de los delitos societarios —cfr. SSTS 42/2006, 27 de enero—, constando la existencia de un procedimiento de divorcio, desaparece uno de los presupuestos ineludibles para la exención de responsabilidad.

El Ministerio Fiscal argumenta la improcedencia de aplicar la repetida excusa absolutoria a partir de la cita de una serie de documentos que obran en la causa. Así, se refiere: a) a la práctica simultaneidad de la solicitud judicial de convocatoria de Junta y del emplazamiento de la demanda de divorcio —hecho reconocido por el recurrente-; b) a los folios 68 y 69 en los que el acusado, en su primera declaración, alude a su «*ex mujer*»; c) a que la querellante señala en su querrela domicilios distintos (folio 1); d) a que consta que la demandante expresó en la demanda de divorcio de fecha 21 de febrero de 2005 que llevaban separados de hecho desde 1997 (folio 702) y e) a que el acusado, que no admite ese dato, afirma que ella abandonó el domicilio al volver de las vacaciones de 2004 (folio 377).

Todos esos documentos —que esta Sala ha examinado al amparo del art. 899 de la LE-Crim— despejan cualquier incertidumbre acerca de la preexistencia de una situación familiar de ruptura que, como tal, sitúa los conflictos pa-

trimoniales que puedan suscitarse entre los cónyuges en el estricto ámbito del derecho penal.

B) Tampoco ha resultado indebidamente aplicado el art. 103 de la LECrim.

Este precepto prohíbe el ejercicio de acciones penales entre sí a «... los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos».

La determinación del alcance de esta limitación impuesta por razón del parentesco no resulta nada fácil, sobre todo, a la vista de su falta de correspondencia con el art. 268 del CP de 1995. En efecto, la redacción de este último precepto superó el contenido histórico del previgente art. 564 del CP, en el que la exención alcanzaba, sin matices, a los cónyuges, sin mención alguna a otras situaciones como a las que ahora se aluden y que excepcionan de la regla de exclusión aquellos supuestos en los que medie una separación legal o de hecho o en los que exista un proceso judicial de separación, nulidad o divorcio. Ello significa que, mientras el CP de 1995 adaptó la redacción de la excusa absolutoria por razón del matrimonio a una realidad social en la que la existencia de un proceso de separación o disolución matrimonial excluía el fundamento de la exención, sin embargo, el art. 103 de la LECrim siguió aferrado a su redacción histórica, que no había sufrido otra modificación que la consistente en la supresión de la cita a los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 22/1978, 26 de mayo).

Es indudable que los planos jurídicos sobre los que han de operar los arts. 268 del CP y 103 de la LECrim no se superponen. Mientras que el primero centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco, el segundo se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal. Pero también es cierto que la exégesis del uno no puede hacerse con absoluta independencia del otro. No tendría sentido aceptar una interpretación literal del art. 103 de la LECrim que condujera a excluir la posibilidad de ejercer la acción penal por aquel que, habiendo iniciado un proceso de separación o divorcio, viera menoscabado su patrimonio por acciones de su cónyuge que, desde el momento de la separación de hecho, ya

no tendría a su favor la exención de responsabilidad que el art. 268 del CP le otorgaba durante la convivencia. Resultaría un contrasentido, en fin, que la persecución de hechos delictivos no amparados en ninguna excusa por razón del parentesco, fuera sometida por el legislador a limitaciones que no guardan relación con el fundamento mismo de la exención. Si el ataque al patrimonio de uno de los cónyuges ya no puede resultar impune por desbordar los límites del art. 268 del CP —separación de hecho o demanda de separación, nulidad o divorcio—, carecería de lógica que, con el cuestionable fundamento de la fidelidad a una interpretación estrictamente literal del art. 103 de la LECrim, la víctima no pudiera promover el ejercicio de la acción penal con el fin de reparar la ofensa sufrida por el delito. En definitiva, cualquier delito cometido entre cónyuges, en ausencia de los presupuestos que justifican la aplicación de la excusa absoluta prevista en el art. 268 del CP, podrá ser perseguido por la víctima, sin limitaciones derivadas de la literalidad del art. 103 de la LECrim, cuyo contenido ha de ser interpretado en estrecha relación con el fundamento y los presupuestos de la exención.

Más allá de esa interpretación integradora —que permitiría superar el obstáculo invocado por el recurrente, derivado de la literalidad del art. 103.1 de la LECrim—, conviene no olvidar que este último precepto no introduce una verdadera limitación al ejercicio de la capacidad de denunciar, sino al ejercicio de la acción penal o, lo que es lo mismo, a la voluntad para constituirse como parte acusadora formulando una genuina pretensión penal. Así se desprende con claridad del epígrafe que rotula el Título IV del Libro I de la LECrim, referencia sistemática en la que se incluye el art. 103 y que alude a «*las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas*».

De esta idea se pueden extraer dos conclusiones especialmente relevantes para el supuesto que es objeto de enjuiciamiento.

La primera, que la limitación del art. 103 de la LECrim —que tanto enfatiza el recurrente— no afecta a la capacidad de denunciar, sino a la capacidad de mostrarse parte como acusación particular y, por tanto, para ejercer una preten-

sión acusatoria. El régimen jurídico de la denuncia entre cónyuges sigue sus propias reglas en el art. 261 de la LECrim, sin que tengan que confundirse el uno con el otro. De ahí que ningún obstáculo existe para aquellos supuestos en los que la denuncia formulada por el cónyuge da pie a la incoación de un proceso penal en el que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la función constitucional que le incumbe, promueva el ejercicio de la acción penal contra el cónyuge denunciado.

Esto fue lo que aconteció en el presente supuesto, en el que el Ministerio Fiscal instó la condena de Teodosio como autor de un delito societario del art. 293 y un delito de apropiación indebida previsto y penado en el art. 252 del CP. La legitimidad de que sea el Ministerio Fiscal el que asuma el ejercicio de la acción penal en los supuestos en los que operaría la restricción derivada del art. 103 de la LECrim ha sido defendida reiteradamente por esta Sala. Así, la STS 83/2010, 11 de febrero, pronunciándose a favor de la exclusión del ejercicio de la acción penal entre parientes —se trataba de un supuesto en el que la querrela había sido entablada entre cuñados, por sendos delitos de administración desleal y apropiación indebida y en el que el Ministerio Fiscal había instado el sobreseimiento— aclaró que ello no era obstáculo, sin embargo, para que «... *en tales casos el perjudicado pueda, de todos modos, denunciar para que el Ministerio Fiscal asuma el ejercicio de la acción pública y ejercer, eventualmente, la acción civil*». La misma idea inspira la decisión acordada por la STS 4/2007, 8 de enero, que, pese a negar relevancia jurídica al dato de que los cónyuges se hallaran separados de hecho, concluyó que nada impedía su actuación en el proceso como actor civil, a partir del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal. Y la STS 112/2008, 6 de febrero, excluyó la aplicación de la excusa absoluta prevista en el art. 268 del CP, en atención a que el marido denunciado había abandonado el domicilio familiar con anterioridad a la comisión del delito de estafa, no encontrando obstáculo alguno para el ejercicio de la acción penal, referida en este caso a un delito de carácter patrimonial, por cuanto el Ministerio Fiscal había

asumido el ejercicio de la acusación por un delito de estafa.

En el presente caso, además, concurre un dato añadido que descarta la tesis restrictiva que pretende hacer valer el recurrente y que excluye incluso la necesidad de tomar en consideración la acusación del Ministerio Fiscal. Y es que la legitimidad del ejercicio de la acción penal y, por tanto, la existencia de un verdadero presupuesto para el juicio de tipicidad formulado por la Audiencia Provincial, puede obtenerse desde la perspectiva del ejercicio de una acusación particular plena de legitimidad procesal. En efecto, si bien es cierto que la denuncia fue formulada por Bernarda (folio 1), la personación para entablar la acción penal e instar el castigo de Teodosio fue formalizada, no por aquélla en su calidad de cónyuge del imputado, sino en nombre y representación de la entidad mercantil *Residencia San Rogelio S.L.*, según se desprende del escrito de personación y poder a procuradores que integran los folios 355 a 363 de la causa. En aquel escrito puede leerse que «... *habiendo tenido conocimiento la sociedad que represento de que ante el Juzgado a que me dirijo se tramita Procedimiento Abreviado con el núm. 10/06(dimanado de Diligencias Previas núm. 1477/05) y dado que algunos de los posibles delitos cometidos por el imputado don Teodosio afectan directamente a dicha sociedad que por lo tanto resulta perjudicada por los mismos, por medio del presente escrito me persono en nombre de dicha sociedad en las mencionadas actuaciones, interesando que se dé trámite a ésta*

para formular acusación en calidad de acusación particular».

En consecuencia, mal puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim, aun en el caso de que no fuera objeto de la interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP, pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos —en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado— con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante. Sólo a partir de una inaceptable interpretación que negara la personalidad jurídica predicable de cualquier sociedad mercantil y la fusionara con la de sus integrantes, podría asumirse que la limitación que, en su caso, afectaría al cónyuge, también repercutiría en las sociedades en las que aquél se integra. La idea de *levantamiento del velo* no puede llevarse más allá de su genuino ámbito aplicativo. Una cosa es que mediante ese expediente se puedan neutralizar estrategias de ocultación concebidas con el fin de facilitar la comisión de hechos delictivos y otra bien distinta es que esa misma doctrina sirva para erigir obstáculos de relevancia constitucional, impidiendo el ejercicio de la acción penal a quienes, por tener una personalidad jurídica propia, no resultan afectados por la relación familiar que actúa como presupuesto de la limitación que consagra el art. 103 de la LECrim.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo en lo que se refiere a la indebida aplicación de los arts. 268 del CP y 103 de la LECrim (art. 885.1).

Sentencia 910/2010, Sala Segunda del TS, de 22 de octubre

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Preterintencionalidad**

Artículos: **138, 139, 148 y 152 Código Penal**

En un violento acto lesivo de una madre a su hijo de pocos meses, causando graves secuelas, se rechaza la tentativa de asesinato que propugna el fiscal y se califican las lesiones graves producidas como imprudentes en concurso con la acción dolosa de lesiones (preterintencionalidad), apreciando la circunstancia agravante de parentesco, compatible con la de especial vulnerabilidad del art. 148.5.º CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La razón de la discrepancia del Ministerio Público con la sentencia recurrida radica en la distinta calificación jurídica que pretende de los hechos enjuiciados e incluidos en la resultancia fáctica de aquélla, en tanto que entiende que en la ideación criminal de su autora, Reyes, concurriría dolo directo de matar a su bebé, o al menos dolo eventual.

Los hechos probados narran que, tras dar a luz en el hospital general de Albacete, la acusada pasó a residir en compañía de su hijo en el Centro Joven «Alba», centro el que se encontraba ingresada desde hacía algunos meses, y el día 18-12-2008, cuando el bebé contaba solamente con 16 días de vida, por la noche, comenzó a llorar sin parar, de modo que la acusada, sumida en una explosión de rabia, *«cogió al menor del cesto de mimbre en el que se encontraba, le sujetó violentamente de la cara y le propinó diversos golpes en la cabeza así como en la pierna izquierda, no cesando de golpearle sino una vez advirtió la presencia en las inmediaciones del dormitorio de una de las educadoras del centro»* y en su presencia todavía le zarandeó y golpeó, al tiempo que amenazaba con tirarle por la ventana si no callaba, dirigiéndose a continuación en compañía de la educadora hasta la cocina con objeto de prepararle un biberón, lo que, una vez hecho, hubo de subir de nuevo a su dormitorio, siendo vista más tarde por la referida educadora, dándole el biberón al niño y más calmada ya. Como consecuencia de este episodio, el bebé fue tratado en un hospital de Albacete, donde estuvo ingresado 40 días, y al transcurso de su curación que duró un año, el pronóstico de sanidad oscilaba en el futuro, tanto en padecer una epilepsia generalizada, controlable muy probablemente con fármacos, algún tipo de déficit motor, o un síndrome psiquiátrico en forma de trastorno orgánico de la personalidad, no pudiéndose precisar la intensidad o gravedad del mismo. En todo caso, las lesiones neurológicas causadas pudieran haber comprometido seriamente la vida del menor.

Hemos declarado muy reiteradamente que la distinción entre los atentados a la vida humana y los que sólo agreden a la integridad corporal o la salud personal, radica en la intención o *animus* del sujeto agente: *animus necandi*, cuando de privar de la vida se trata; *animus laedendi* cuando lo que se pretende es sólo producir lesiones a la víctima. Intencionalidad que, como elementos subjetivos que son, pertenecen al arcano de la interioridad del sujeto y, por ello, han de inferirse de los datos objetivos que ofrezcan su comportamiento, de donde ha de deducirse la intención del agente productor del resultado habido.

A su vez, el *animus necandi* o dolo de muerte, puede producirse, ya de un modo directo, buscando expresamente como fin de la conducta la muerte del sujeto pasivo; o bien de un modo indirecto o eventual, cuando el sujeto activo, aun sin quererla expresamente, contempla la muerte de la víctima como probable resultado de su acción, pese a lo que no desiste de su obrar aceptando aquel eventual resultado. Dolo eventual suficiente para integrar los tipos que sancionan el resultado doloso de muerte y para cuya apreciación, dentro de las distintas corrientes dogmáticas que, con mayor apoyo en una u otra, ha venido acogiendo esta Sala, ha terminado por prevalecer el criterio ecléctico que conjuga, entrelazándolas, la de la probabilidad y la de la aceptación, de modo que se considera que, desde el momento en que el contenido de la conducta ejecutada representa una alta probabilidad de peligro para el bien jurídico tutelado, la tesis de la imputación objetiva que caracteriza el tipo objetivo de los delitos de resultado, obliga a aceptar que quien obra con conocimiento de aquella probabilidad de daño está aceptando que éste se produzca, o, en otras palabras, que obra con dolo eventual el sujeto que reconociendo o representándose la existencia en su obrar de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado típico (tesis de la probabilidad) no desiste pese a ello, de ejecutar su acción, asumiendo la posibilidad de que tal resultado se produzca (tesis de la aceptación o consentimiento).

También hemos declarado que, aunque el agente pudiera representarse tal resultado de

muerte, si no puede deducirse del *factum* que, a pesar de ello, le era indiferente el resultado que pudiera producirse, estaremos en presencia de la llamada *culpa consciente o con previsión*, pues en tal caso no existe ningún elemento de donde deducir que quisiera su muerte, ni le fuera indiferente, continuando a pesar de todo con su acción. En efecto, como nos dice la STS 19/2005, de 24 de enero, a diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, en el llamado dolo eventual, el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Y aunque el autor se representa el peligro, confía en que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado tenido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar el resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso al agente que aquél no se va a producir. Tanto en un caso como en otro, la caracterización del elemento culpabilístico no está en función de la voluntad sino del riesgo

para lesionar el bien jurídico, que lleva consigo la acción realizada que excede del límite de lo permitido y en función de su intensidad, se dará el dolo eventual o la culpa consciente.

En este caso, no existen elementos ni en la estructura del *factum* ni en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida para llegar a declarar con rotundidad que la acusaba previó la muerte de su bebé, y sin importarle tal resultado, continuó adelante con su acción, o bien aceptó mentalmente tal consecuencia.

Al contrario, los jueces *a quibus* explican en su fundamentación jurídica que la acusada en ningún momento anterior a este episodio, pese a encontrarse a solas con el niño, que compartía su habitación, había proferido maltrato alguno al infante, y razonan que «si *esa* hubiera sido su intención difícilmente no habría asegurado su propósito»; tampoco consideran que se haya probado cualquier tipo de animadversión contra su hijo, pues «todos los testigos que han depuesto en el sentido de que pese a su falta de habilidades para cuidarlo [tenía 21 años] y poca paciencia, su actitud era *de ilusión y de cariño* hacia el recién nacido», y de otro lado, la cuidadora relató que la procesada parecía que simplemente trataba de calmar al menor y evitar que llorase, aunque, al no conseguirlo, aumentó su excitación y rabia. Su comportamiento proporcionando alimentación al bebé, mediante la elaboración de un biberón, que se le dio a continuación ya en su habitación, es valorada igualmente por la Sala sentenciadora de instancia para entender que no concurre *animus necandi*, sino intención de lesionar, eso sí, gravemente al niño, conjuntamente con la concurrencia de un delito de imprudencia del art. 152.1.2.º del Código penal, conforme razonaremos después. A ello ha de añadirse que para la calificación de estos hechos como constitutivos de un *intento* delito de homicidio o asesinato (en este caso indudablemente este último, pues dar muerte a niño es considerado por esta Sala Casacional como *alevoso siempre*), es preciso que el resultado de la acción hubiera sido la causación de la muerte del sujeto pasivo, que no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, y en el caso enjuiciado, del relato fáctico no aparece con seguridad tal resultado, sino que

tales lesiones, como hemos expuesto, hubieran *comprometido seriamente su vida*, sin que el Tribunal sentenciador pueda llegar más lejos en su afirmación, pues ni siquiera las secuelas futuras son seguras, sino inciertas, y meramente probables.

Todos estos elementos nos conducen a la desestimación de este motivo del Ministerio Fiscal, por cuanto el discurso del Tribunal sentenciador es razonable, y siendo así, no puede ser sustituido por el nuestro, máxime en una cuestión fáctica que ha sido llevada así al relato de hechos probados («... aún representándose que dada la fragilidad del menor podría resultar *lesionado*»), y que ha sido explicado en su fundamentación jurídica, de modo que, aunque consideramos que es un caso límite ciertamente, no lo es menos que difícilmente puede verse en la actuación descrita de la acusada la intención *cierta e inequívoca* de dar muerte a su propio hijo (de tan corta edad), con el que se encontraba, según se ha expresado, encariñada, y a quien, superado ese episodio de excitación y rabia, terminó por seguir cuidando, dándole el biberón, ya mucho más calmada. En la duda, pues, acerca de si la procesada quería matar o simplemente herir al niño con esos violentos zarandeos y sopapos propinados en zona tan sensible como era la cabeza del infante, al punto de perpetrar el desplazamiento de un hueso parietal, hemos de inclinarnos por mantener el criterio de la Sala sentenciadora de instancia que con el ejercicio de intermediación que proporciona la celebración del plenario, se encontraba en mejores condiciones de apreciar todos los elementos de donde deducir el ánimo que guiaba a esa madre, en tan abyecto proceder.

Es por ello que la construcción jurídica realizada por los jueces *a quibus* considerando que en la acción de la acusada concurría un concurso ideal de delitos pluriofensivo, entre dolo y culpa, no puede ser más que mantenida por esta Sala Casacional, construcción que satisface las exigencias punibles para reprimir una acción inicialmente dolosa pero que cuenta con un segmento culposo o imprudente, no alcanzado por el dolo del autor, pero depurable a través de la teoría de la culpa con representación, en los términos que antes expusimos.

De esta forma, cobra vigencia la antigua atenuante de preterintencionalidad que ahora ha de servir para construir dogmáticamente un conjunto comisivo entre dolo y culpa.

La STS 1253/2005, de 26 de octubre, citando a la STS 21.1.1997, estudia de una forma pormenorizada y detallada tanto el dolo eventual, la imprudencia como la frontera con la culpa consciente y la preterintencionalidad, afirmando respecto a esta última figura jurídica que: «El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido, situado, como se ha dicho gráficamente, en su “misma línea de ataque”. La reforma operada en el Código Penal de 1973 por LO 8/1983, de 25 de junio, influyó de modo notable en el planteamiento de la preterintencionalidad heterogénea. Ante las reformas operadas en el artículo 1.º —el principio de culpabilidad adquiere su oficial y máximo reconocimiento—, supresión del artículo 50, pérdida de contenido del artículo 8,8.ª, y la redacción ofrecida por el artículo 6 bis, b), ante la problemática suscitada por el binomio lesiones-homicidio, constante el presupuesto antes referido, la tesis del concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas y otro de homicidio culposo, con aplicación de las reglas penológicas contenidas en el artículo 71 del Código penal, se ha estimado como la más acertada, recibiendo su pláceme y acogimiento por parte del Tribunal Supremo. Como síntesis de la doctrina sentada por esta Sala en sus ya plurales sentencias pronunciadas al respecto después de la reforma del Código penal en 1983, puede afirmarse que la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa.

El *ultra propositum* o *plus in effectum*, al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto lo que quiso ejecutar y culposa por lo demás. En general, se destaca que en el delito preterintencional se da cita una especie de «mixture de dolo y culpa», es decir, nos hallamos ante un hecho base de contornos inten-

cionales, entrevistado y aceptado en su fundamental *subtratum*, y otro hecho consecuencia que, escapando a las previsiones del agente, aunque ciertamente previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), acaba por imponerse, sin que se eche de menos, naturalmente, el preciso nexo causal. Así, entre otras muchas, sentencias de 9 de febrero, 28 de marzo y 12 de julio de 1984, 21 de enero y 23 de abril de 1985, 12 de marzo y 25 de octubre de 1986, 24 de julio de 1987, 19 de febrero de 1990, 11 de mayo y 15 de junio de 1992, 22 de mayo de 1993, 30 de mayo de 1994 y 8 de febrero de 1995, siguen esta solución que es la más respetuosa con el principio de culpabilidad, que no solo impide la sanción criminal respecto de aquellos resultados que han de reputarse fortuitos, sino que también obliga a sancionar a título de dolo sólo hasta donde la intención alcance y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Tercero.—El segundo motivo del Ministerio Fiscal, se formaliza por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia la indebida aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, definida en el art. 23 del Código penal, funcionando en este caso como agravante.

El Tribunal sentenciador considera su inaplicabilidad al caso enjuiciado en función del principio de la proscripción de la doble valoración (*ex art. 67 del Código penal*), en tanto que los jueces *a quibus* suponen que el parentesco (que incuestionablemente concurre en el caso de autos), se encuentra ya incluido o embebido en el subtipo agravado que ellos han aplicado, esto es, la circunstancia 5.ª del art. 148 del Código penal, o lo que lo mismo: *ser la víctima una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Pero bien mirado tal convivencia no debe predicarse exclusivamente de los hijos que conviven con sus padres, sino de cualquier persona, especialmente vulnerable, que conviva con el autor de este tipo de lesiones. De modo que si los hechos enjuiciados hubieran sido cometidos contra una persona especialmente vulnerable, por ejemplo, un menor que igualmente residiera con el autor, con el que no se dieran los lazos de la sangre, la aplicación del subtipo agravado referido concurriría sin género de duda. Pero si, además, tal persona especialmente vulnerable, es hijo del autor de la agresión, la antijuridicidad de la acción no está completamente abarcada por este cauce agravatorio específico, sino por la concurrencia, *además*, de la circunstancia agravante de parentesco, razón por la cual asiste al Ministerio Fiscal toda la razón para plantear esta queja casacional, de modo que su censura ha de ser estimada.

Sentencia 1019/2010, Sala Segunda del TS, de 2 de noviembre

Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar

Resumen: **Conducción suicida. Inimputabilidad**

Artículos: **20.1, 101, 138, 142, 380 a 382 Código Penal**

En el caso de un inimputable que circula un buen trecho en sentido contrario en una autovía provocando diversos accidentes, con resultado de muerte y lesiones, se discute si estamos ante una conducción simplemente temeraria o ante la denominada «conducción suicida», lo que redundará en la clase de concurrencia (de normas o de delitos) con los tipos relativos a los resultados lesivos producidos y si éstos se imputan a título de imprudencia o de dolo, todo ello a los efectos de fijar el límite máximo de cumplimiento de las medidas de internamiento. Se rechaza, por otra parte, la aplicación de la teoría de la *actio libera in causa* al supuesto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, absolvió al procesado Arsenio de un delito de conducción temeraria en concurso con otros dos delitos de homicidio imprudentes y cuatro delitos más de lesiones culposas, aplicándole la eximente completa de trastorno mental, del número 1.º del art. 20 del Código penal, e imponiéndole como medida de seguridad el internamiento en un Centro cerrado adecuado a la enfermedad que padece, por un plazo máximo de cuatro años, del que no podrá salir sin autorización del Tribunal sentenciador.

Han recurrido en casación, tanto la representación procesal del aludido acusado en la instancia, como la acusación particular. Ambas partes no discuten la situación de enajenación mental, trastorno o anomalía psíquica, que padecía Arsenio en el momento de ocurrir los hechos enjuiciados, fruto de un brote agudo psicótico, con alucinaciones verbales, consecuencia de su esquizofrenia-paranoide.

Recurso de la acusación particular.

Segundo.—El primer motivo se articula por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 851.3.º (incongruencia omisiva) por no haber resuelto la Sentencia recurrida todos los puntos objeto de la acusación.

Se refiere a la aplicación de la teoría de las *actioe liberae in causa*, en tanto que, dice el autor del recurso, «*el brote esquizofrénico es una situación equiparable al trastorno mental transitorio, por lo que en ambos casos no se eximirá de pena cuando el sujeto hubiera debido prever lo que podía suceder*». En suma, el autor del recurso lo equipara a los estados de intoxicación, ya que el brote se encuentra vinculado a su enfermedad, de manera que pudo evitarse esta situación tomando la medicación, lo que la sentencia recurrida declara que no hizo *por encontrarse mejor* (lo que dicho sea de paso ya impediría la aplicación de la *actio libera in causa*, pues tal estado no habría sido buscado de propósito).

La sentencia recurrida da cumplida respuesta a esta cuestión, en tanto afirma que «durante la ejecución de los hechos, el procesado ha estado afectado por una anomalía o alteración psíquica que anulaba plenamente sus facultades intelectivas y volitivas, con lo cual, le impedía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Y como decimos, dicha situación *no ha sido buscada de propósito*, por lo que no puede aplicarse la teoría de la *actio libera in causa*».

De manera que el Tribunal sentenciador rechaza la concurrencia de la situación fáctica imprescindible para su apreciación, esto es, que el sujeto buscase de propósito tal insuficiencia mental, poniéndose a cubierto de la aplicación de la norma. En la *actio liberae in causa*, el sujeto, previendo su falta de valor para cometer el hecho que pretende, o suponiendo que fruto de su estado mental, será incapaz de alcanzar a comprender el sentido de la norma, realiza los actos conducentes a la puesta de un estado mental que no podrá controlar, de manera que el sujeto es consciente, previamente, que si se hubiera conducido de forma diferente, no se podría cometer el hecho criminal, que por otro lado desea, o admite como posible. De esta forma, el párrafo segundo del apartado 1.º del art. 20 del Código penal dispone que «el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Y de igual forma, se disciplina en su número 2.º, en el sentido de que se encuentra igualmente exento de responsabilidad penal «el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión...» Pero similar previsión no se contiene en el caso objeto de enjuiciamiento, en donde el Tribunal sentenciador ha apreciado la eximente de anomalía o alteración psíquica, siendo claro que está exento, en tal su-

puesto, de responsabilidad criminal: «*el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*», sin que aparezca en el texto de la ley la posibilidad de aplicar la teoría de la *actio libera in causa*, como así sucede en las dos situaciones mentales anteriores (enajenación mental transitoria y eximente de drogadicción u otras sustancias análogas).

En cierto, pues, que, en todo caso, las situaciones no son equiparables, ya que se declara en Arsenio un estado patológico que deriva de una enfermedad mental, y no de un trastorno mental transitorio.

Pero, ciertamente, como dice el autor del recurso, la cuestión tiene una enorme importancia en el plano dogmático.

Repetidamente hemos subrayado que la fórmula de la capacidad de culpabilidad del art. 20.1.^a CP no sólo requiere una alteración psíquica, sino que, además, ésta haya impedido comprender el significado de la conducta realizada. Sigue nuestro sistema penal el denominado «biológico-psicológico».

Antes de nada, conviene diferenciar la *actio libera in causa* de los supuestos de inimputabilidad sobrevenida (esto es, sin la intervención culpable del autor). En tales casos, como ha señalado nuestra jurisprudencia, no se aplican los principios de la *actio libera in causa*, dado que el autor no se ha utilizado a sí mismo como instrumento de su «propia autoría mediata». Se trata de supuestos en los que la doctrina dominante ha entendido que el autor será punible por el delito consumado, siempre y cuando no haya tenido lugar una desviación esencial del nexo causal y haya dado comienzo a la ejecución siendo capaz de culpabilidad. Como se ha puesto de manifiesto por prestigiosos autores, «el que decide matar a otro y ya durante la preparación sufre un ataque epiléptico que excluye la culpabilidad, si comete el hecho en este estado no habrá obrado dolosamente pues en tal caso no se puede apreciar una realización responsable de su plan».

De todos modos, en la actualidad, se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la *actio libera in causa*. Por un lado el llamado «modelo de la excepción», que considera

que esta figura se justifica como una excepción, fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio de la inculpabilidad de la acción de un enajenado y que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la (in) capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro, el «modelo de la acción típica», que considera como acción típica la *causa libera*, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad que no es posible admitir en esta materia, así como —según lo han destacado numerosos autores— en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, como dice la STS 829/1993, de 14 de abril, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia.

También se ha entendido, por el contrario, que la doctrina de la *actio libera in causa* se fundamenta en una «ficción jurídica», que en modo alguno requeriría que el autor haya causado por sí mismo el estado de incapacidad en el que luego tiene lugar la consumación del delito. En la doctrina más reciente se ha señalado, con razón —dice la Sentencia citada, y en contra de soluciones semejantes— que si se prescinde de la conexión causal del comportamiento previo con el resultado, como fundamento de la imputación, el dolo y la culpa pierden toda relación con la acción y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad sobre el mismo hecho. Dicho de otra manera: la causa libremente puesta, que da lugar al comienzo de hecho, debe ser imputable al autor y, por lo tanto, ello requiere que sea éste quien la haya introducido en el curso del suceso. Esta forma de entender la *actio libera in causa* ha sido también reflejada en los textos legales que han regulado expresamente esta materia. En este sentido se debe recordar el art. 87 del *Código Penale italiano* que establece que no se considerará inimputable «al que se haya puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa».

Desde la perspectiva del llamado modelo de la acción típica, por lo tanto, resulta claro que la *actio libera in causa* presupone que el autor haya causado su propio estado de incapacidad,

pues precisamente en ello se basa la posibilidad de considerar la acción previa, que elimina la capacidad, como adecuada al tipo de delito consumado en estado de inimputabilidad. Dicho de otra manera: la causa de la muerte, en el delito de homicidio, debe haber sido puesta por el autor, por una decisión libre, es decir, adoptada con capacidad de culpabilidad (o, en su caso, con capacidad disminuida de culpabilidad), pues de lo contrario no es posible configurar la acción típica de causar la muerte a otro. La acción típica, se ha dicho gráficamente, consiste en estos casos en eliminar la propia capacidad de culpabilidad, de forma consciente y meditada, y previamente a dar comienzo a la acción.

Es por estas circunstancias, es decir, porque la teoría de la *actio libera in causa* parte de una previa capacidad de culpabilidad del sujeto que pierde conscientemente para cometer el hecho, bien por falta de valor para ejecutarlo, bien como consecuencia de ponerse a cubierto de una posible responsabilidad criminal por su estado de incapacidad mental, buscándose, como dice el Código penal italiano, «una excusa», es claro que tal resorte no puede ser aplicado a situaciones como la juzgada de alteraciones o anomalías mentales *permanentes*, es decir, enfermedades mentales crónicas o muy cronificables, pues en tales supuestos el sujeto es inimputable con anterioridad a dar comienzo a la ejecución del hecho, sin que pueda controlar, o no, su disposición a liberar una causa de excepción a su responsabilidad criminal, lo que no sucede, por el contrario, ni en el propio trastorno mental transitorio, ni en la drogadicción o en sustancias de efectos análogos, razón por la cual el sistema legal responde a una explicación científica, y por ende, el motivo no puede ser estimado.

(...)

Cuarto.—En el motivo tercero, y por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la inaplicación del art. 384 del Código penal, vigente en el momento de la comisión de los hechos, hoy art. 381 del propio Texto legal.

La sentencia recurrida no considera que el acusado condujera con consciente desprecio por la vida de los demás (a los que, sin embargo,

considera sus enemigos y agresores), y consiguientemente que actuara con dolo eventual respecto a los dos homicidios y cuatro delitos de lesiones, que produjo como consecuencia de dicha conducción.

Y ello porque en el requisito «consciente» existe un componente subjetivo atinente al dolo eventual incompatible con la situación de inimputabilidad en la que se encontraba el acusado.

Dice, por el contrario, el autor del recurso, que aun en esta situación de inimputabilidad, el sujeto activo puede tener una representación adecuada y suficiente de la situación de riesgo que estaba creando con su conducción, siendo también cierto, añadimos nosotros, que manejaba correctamente el vehículo, es decir, no tenía todos sus controles anulados o la mente en blanco, de manera que algún componente de voluntariedad existía, pero deformada por la reactivación de su brote psiquiátrico, consistente en una esquizofrenia paranoide.

El recurrente considera que incurre en consciente desprecio por la vida de los demás, a los que, sin embargo, ve como sus enemigos y atacantes, pero considera que se encuentra amparado por una creencia de encontrarse bajo una especie de causa de justificación, en virtud de su delirio persecutorio a que le lleva su enfermedad.

De adoptarse el criterio de la Audiencia otras situaciones similares, no podrían calificarse como delitos de homicidio o de asesinato, como por ejemplo, situaciones en las que un sujeto se hubiera *liado* a tiros o a cuchilladas con la que gente que se encontrara frente a él, en la calle, porque no habría dolo de muerte o de aprovechamiento de una situación de ventaja.

Es por ello que la inimputabilidad, lo que elimina es el conocimiento de su antijuridicidad, de forma que el sujeto ha de ser juzgado como si fuera responsable de tales hechos, para después, una vez calificado el hecho, eximir de responsabilidad criminal y aplicar la correspondiente medida de seguridad.

A esta misma conclusión llegó esta Sala Casacional en su Acuerdo Plenario de 26 de mayo de 2000, conforme al cual, y tratando de la compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación men-

tal del art. 20.1 del Código penal, se tomó el siguiente Acuerdo: «*En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art. 101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato*».

Como se declaraba en la STS 494/2000, de 29 de junio, que explica el fundamento de dicho Acuerdo Plenario, ya se dijo que esta Sala considera que cuando el sujeto acusado de la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación mental, o con palabras del nuevo Código penal, por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incompreensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1.º), el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho, si el sujeto hubiera sido declarado responsable penalmente. Esta idea afloraba ya en el Código Penal de 1973, cuando, al describir las circunstancias eximentes en el art. 8.º del mismo, y en punto a posibilitar su internamiento como medida de seguridad postdelictual, el texto legal expresaba «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito...», lo que significaba que, para la ley penal, el enajenado no había cometido un delito, sino un hecho, que la ley sanciona como delito. Se trata, pues, de una especie de ficción legal, que permite al Tribunal sentenciador la aplicación de una medida de seguridad, al faltar el elemento subjetivo del tipo (imputación subjetiva, o capacidad de culpabilidad). Cierto es que como quiera que el Código Penal de 1973 no precisaba margen temporal alguno de duración de expresada medida, que sería alzada por el Tribunal en vista de la evolución del tratamiento del enfermo mental en un establecimiento adecuado («del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal»), la calificación jurídica del hecho cometido por el sujeto absuelto por la concurrencia de tal eximente completa, no ofrecía mayores problemas en la práctica. No ocurre ahora lo propio, ya que

el art. 101.1 del CP/1995, al permitir igualmente al Tribunal sentenciador en los casos de exención de responsabilidad criminal, conforme al núm. 1.º del art. 20, la aplicación, si fuese necesaria, de la medida de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, dispone que dicho «internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo». De este inciso del precepto, pueden deducirse dos ideas con relación al tema que analizamos: primero, que en el Código en vigor late propiamente la exclusión culpabilística del elemento subjetivo del tipo penal, cuando tal hecho es cometido por un inimputable, como ocurría en la regulación anterior, en el artículo octavo del mismo; y segundo, que para la determinación de la duración temporal de la medida de seguridad, ha de procederse como «si hubiera sido declarado responsable el sujeto». De modo que el juzgador debe realizar una operación jurídica que califique el hecho como delito, absolviéndose, sin embargo, al acusado, por concurrir esa circunstancia eximente que le convierte en inimputable a efectos penales. Y para esa calificación jurídica —se decía en el caso enjuiciado en la Sentencia que transcribimos— no puede prescindirse de meritada agravante, si objetivamente concurre, porque existiría también si el sujeto hubiere sido declarado responsable. De manera que tal concurrencia determina «per se» la cualificación jurídica del encuadre tipológico del hecho como delito de asesinato, y en consecuencia, sirve también para marcar el límite máximo temporal que ha de durar la medida de seguridad.

Aquí ocurre lo propio. Los hechos declarados probados de la sentencia recurrida narran que el acusado el día 11 de marzo de 2007, se incorporó a una autovía en sentido contrario, situación en la que mantuvo su marcha durante aproximadamente 40 kilómetros, lo que produjo que los demás usuarios de la vía, que circulaban correctamente, tuvieran que realizar maniobras evasivas de emergencia, ante el pánico de esta situación, de manera que, primeramente, en el punto kilométrico 194,600, el vehículo X-....-XN ha de saltar la mediana, al perder el control,

colisionando con...-QZY, que circulaba en sentido contrario, y fruto de tan violenta maniobra, resultan muertos ambos conductores (un hombre y una mujer), y se originan lesiones gravísimas las dos ocupantes del primero, además de siniestro total ambos móviles, y apenas 6 kilómetros después, el vehículo YO.... OY colisiona contra la bomba de protección de la vía, a causa de la conducción del turismo del acusado, que seguía por el carril contrario a su marcha, originándose importantes lesiones tanto su conductor, como la ocupante del mismo, produciéndose importantes desperfectos en el vehículo en el que transitaban (por importe de 9.085,17 euros), y resultando dañada la protección de la vía pública en la suma de 290,17 euros.

Es evidente que quien desprecia la vida de los demás, conoce y admite que lo hace, pues no puede despreciarse lo que no se conoce, sea de forma consciente o bien de manera manifiesta.

Resuelto el problema del dolo, que la doctrina ha acuñado bajo la modalidad del dolo eventual, pues no de otro modo puede calificarse la conducta del que conduce un trayecto tan largo (y aún menor, aunque éste no es el caso) en el sentido contrario al sentido de circulación de los vehículos en una autovía, los hechos no pueden calificarse en el tipo delictivo correspondiente a la conducción temeraria, sino en un grado más, esto es, la conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384, en la redacción vigente en el momento de ocurrir tales hechos), que ahora, con mayor precisión, determina la ley como de manifiesto desprecio, en el art. 381 del Código penal. La conducta es la misma (la aludida conducción temeraria), pero se añade un componente de dolo eventual, que está sin embargo ausente en el tipo básico, que la ley califica como culposo. Esto tiene una importancia decisiva en orden a la relación concursal, pues mientras que en la conducción temeraria ordinaria los demás resultados producidos entran en la relación concursal que establecía el anterior art. 383, dejando fuera el art. 384, que por consiguiente seguía la norma general del art. 77 del Código penal, ahora el art. 382 llega al mismo resultado, pero aplicando a todos ellos el concurso de delitos, con su misma solución penológica, sin que proceda ahora discusión al-

guna relacionada con los aludidos concursos, si se trata de normas o delictuales.

Esta Sala Casacional también ha calificado como constitutivo de delito de conducción con consciente desprecio por los demás situaciones como la que ahora juzgamos. Así, en la STS 890/2010, de 8 de octubre, declaramos que «resulta evidente que el acusado generó un peligro concreto muy elevado para la vida y la integridad física de las personas que circulaban con sus vehículos por la autovía, peligro de tal magnitud que entrañaba una probabilidad muy alta de materializarse en un resultado de muerte o de lesiones muy graves para la integridad física de otros conductores y viajeros que se desplazaban correctamente con sus vehículos».

Estos delitos —continúa diciendo dicha resolución judicial— son concebidos en la doctrina como tentativas de homicidio con dolo eventual, al estimarse que el «manifiesto desprecio» supone una objetivación del dolo basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, de tal modo que no se puede alegar que se esperaba o se confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado. Y lo que sucede en el presente caso es que el riesgo típico de la conducción temeraria acabó materializándose en el resultado, de ahí que no quepa acudir a una mera tentativa con dolo eventual, tipificada como delito de peligro concreto en el (antiguo) art. 381.1 del C. Penal, hoy 384, en lo que puede entenderse como una modalidad de tentativa de homicidio atenuada o privilegiada (conducción suicida). Debe acudirse por tanto, una vez producidas las muertes, al tipo doloso de resultado previsto en el art. 138 del C. Penal. Ya que es meridiano que el que actúa con dolo eventual en este tipo de comportamientos, causa uno o varios delitos de homicidio dolosos, o uno o varios de lesiones, si fuera el caso, en la modalidad de dolo indirecto eventual.

La STS 561/2002, de 1 de abril, ya declaró que un detenido análisis pone de relieve que en el consciente [hoy manifiesto] desprecio por la vida de los demás, (...), el tipo subjetivo está constituido por la conciencia y voluntariedad de la infracción de una norma de cuidado relativa al tráfico, a la conducción de un vehículo de motor o a la seguridad vial, pero no por la conciencia

y voluntariedad del resultado que eventualmente puede ocasionar aquella infracción, mientras que en el delito a que ahora nos referimos el dolo abarca no sólo la infracción de la norma de cuidado sino también el eventual resultado. No de otra forma puede ser interpretado el tipo en cuestión. Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que los pone en peligro precisamente porque no los aprecia, *representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual*. Y si, en tal caso, el resultado representado y admitido se produjese, difícilmente se le podría *dejar de imputar* al autor a título de dolo.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 11-4-2001, cuando, después de describir que el allí recurrente en casación transitó por una vía rápida, en sentido contrario al obligatorio, durante un trayecto notablemente superior a 1,5 kilómetros, aumentado incluso su velocidad ante la advertencia de otro conductor sobre la irregularidad de su proceder y mientras se cruzaba con otros vehículos, concluye que no cabe duda que en ese modo de obrar fue patente la concurrencia del «consciente desprecio por la vida de los demás» que requiere el (entonces) art. 384.1 del CP, puesto que el hecho descrito constituye, en términos de experiencia corriente, para cualquiera, un foco de grave peligro actual, dada la previsible entidad lesiva de las consecuencias de un choque o incluso de una maniobra evasiva de emergencia, de probable fácil producción, en tales condiciones.

Por consiguiente, es igualmente de estimar el motivo de la acusación particular, en tanto que el dolo eventual que se deja expuesto, concurrente en la conducta del acusado, conduce inexorablemente a la calificación del delito ocasionado como de consciente desprecio por la vida de los demás, y además, genera su combinación concursal —ideal, en la modalidad de concurso pluriofensivo—, en el caso, con dos delitos de homicidio dolosos y cuatro delitos de lesiones dolosas, ya que una misma acción pro-

duce todos los aludidos resultados delictivos, a castigar conforme a las reglas disciplinadas en el art. 77 del Código penal, o bien, hoy, en el art. 382, que establece idéntica regla penológica. Aplicaremos, pues, el art. 77 (y no el 382) para que no pueda existir atisbo de duda alguna sobre retroacción desfavorable al reo, una vez incardinada su conducta inicial en el art. 384 del Código penal, igualmente vigente en el momento de producirse los hechos.

Y estableceremos la correspondiente regla penológica en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto, por estimación de esta censura casacional.

Quinto.—El motivo cuarto, formalizado por el mismo cauce que el anterior, denuncia la indebida aplicación del art. 383 en su redacción anterior a la reforma operada por LO 15/2007, de 30 de noviembre. Dice el recurrente que lo que hay es un concurso real y no ideal. Ya hemos señalado que una misma acción ha ocasionado todos los aludidos resultados, estando en presencia, en consecuencia, de un concurso ideal pluriofensivo (no medial o instrumental), que a ambas variedades de concurso ideal se refiere el art. 77 del Código penal, en su construcción penológica, lo que ha de producir la desestimación de este reproche casacional, así como la segunda parte del mismo, mucho más sugerente, en donde el autor del recurso plantea que, entre el primer accidente y el segundo, debe existir otro concurso real, penando separadamente los hechos. Pero hemos de convenir que a lo más que podría accederse es a la aplicación de una continuidad delictiva, de dificultosa construcción en tanto se afectan bienes personales, y en todo caso, consideramos que la acción es única, en tanto que todos estos luctuosos sucesos se han producido prácticamente en unidad de acto, dada la progresión del móvil y lo inmediato de la causación de ambos accidentes, en función del corto espacio en el que se producen. Así, en el caso de *varias vidas puestas en peligro*, la STS 1464/2005, de 17 de noviembre, se pronuncia a favor de que el tipo entraña una unidad delictiva en el sentido de que existirá un sólo delito con independencia del número de vidas despreciadas o puestas en peligro. Y la STS

703/2001, de 28 de abril, exige que se imponga una pena única.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Arsenio.

Sexto.—Comenzando por dar respuesta casacional a su segundo motivo, que se formaliza por *error facti*, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso, con invocación de los informes médicos que constan en el desarrollo expositivo del mismo, pretende que se cree una base fáctica diferente para entender que la medida de seguridad más procedente es la sumisión a tratamiento externo ambulatorio en centro médico, prevista en el art. 96.3.11.ª del Código penal, «medida —dice— que es la que resulta de aplicación al caso que nos ocupa». Durante la tramitación de este recurso, se ha tratado de incorporar otro informe que señala que el acusado recibe actualmente, y de forma satisfactoria, tratamiento ambulatorio.

Pero, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo, los documentos esgrimidos no han sido desconocidos por el Tribunal sentenciador, sino todo lo contrario, al afirmar, en el 5.º de sus fundamentos jurídicos, que la opción del tratamiento ambulatorio «era la que parecía convencer en mayor medida a los expertos psiquiatras», pero si la Sala sentenciadora de instancia ha decretado una medida de seguridad con posibilidad de una fase de internamiento que será más o menos prolongada, conforme se haga necesaria, no lo hace desde el prisma de la estricta curación del enfermo, sino desde parámetros de protección social, lo que nos conduce al estudio del primer motivo, formalizado por estricta infracción de ley, que reocrimina a la Audiencia la indebida aplicación del art. 101 y correlativo 96.3.11.ª del Código penal.

A tal efecto, hemos de señalar que la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determina-

dos componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. El legislador penal dice que las medidas de seguridad «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código penal).

Desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, el art. 1.º2 del Código penal dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley». Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino sólo las que se encuentran en los casos previstos en los arts. 101 a 104 del Código penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad. Desde otro punto de vista, los presupuestos son también dos, uno, la comisión de un hecho delictivo por una persona; dos, la peligrosidad, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el futuro.

Y es que las medidas de seguridad se «fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 CP). Esa prognosis, se fundamenta, a su vez: a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.ª del Código penal cuando dice que es preciso para que el juez o tribunal aplique una medida de seguridad «... que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». b) Necesidad de la

aplicación de tales medidas: El juez o tribunal la aplicará «previos los informes que estime convenientes» (art. 95, CP) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, «si fuere necesario».

Según se especifica en la STS 603/2009, de 11 de junio, son requisitos ineludibles para la imposición de la medida: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1.º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

Como dice la STS 890/2010, de 8 de octubre, a la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Y, de otra parte, tal como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1.º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nue-

vos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2.º del C. Penal.

En cuanto a los fines y función de la medida a adoptar, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de rehabilitación social que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Y se protege también con la medida a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos en el futuro.

Ratificamos así el criterio de la sentencia recurrida, en tanto que afirma que las medidas de seguridad tienden a proteger a la sociedad, ante la posibilidad de que el sujeto pueda volver a cometer este tipo de acciones, con la reactivación de un brote de esquizofrenia, algo que no es imposible, como pusieron de manifiesto las pericias médicas que citan los jueces *a quibus*, todo ello bajo la supervisión que se establece en el art. 97 del Código penal, pues durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido, alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada; o d) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Véase a este respecto, nuestra STS 47/2004, de 23 de enero.

Así, pues, con esta salvedad, que resulta del texto de la ley, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 1005/2010, Sala Segunda del TS, de 11 de noviembre

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Prueba ilícita. Conexión de antijuridicidad**

Artículos: **11 Ley Orgánica del Poder Judicial y 579 LECrim**

Doctrina general sobre los requisitos que debe cumplir el auto acordando una intervención telefónica, cuya inobservancia en el caso de autos conduce a declarar la nulidad de la diligencia, proyectándose la ilicitud sobre el resto de las pruebas practicadas al mediar entre ellas conexión de antijuridicidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas —en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos—, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; y 197/2009).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un *príus* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3; 165/2005, FJ 4; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, «sospechas fundadas» en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser *accesibles a terceros*, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar *una base real* de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin

que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las *investigaciones meramente prospectivas*, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las *hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas*, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010; y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000; 167/2002; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma (STC 138/2001, y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997; 166/1999;

171/1999; 126/2000; 299/2000; 138/2001; 202/2001; 184/2003; 261/2005; 136/2006; 197/2009; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este Tribunal de Casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2; 610/2007, de 28-5; 104/2008, de 4-2; 304/2008, de 5-6; 406/2008, de 18-6; 712/2008, de 4-11; 778/2008, de 18-11; 5/2009, de 8-1; y 737/2009, de 6-7) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida —señalan las sentencias citadas de este Tribunal— debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio, y, obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor por parte de la Policía. Tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida. En definitiva,

en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las «buenas razones» o «fuertes presunciones» a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi —5 de junio de 1997—, o Klass —6 de septiembre de 1998—. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim.

3. La aplicación de los criterios precedentes al caso concreto que ahora se enjuicia determina la nulidad del auto en que se acuerda la intervención telefónica con respecto a todos los acusados al vulnerarse el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pues, tal como se razonará, los indicios de que se valió el juez instructor para adoptar la medida cercenadora del derecho fundamental carecían de una base cierta y consistente que pudiera legitimar la medida.

En efecto, en el oficio policial que abre el proceso (folios 1 a 3 de la causa) se solicita la intervención del móvil que, según la policía, utiliza Aquilino y de otros tres móviles con los que comunica el implicado o sospechoso, al que identifican con sus señas personales.

Se habla de que se ha detectado en la ciudad de Valladolid por parte de la Brigada Central de Estupefacientes una red a nivel local que estaría comercializando una importante cantidad de cocaína.

(...)

Pues bien, en el oficio policial no se describe ni concreta ningún seguimiento de los que se dice que realizaron al sospechoso, Aquilino. No se explican tampoco las razones que lo hacen sospechoso, puesto que sus antecedentes penales se refieren únicamente a delitos contra la propiedad y contra las personas y no se concreta movimiento alguno que constate una posible actividad de tráfico de sustancias estupefacientes. El único dato que se aporta es que se le ha visto por las inmediaciones del barrio de «Los Pajarillos» acompañado de personas de etnia gitana. No se dice cuáles eran las medidas de seguridad o de autoprotección que pudiera adoptar, ni tampoco en qué fechas y en qué ocasiones fue controlado ni por qué razones.

Y otro tanto puede argumentarse de sus contactos con el clan de «Flequi», que se dedicaría al tráfico de drogas. La opacidad en el ofi-

cio policial es total: ni se aportan los datos que concretan esos contactos, ni quiénes componían ese clan y dónde actuaba, ni la información policial que tuvieran con respecto al mismo. Por tanto, nada se dice de ese clan ni de su implicación en el caso concreto.

La omisión de toda esa clase de datos objetivos evidencia que nos hallamos ante el prototipo de lo que se conoce como investigación prospectiva, toda vez que no se aportan elementos fácticos que permitan configurar una base real objetivable que dé visos de certeza a una hipótesis fundada que sea por tanto subsumible en el concepto de «sospecha vehemente». Se trataba pues de meras conjeturas, sin que se reseñen datos concisos e individualizados que den pie para elaborar algún indicio objetivable que permita hablar de «sospechas fundadas» en una base empírica mínimamente consistente y real, o de lo que se entiende por el TEDH como «buenas razones o fuertes presunciones» de que las infracciones están a punto de cometerse.

(...)

Ello significa que el instructor no debió autorizar la intervención telefónica *ab initio*, y mucho menos ya cuando después comprobó que los datos nucleares aportados por la policía ni siquiera eran ciertos. La denegación judicial de la intervención telefónica habría evitado el coste procesal de la tramitación de una causa viciada por una infracción de norma constitucional en su origen. Y la Audiencia tampoco debió avalar en sentencia una medida que no se ajusta a los parámetros que marca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

(...)

Segundo.—1. También constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una

ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo», debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984, 81/1998, 69/2001, 28/2002, y 66/2009). Y así ha venido a corroborarlo en su momento la dicción normativa del art. 11.1 LOPJ.

Dicha prohibición afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones. Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo; 184/2003, de 23 de octubre; y 165/2005, de 20 de junio).

La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no

una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas (SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 171/1999, 136/2000, 28/2002, 167/2002, 261/2005, y 66/2009).

La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad) (SSTC 22/2003 y 66/2009).

A su vez, para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad se estableció en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la *índole y características de la vulneración* del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (*qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma*), así como al *resultado inmediato* de la infracción (*el conocimiento adquirido* a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las *necesidades esenciales de tutela* que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005, FJ 7; y 66/2009, FJ 4).

El TC ha matizado también que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre

una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios, limitándose el control del TC a la comprobación de la razonabilidad del mismo (81/1998, 259/2005 y 66/2009).

2. La ponderación y el análisis de las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto sometido a recurso permiten establecer que la condena de los acusados se ha sustentado sobre pruebas ilícitas, vulnerándose por tanto el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

En efecto, en la sentencia impugnada se acogen fundamentalmente como elementos probatorios de convicción para fundamentar la condena de los acusados: las escuchas telefónicas, las diligencias de entrada y registro, y las declaraciones de los funcionarios policiales que intervinieron en unas y otras.

Pues bien, toda la investigación practicada y las fuentes de prueba que se obtuvieron en la misma proceden de la inicial intervención telefónica que ha sido declarada nula. Es patente que la nulidad del auto que autorizaba las escuchas genera de forma insoslayable la nulidad de los documentos en que aparecen grabadas las conversaciones ilegítimamente oídas. Ello significa que no tiene validez, por ser ilícita la grabación, la audición de las cintas en la vista oral del juicio, careciendo así de toda eficacia probatoria.

(...)

No cabe duda, pues, de que las diligencias de entrada y registro y las piezas de convicción que en ellas fueron obtenidas también son diligencias probatorias que derivan causal o naturalísticamente de las intervenciones telefónicas que fueron ilícitamente practicadas. Por lo tanto, siendo éstas nulas, el registro domiciliario queda huérfano de una razón causal objetiva que lo legitime, de modo que puede afirmarse que si las conversaciones telefónicas no se hubieran practicado los registros domiciliarios no se habrían diligenciado, pues el resultado de las vigilancias policiales tampoco se habría acreditado. Carecen, en consecuencia, de toda eficacia los registros practicados en los domicilios de los acusados.

Y otro tanto debe decirse de las declaraciones testificales de los funcionarios de policía que depusieron en el plenario, toda vez que declararon sobre hechos que descubrieron merced a las intervenciones telefónicas previas, de donde surgen de forma encadenada todas las fuentes de prueba que acabaron operando en el plenario como medios de prueba y como elementos de convicción en la sentencia.

De otra parte, tampoco cabe en este caso acudir para sanear la diligencia de registro a la denominada *conexión-desconexión de antijuridicidad*, categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal Constitucional ha extrapolado al derecho procesal penal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11 de la LOPJ. Para ello ha operado con parámetros hermenéuticos sustancialmente contrarios a los que la Jurisdicción Constitucional ha utilizado para la interpretación del instituto de la prescripción en sus sentencias 63/2005 y 29/2008, en las que ha primado el tenor literal de la norma (art. 132.2 del C. Penal) y su sentido gramatical sobre otros que pudieran extender su interpretación en perjuicio del reo. Criterio que desde luego no se sigue con respecto al tema de la prueba ilícita, en el que se injertan en el art. 11 de la LOPJ categorías de la dogmática penal para, sobre la base de normativizar mediante

conceptos notablemente imprecisos e indeterminados la relación de causalidad que describe el precepto (excluye la eficacia de las pruebas obtenidas, «directa o indirectamente», violentando los derechos o libertades fundamentales), acabar desvirtuando en gran medida el claro tenor literal de la norma aplicable.

En el presente caso no puede, sin embargo, solventarse la ilicitud de las intervenciones telefónicas y de las pruebas directamente derivadas de las mismas (testificales y periciales) acudiendo al argumento de la desconexión de la antijuridicidad. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional viene advirtiendo en la jurisprudencia anteriormente reseñada que la desconexión de la antijuridicidad de las diligencias viciadas de ilicitud en origen con respecto a las pruebas derivadas ha de ser acogida de forma excepcional. De modo que la norma general será la transmisión de la ilicitud de las intervenciones telefónicas a las pruebas derivadas de las mismas, y sólo excepcionalmente se desvincularán jurídicamente unas pruebas de otras y se afirmará la legitimidad de las segundas.

Y en segundo lugar, porque los acusados se negaron a declarar en la vista oral del juicio a las preguntas del Ministerio Fiscal, de modo que ninguno de ellos saneó con su declaración lo que en origen era ilícito y nulo de pleno derecho.

Sentencia 1099/2010, Sala Segunda del TS, de 21 de noviembre

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Eximentes. Legítima defensa**

Artículos: **20.4.º Código Penal**

En un supuesto de tentativa de homicidio del varón por su compañera maltratada, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, que apreció legítima defensa incompleta, eximiendo de responsabilidad penal por la concurrencia de dicha causa de justificación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—De los motivos formalizados por la recurrente, el invocado como primero y segun-

do conjuntamente, con anclaje constitucional en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en realidad, no es más que un anticipo meramente simbólico de lo que es el alcance de

la verdadera queja casacional, que se aloja en su tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en donde denuncia la indebida aplicación de la circunstancia cuarta del art. 20 del Código penal, esto es, la eximente de legítima defensa, que debe ser apreciada en tesis del autor del recurso como completa exención de la responsabilidad criminal.

Para ello, y con pleno respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, se comprueba la secuencia fáctica ocurrida el día de autos, que arranca con una discusión verbal entre la pareja, la cual tiene lugar en su propio dormitorio —en la vivienda que comparten con otras personas—, llegando en el transcurso de tal discusión el varón a golpear a la mujer, propinándole puñetazos; y a la vista de tal agresión, sin duda ilegítima, Zaira huye de la habitación «con la idea de la salir de la casa para llamar a la policía», siendo perseguida por Lucas quien logra darle alcance en la cocina, lugar de paso necesario hasta la salida a la calle, sujetándole por el pelo, mientras el varón continúa propinándole «puñetazos en la cara, ojos y nariz», «al punto —se dice en la fundamentación jurídica, con valor fáctico— de romperle los huesos propios de la nariz y afectar a los orbitales de ambos ojos», y sin que hasta ese momento se haya acreditado que ella «hubiera puesto manos sobre» él. De tal modo, continúa la narración que aparece inserta en tal razonamiento judicial, que «se estaba poniendo en serio peligro la integridad física de la mujer», como consecuencia de una «cascada de puñetazos en el rostro». Ante tal «*serio peligro*» sobre su integridad física, toma del fregadero de la cocina, que se encuentra a su alcance, un cuchillo, y con él, asesta una puñalada a Lucas «para zafarse de los golpes que estaba recibiendo» (aserto extraído del *factum*), y sin desconocer que podía matarlo, «se lo clavó [el cuchillo] en el pecho a la altura del corazón», originándose las lesiones descritas que hubieran podido terminar con la vida de aquél, si no hubiera sido por la asistencia hospitalaria recibida de inmediato, precisamente como consecuencia de la llamada de Zaira, que lo hizo inmediatamente a

la policía para que fuera requerida de inmediato una ambulancia, como así sucedió.

La Sala sentenciadora de instancia niega la concurrencia de la eximente de legítima defensa completa en tanto que considera desproporcionado el medio defensivo utilizado, pues se razona que «la desproporción en el medio empleado es evidente al utilizar un cuchillo contra puñetazos».

Las razones para llegar a esta solución jurídica se muestran en un triple sentido: a) pudo haber pedido auxilio «a los moradores de la vivienda»; b) pudo «optar por repeler la agresión a base de puñetazos de que estaba siendo objeto con una respuesta defensiva empleando cualquier objeto contundente que hallare en la cocina»; y c) «de no hallar allí más que el cuchillo, pudo haberlo empleado en cualquier zona no vital del cuerpo de su agresor».

Aun cuando comprendemos las razones que los jueces *a quibus* han esgrimido y que lo han hecho con suma prudencia para evitar la exoneración criminal en casos como el de autos, y que, en definitiva, con la acumulación de circunstancias atenuantes apreciadas han llegado a una respuesta simbólica del derecho penal, pero a una respuesta en definitiva, hemos, sin embargo, de estimar el motivo y aplicar, igualmente con absoluta prudencia, la exención de responsabilidad penal por concurrencia de la circunstancia eximente de legítima defensa completa.

Y es que, contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación. En la determinación de la racionalidad defensiva, priman módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico protegido que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado sobre circunstancias de mayor o menor desvalimiento de la víctima, y en general, sus posibilidades personales, e incluso su perturbación anímica suscitada por la

meritada agresión ilegítima, lo que impide en la práctica escoger medios con la serenidad que pudiera ser en otro supuesto exigible, ante la inminencia de la agresión y de la necesidad de defenderse, que se revela como actual y de rápida actuación, para proteger la propia vida o integridad personal.

Con otras palabras: ha de encontrarse el exacto punto de inflexión para interpretar la racionalidad de los medios con que defenderse, lo que exige la elaboración de un juicio de valor que ha de adaptarse necesariamente a las variables del caso, pero poniendo el acento en su inmediatez, nublación de juicio por la injusta agresión recibida, medios a su alcance, y contundencia del riesgo inminente que le puede deparar su dejación en la defensa. Y desde luego no puede juzgarse necesaria ni exigible una absoluta igualdad de medios, ante la inminencia de la defensa, por el valor superior de la vida que se encuentra en juego.

En el caso enjuiciado, la primera reacción defensiva de la víctima de los ataques que le propiciaba su compañero sentimental es marcharse inmediatamente de ese lugar —el aludido dormitorio en donde sucedían los hechos—, con intención de avisar a la policía. Hasta ahí, nada más se puede exigir a Zaira. Cuando sale del dormitorio con dirección a la puerta de la casa, y ha de pasar necesariamente por la cocina, es interceptada por el agresor, el cual la agarra por el pelo para detenerla, de forma que la injusta agresión continúa en tal dependencia, sin que este dato espacial lo haya buscado de propósito la que se encuentra siendo brutal-

mente golpeada. Y a partir de ahí, la contundencia de la agresión es de tal envergadura, que la «cascada de puñetazos» (en el rostro de la víctima), llega a producirle la *rotura de los huesos de la nariz*, lo que supone que «se estaba poniendo en *serio peligro* la integridad física de la mujer»; ante tal «serio peligro», naturalmente sobre su integridad física, toma del fregadero de la cocina, que se encuentra a su alcance, un cuchillo, y con él, asesta una puñalada a Lucas «para zafarse de los golpes que estaba recibiendo» y «se lo clavó en el pecho a la altura del corazón». Así, pues, ni pudo avisar a los moradores de la vivienda, los cuales sin embargo escucharon los gritos y los golpes, porque lo primero que quiso hacer fue avisar precisamente a la policía. Y cuando se le impide violentamente la salida a la calle, es objeto de una cascada de puñetazos en la cara que ponen en serio peligro su vida y reacciona tomando para defenderse lo que se encuentra a su mano, un cuchillo, y con tal instrumento realiza una actividad defensiva, clavándose a su agresor a la altura del pecho, sin que podamos exigir a la víctima que calcule racionalmente el lugar que ha de juzgarse menos lesivo, como los brazos o las piernas, porque tal situación anímica, de terror y pánico, impide que puedan tomarse serenamente decisiones que no son posibles cuando la tragedia acecha sobre el espíritu de quien se defiende, precisamente ante situaciones que hacen temer razonablemente por la vida o integridad física del acometido.

Por las razones expuestas, estimaremos el motivo, y absolveremos a la acusada en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto.

Sentencia 1023/2010, Sala Segunda del TS, de 23 de noviembre

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Legítima defensa**

Artículos: **20.4.º Código Penal**

Al igual que en la sentencia de 21 de noviembre de 2011, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, el Tribunal Supremo admite como completa la eximente de legítima defensa que la Sala de instancia sólo apreció de manera incompleta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—De los dos motivos de casación que formula el acusado contra la sentencia mentada, analizaremos en primer lugar el segundo de ellos y de éste, la impugnación por infracción de ley del art. 849.1.º L.E.Cr. por incorrecta inaplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa.

El Tribunal sentenciador explica la limitada aplicación de ésta, como eximente incompleta por lo que entiende «que lo que ocurre es una falta de proporcionalidad o racionalidad, por tanto afectante al medio, y por ello el acusado Isaac que forcejea con la víctima para desarmarla, se defiende, pero se excede en la defensa, con el puñetazo que le tira por la barandilla, SSTS 10 de octubre de 1988, 5 de abril de 1995, y por tanto se estima aplicable el art. 21.1.º del C. Penal, lo que conlleva la desestimación de la eximente completa».

Este razonamiento no puede ser respaldado por esta Sala de casación.

Tanto la doctrina jurisprudencial como la científica son contestes en considerar que la «acción de defensa» no está prohibida, o sea que es un derecho, surgiendo las divergencias únicamente cuando se trata de precisar qué tipo o clase de derecho es, concibiéndose en ocasiones y por unos como un derecho material, otros lo consideran como un derecho subjetivo y otros como un derecho público, sin que falten quienes prefieran estimarlo como una facultad o incluso otros como un deber; 2.º) si la acción de defensa, dando un paso más y como se deduce de lo dicho, es conforme a derecho, en modo alguno puede ser contraria al artículo 15 de la Carta Magna que, entre otros, consagra el derecho a la vida, la circunstancia 4.ª del artículo 20 del Código Penal que no hace sino reconocer que aquella acción no es antijurídica y que, por ello, es una causa de exclusión del injusto, o sea, una causa de justificación y 3.º) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE número 243, de

10 de octubre de 1979), a tener en cuenta en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, según explicita el artículo 10.2 de la Norma Suprema, en el inciso 1.º de su artículo 2 proclama que «el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley...» y en el 2.º expresamente dice que «la muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario». De la lectura de la narración descriptiva fluye diáfamanamente la concurrencia en la conducta del procesado de los tres requisitos exigidos normativamente para la apreciación en su favor de la causa justificante por legítima defensa y que el juzgador *a quo* correcta y pormenorizadamente menciona, refiriéndose así: 1.º) a la agresión objetiva, procedente de actos humanos, ilegítima, actual e inminente; 2.º) acción defensiva, de la que infiera el ánimo pertinente y concordante con dicha idea y la necesidad racional del medio empleado, al no poder recurrir a otros medios lesivos, y 3.º) falta de provocación evidente.

Como ya señalábamos en otros precedentes jurisprudenciales (por todas, la STS de 12 de mayo de 2004) la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia en determinados casos de un *animus defendendi* que, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), que en algunos casos concurre en la acción defensiva desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de

suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Partiendo de esta base, debemos ahora examinar el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la ilegítima agresión que, según la doctrina jurisprudencial de esta Sala, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*.

En este sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 1999, al destacar que el art. 20.4 C.P. no habla de proporcionalidad de la defensa o del medio empleado, advirtiendo que la palabra «proporcionalidad» no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada

(racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad. Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). Y, así, se reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva *ex ante*. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto e ilícito proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues —cual ha resaltado la jurisprudencia— dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir friamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (véase STS de 14 de marzo de 1997 y las que en ella se citan).

Tercero.—Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, y siempre desde el más absoluto respeto y acatamiento a los Hechos Probadados, el motivo debe ser estimado. En efecto, el relato histórico describe cómo en la tarde del día 29 de marzo de 2008, el acusado Isaac, mayor de edad, sin antecedentes penales y Miguel sostuvieron diversas conversaciones telefónicas, al parecer, por cuestiones relacionadas con una deuda, y por eso Miguel, que sabía que Isaac estaba en la casa de Jose Ángel, se dirigió a ésta portando en la mano un cuchillo de unos 33 centímetros de largo y con una hoja de 10 cms acabada en punta, dirigiéndose hacia el hoy acusado, estando ambos alterados por sus rencillas, esgrimiendo el cuchillo. El acusado intentó arrebatarle el cuchillo originándose un forcejeo entre ambos y en el intento de desarmar al agresor Isaac propinó un puñetazo en el rostro a su oponente estando ambos contendientes al lado de la barandilla de la terraza donde se produjeron estos hechos, cayendo Miguel por encima de la barandilla desde una altura de 3,5 metros golpeándose contra la acera y resultando con las lesiones que se describen en el *factum*.

Ante este escenario fáctico debemos sentar ya las siguientes conclusiones: concurre el requisito de la agresión ilegítima, que abarca tanto cuando ésta se ha materializado físicamente, como cuando se trata de la amenaza real, inminente e injusta de un mal grave e inmediato; también concurre paladinamente la falta de provocación suficiente de quien sufre la agresión. Y en lo que se refiere a la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla, el relato de los hechos evidencia

que no se da ni remotamente el llamado «exceso extensivo o impropio» que tiene lugar cuando falta ostensiblemente la *necitas defensionis* y que impide la apreciación de la eximente, tanto completa como incompleta. Pero tampoco aparece ni por asomo la falta de proporcionalidad o de racionalidad de los medios empleados que nos situaría en su caso ante un «exceso intensivo o propio» que daría lugar a excluir la eximente completa y aprecia la incompleta. No cabe hablar de falta de proporcionalidad en los medios cuando el agredido se encuentra atacado por su oponente que empuña un cuchillo de grandes dimensiones y se enfrenta a aquél con las manos desnudas como único medio de evitar ser acuchillado, propinando al atacante un puñetazo con la finalidad de desarmarlo y de impedir la culminación de su propósito.

Tan clara es la situación que incluso el Ministerio Fiscal aunque impugne el motivo, admite expresamente que haya que reconocer que, aunque el acusado pudiera haberse excedido en su defensa, dado el estado de perturbación en que se encontraba ante la presencia de Miguel que empuñaba el cuchillo de las características que se describen, era difícil que pudiera medir con frialdad mental la intensidad del golpe que propinó a la víctima y que provocó su caída por encima de la barandilla y su precipitación al vacío con caída al suelo de la acera de la vivienda.

El motivo debe ser estimado, casándose y anulándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que se disponga la absolución del acusado por la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa del art. 20.4 CP.

Sentencia 949/2010, Sala Segunda del TS, de 1 de octubre

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Resumen: **Recurso de revisión**

Artículos: 954.3.º y 4.º LECrim

Se desestima el recurso de revisión interpuesto por el condenado por un delito continuado de abuso sexual pese a que la principal testigo de cargo —la víctima— se retracte de sus imputaciones iniciales. Por su interés se reproduce, asimismo, el voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El recurso de revisión es un recurso excepcional (v. SSTs de 25 de junio de 1984, 18 de octubre de 1985 y de 30 de mayo de 1987, entre otras muchas posteriores), al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y atentar por ello al principio de cosa juzgada, e implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación (v. SSTs de 30 de noviembre de 1981 y de 11 de junio de 1987, entre otras). Supone, en definitiva, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada y persigue fundamentalmente mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica (v. STC de 18 de diciembre de 1984). Por todo ello, solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim.

En el caso sometido a nuestra consideración, aunque se ha interpuesto el recurso por el cauce previsto en el art. 954.4.º, esto es, «cuando después de la Sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado», es lo cierto que se intentó por el número 3.º, que era el procedente, es decir, «cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal». En efecto, aquí la base de la revisión no se encuentra en la aparición de nuevos elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado, sino en la retractación de la principal testigo de cargo, que era la menor que había sido objeto de los abusos sexuales, declarando —según admite— falsamente, en tanto que acusó a su padrastro de tales acciones, lo que mantuvo en el acto del juicio oral, celebrado en el mes de septiembre de 2002. Ocurre, sin embargo, que seis años después, en noviembre de 2008, se conoce el Informe al que anteriormente hemos hecho referencia, y la defensa del condenado solicita a la Audiencia Provincial de Barcelona,

que se inicien acciones penales frente a Adoración como consecuencia del falso testimonio prestado, con objeto de obtener sentencia firme de condena que abra la puerta al recurso de revisión por el cauce que autoriza el número 3.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero sucede igualmente que citada Audiencia (Sección Décima) dictó Auto el día 21 de abril de 2009, no accediendo a tal petición que consistía en depurar la responsabilidad penal de la menor en la fecha en que se celebró el juicio oral, el día 24 de octubre de 2002, por cuanto, de conformidad con el art. 131.1 del Código penal, tal delito tendría un plazo de prescripción de tres años, o incluso de cinco de ser aplicable la pena superior en grado, y en cualquier caso tal acción penal estaría ya prescrita.

De ahí que, en supuestos excepcionales como éstos, siempre que concurren rigurosamente todos los elementos probatorios que acrediten inequívocamente la inocencia del condenado, podría abrirse la posibilidad de ejercitar este recurso extraordinario por la vía del número 4.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomando la falsedad de la declaración inculpatoria, que podría así valorarse como *un hecho nuevo*, interpretando el precepto a favor del reo.

Quinto.—A pesar de las características especiales del supuesto planteado ante nosotros, es lo cierto que no concurre el dato de la evidencia probatoria que demuestre inequívocamente la inocencia del condenado. La prueba que es ahora propuesta como causa de la revisión, particularmente el Informe dictaminado por el centro EXIL, y la declaración exculpatoria de Adoración, retractándose en sus anteriores inculpaciones, no tiene estas características de inequívoca evidencia. Y ello porque la declaración que presta la víctima en el curso de este proceso rescidente, adolece de una gran imprecisión, sin ofrecer detalles respecto del lugar, momento y forma en que su hermano Charles abusó de ella, (...)

Por otro lado, tanto la versión narrada cuando era menor de edad, como ésta de ahora, han

contado con refuerzos ofrecidos por dictámenes científicos que las han considerado verosímiles, por lo que esta nueva versión no cuenta con ningún elemento más que la anterior para ser tenida por verdadera, y claro es que, como dijimos en ATS de 8 de febrero de 2000, en un Estado Social y Democrático de Derecho el valor seguridad jurídica no puede prevalecer sobre el valor justicia determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia «a posteriori» como injusta, pero esta convicción no puede tampoco determinar *un permanente cuestionamiento de las sentencias firmes*, utilizando el cauce de la revisión para obtener una *tercera instancia* que valore de nuevo la prueba practicada en el juicio o la contraste con otra prueba que aporte con posterioridad el interesado, a no ser que ésta —como expresamente exige el número 4 del art. 954 de la LECrim— sea «de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado». Y lo que desde luego no bastan son meras conjeturas o sospechas sobre los hechos que acrediten la inocencia del condenado, sino una completa prueba (STS 475/2003, de 4 de abril).

De manera que el recurso de revisión, basado en una nueva versión exculpatoria de la víctima, que tiene puntos de inconsistencia narrativa, junto al dato de que no se ha declarado la falsedad de su testimonio mediante sentencia firme condenatoria, como exige el número 3.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede prosperar.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA DICTADA
EN EL RECURSO DE REVISIÓN NÚMERO 20430/09

Con todo respeto a la decisión tomada por la mayoría de esta Sala, he de disentir de sus razonamientos jurídicos y particularmente del fallo dictado en el recurso de revisión de referencia, con arreglo a los siguientes argumentos:

Comparto el criterio acerca del cual en el caso de que la acción penal para declarar la falsedad de un testimonio prestado en un juicio oral cuando aquélla esté prescrita, puede recon-

ducirse por la vía del número 4.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para dejar a salvo el valor constitucional de Justicia, en contra de la seguridad jurídica formal que exige el principio de la santidad de la cosa juzgada, cuando aparece con toda evidencia que el testimonio por el que se condenó al recurrente en revisión constituye un espurio ejercicio de mendacidad. Claro es que podría llevarse a cabo una completa instrucción sumarial y el dictado de una resolución judicial que, tras un relato fáctico que así lo afirmase, declarase a continuación la prescripción de la acción; pero ni tal proceder es posible en la mayoría de las ocasiones por ser la vigencia de la acción de persecución el primer presupuesto del proceso penal, ni tampoco quedarían formalmente satisfechas las prescripciones del número 3.º del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que al fin y al cabo, exige el dictado de una sentencia firme condenatoria y no un auto de las características indicadas.

Dicho lo cual, en el caso que nos ocupa, tenemos a un condenado en prisión cumpliendo condena, cuyo principal testigo de cargo resulta ahora que se retracta de sus imputaciones iniciales, relata que está sufriendo un proceso de ansiedad con manifestaciones depresivas y trastornos de sueño, y que dentro de ese cuadro, ha logrado reconstruir su historia de abusos sexuales en su infancia y adolescencia, pudiendo poco a poco recordar las circunstancias que le condujeron a señalar como autor de esos abusos al fue pareja de su madre, que es a la vez el padre de su hermano menor, y tomando en consideración a su conciencia, reconoce que esta acusación era falsa, y que fue objeto de una manipulación por parte de su madre, que le indujo a acusar a quien era su marido, y precisamente en trance de separación matrimonial. Y además, que ha solicitado ayuda a profesionales «para hacer llegar esta información a las autoridades competentes», en el Centro que le presta apoyo psicológico, aportándose un completo Informe pericial suscrito por profesionales psicológicos y especialistas en psiquiatría, que refuerzan su credibilidad y le confieren completa veracidad, de manera que sostienen ésta ante los Tribunales de Justicia, en el curso de este procedimiento extraordinario de revisión.

Ante ello, y tomando en consideración lo que esta Sala Casacional expresara en la sentencia firme que se pretende revisar, en el sentido de que «la prueba directa lo constituyen las declaraciones evacuadas por la menor que constituyen el objeto esencial de valoración del Tribunal, constituyendo las demás probanzas psicológicas meros refuerzos probatorios secundarios», no podemos por menos que disentir del parecer de la mayoría en cuanto desestima, sin mayor indagación, la pretensión revisora que se presenta ciertamente con visos de absoluta credibilidad, al tratarse de una persona mayor de edad, alejada ya de la denunciada influencia «manipuladora» de su madre, en un contexto social y familiar muy diferente al que se producía cuando los hechos enjuiciados tuvieron lugar, con la imparcialidad de la distancia temporal y de una mayor madurez de juicio que a sus 16 años, asistida de profesionales que le ponen de manifiesto la gravedad de tales revelaciones, que ahora formula, y que mantiene tanto ante ellos como ante nosotros la falsedad de sus afirmaciones anteriores, tomando conciencia de que por su imputación se encuentra una persona cumpliendo pena en la cárcel, persona que —dicho sea de paso— no es su padre biológico, sino el marido de su madre, aunque padre de su hermano menor, pero con el que no la unen lazos de sangre, y por consiguiente, con quien no tiene deuda alguna para decir algo que pueda redundar en su beneficio, diríamos más, al contrario, con estas declaraciones pone en evidencia la injusticia de los años sufridos en prisión. Describe que fue en efecto agredida sexualmente, pero indica que no lo fue por parte del ahora recurrente en revisión, sino de un hermano mayor, explica además que el ambiente familiar era extremadamente sexualizado, entre otras razones porque su madre ejercía abiertamente la prostitución y no tenía ningún pudor con sus hijos. La veracidad de los abusos pudo conducir, razonan los profesionales que le atienden, a comprender y explicar esas declaraciones de los policías que acudieron al juicio oral y que relataron que a su juicio la niña estaba diciendo la verdad. Y explicaría igualmente también que los profesionales que dictaminaron las condiciones de credibilidad y no fabulación de la menor, una vez sometida a

estudio psicológico, pudieran haber detectado cualquier irregularidad, en tanto que los abusos eran reales pero no el componente atinente a su autoría.

Lo que antecede resulta de las propias manifestaciones de Adoración, y del completo Informe del EXIL, a cuyos pormenores nos remitimos, y que ciertamente no es un Informe «de parte».

Todas estas connotaciones fácticas de este peculiar asunto, exigirían, a mi juicio, una mayor indagación para descubrir la realidad de lo verdaderamente sucedido, sometiendo a Adoración a un nuevo dictamen en donde, con profesionales distintos, se lograse contrastar si tales revelaciones son ciertas y verosímiles, ya que se muestran en su versión como incondicionales, y en su declaración ante nosotros, sin reserva alguna, lineales y contundentes. De igual modo, ha de tomarse declaración al hermano mayor, ahora imputado real de los abusos, y a su madre, por si puede aportar detalles sobre la razón de su incomparecencia al juicio oral y su versión acerca de tales extraordinarias revelaciones de su hija, junto a los demás aspectos probatorios que se juzgaran de interés, una vez practicadas estas diligencias.

Se funda esta posibilidad en el contenido del art. 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que si bien referido a la fase de admisión, puede ser aplicado analógicamente en esta fase de decisión, por existir identidad de razón. Dicho precepto establece que antes de dictar la resolución, la Sala podrá ordenar, si lo entiende oportuno y dadas las *dudas razonables* que suscite el caso, la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a cuyo efecto podrá solicitar la cooperación judicial necesaria. Y del propio modo, el número 3.º del art. 954 de dicha Ley, permite, a estos mismos fines, practicar todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquéllas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.

Esta es la razón de mi discrepancia.

Sentencia 778/2010, Sala Segunda del TS, de 1 de diciembre

Ponente: **Enrique Bacigalupo Zapater**

Resumen: **Quebrantamiento de medida cautelar**

Artículos: **468.2 Código Penal, 64.5 Ley Orgánica 1/2004, 166 y 180 LECrim, 478 Ley Orgánica del Poder Judicial y 149 Ley de Enjuiciamiento Civil**

Se estima el recurso del Fiscal y se condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar considerando suficiente y correctamente practicada la notificación personal por agentes de policía de la orden de alejamiento pese a que no se efectuó el apercibimiento de las consecuencias de su incumplimiento. Por su interés se reproduce, también, el voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El único motivo del recurso del Fiscal impugna la absolución del acusado por el delito del art. 468.2 CP. Considera el Fiscal que «la notificación personal efectuada por el agente de la Policía Local de Santpedor se practicó en forma, produciendo todos sus efectos y, en segundo lugar, que el procesado conocía plenamente el contenido y alcance de la medida, sin que el delito de quebrantamiento de condena [quiere decir de medida cautelar] exija el requerimiento previo» (p. 6 del escrito del recurso).

El recurso debe ser estimado.

1. La Audiencia ha sostenido que la notificación realizada por la Policía Local «no supuso que el acusado conociera el alcance de la medida, ni las consecuencias de su incumplimiento (a pesar del contenido de la parte dispositiva al no acreditarse que se le hubiera leído la resolución), ni el tiempo de vigencia de tales medidas, porque siempre teniendo en cuenta que la policía local carecía de la fe pública, el referido agente dijo en el juicio que le explicó lo que era el alejamiento, pero no dijo que le requiriera para el cumplimiento a partir de la fecha de entrega, ni que le hiciera las advertencias legales relativas a las consecuencias del incumplimiento de las medidas» (p. 13 de la sentencia recurrida). Asimismo sostiene que en esas circunstancias sólo cabe concluir que «no concurrió el elemento subjetivo imprescindible para la configuración

del tipo penal, por lo que procede absolver al acusado del delito de quebrantamiento de medida cautelar» (p. 14 de la sentencia recurrida).

(...)

3. El razonamiento en el que la Audiencia basa su decisión respecto del delito del art. 468.2 CP es claramente defectuoso. En efecto, de los defectos formales en los que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho, según su propia declaración, tuvo el acusado, de que una autoridad le entregó una resolución judicial explicándole que no debía acercarse a la víctima y de que esa resolución le imponía el alejamiento respecto de la víctima. Tales defectos no excluyen el tipo subjetivo.

(...)

4. Tampoco es acertada la decisión del Tribunal *a quo* cuando deduce de la carencia de fe pública del agente de la Policía que «esa entrega [del auto judicial] no supuso que el acusado conociera el alcance de la medida, ni las consecuencias de su incumplimiento», dado que no se acreditó que se le hubiera la resolución ni se le requiriera su cumplimiento.

No es claro en la sentencia si el acusado alegó o no que no conocía el alcance de la medida de alejamiento. En todo caso, lo cierto es que, al f.º 45, consta que el acusado ya en su primera declaración manifestó que «sabía que no se podía aproximar a la Sra. Laura por una orden judicial».

De cualquier manera, si el Tribunal *a quo*, pese a esa declaración, llegó a lo largo del proceso a la conclusión de que «el acusado no había tenido conocimiento de que había sido denunciado», debió aplicar las normas relativas al error sobre la ilicitud que prevé el art. 14.3 CP. Ello le hubiera impedido llegar a la absolución del acusado por el delito del art. 468.2 CP. En efecto, de acuerdo con ellas debió considerar si el error referente al alcance de la prohibición que le imponía el auto era vencible o no. Nuestros precedentes han establecido que el error es vencible, y por tanto imputable, entre otros supuestos, cuando el autor con un esfuerzo de conciencia normal hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta o cuando al menos hubiera podido dirigirse a una fuente fiable de información jurídica para entender el alcance de la prohibición. La citada declaración del acusado del f.º 45 revela, por el contrario, que éste entendió la parte dispositiva del auto que obra al f.º 105 de las diligencias de instrucción. Los términos de esa resolución eran, por lo demás, claros como para que una persona normal pudiera comprenderlos sin más. Por lo tanto, no es que haya incurrido en un error sobre la existencia o el alcance de la prohibición, sino que actuó con el conocimiento de la misma, lo que no permite excluir el tipo subjetivo en la forma que lo ha hecho el Tribunal de instancia.

Por otra parte, el mandamiento judicial era obligatorio sin necesidad de requerimiento de su cumplimiento, dado que en sí mismo ya contenía un claro requerimiento de someterse a él, en tanto le advertía que el incumplimiento de la prohibición podía ser «constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar» (ver f.º 106).

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO
SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO A LA
SENTENCIA N.º 778/2010 EN EL RECURSO
DE CASACIÓN N.º 10469/2010P

(...)

3. Para decidir la cuestión suscitada es de relevancia advertir datos de hecho concurrentes con los que se han indicado:

La medida cautelar, cuyo quebrantamiento se imputa, se adoptó en un procedimiento penal

incoado a instancia de la esposa sin que previamente a su adopción fuera oído el acusado cuyo paradero se decía desconocer.

La resolución contenía en su parte dispositiva la siguiente previsión: «apercibiéndole *que en caso de incumplir esta medida se le podrá modificar con otra más restrictiva de sus derechos, incluida la prisión provisional, y sin perjuicio de que dicho incumplimiento pueda ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar*».

Manda a continuación notificar la resolución, también al imputado, con la especificación de «*que queda requerido por dicha notificación*».

La notificación no fue realizada por el Secretario Judicial ni personal alguno de la oficina judicial. El Juzgado ordenó realizarla a los Mossos de Esquadra. Pero éstos tampoco efectuaron la notificación sino que se la encomendaron a la Policía Local. Solamente consta que esta entregó una copia al interesado pero no que le hicieran requerimiento alguno ni que le apercibieran expresamente de las consecuencias del incumplimiento.

4. Algunas indicaciones normativas contribuyen a determinar la respuesta que ha de darse a la cuestión suscitada por el recurso.

En primer lugar, por lo que concierne a la forma que ha de revestir el acto de comunicación de una resolución judicial, y concretamente de una como la incumplida. La Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 64.5 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que: *El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.*

La exigencia del apercibimiento se cohesta con la naturaleza del delito que no tiene a la persona protegida como titular del bien jurídico que el delito de quebrantamiento sanciona. Éste se ubica entre los delitos contra la Administración de Justicia. De ahí la irrelevancia de la voluntad de la protegida para hacer cesar el efecto de la medida. (STS núm. 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005 y núm. 69/2006 de 20 de enero de 2006 y 19 de enero de 2007).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en el artículo 166 que los actos de comunicación se harán, cuando sea fuera de estrados, por el funcionario correspondiente. Y la Ley Orgánica del Poder Judicial establece entre las funciones del funcionario al servicio de la Administración de Justicia (artículo 478) la de efectuar las notificaciones y requerimientos.

Entre los actos de comunicación los requerimientos son los que han de efectuarse cuando se ordene, conforme a la ley, una conducta o una inactividad, según establece el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil subsidiariamente aplicable por falta de previsión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No cabe olvidar que la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal remite a la civil en su artículo 166 párrafo tercero.

De ahí que peque de voluntarismo e ilegalidad la previsión del Juez que dicta el auto imponiendo la medida de alejamiento, cuando dice que la notificación valga como apercibimiento.

En segundo lugar debe advertirse que el delito de quebrantamiento de medida cautelar es de los especiales porque solamente puede ser sujeto activo típico quien se encuentre en la situación jurídica prevista en el artículo 468 del Código Penal el *sometido* a la medida cautelar que se dice quebrantada. Y, a su vez, se requiere como elemento del tipo que la medida cautelar infringida se encuentre *vigente*.

5. Pues bien, cuando la resolución judicial no ha sido debidamente notificada no tiene vigencia, no produciendo efectos. Así deriva de manera inequívoca de lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo*.

Ciertamente cabe que el notificado subsane el defecto. Pero aun en tal caso deben hacerse dos advertencias. La primera que es necesario algo más que reconocer que se recibió una copia. Es necesario que se de por enterado de todo lo que el acto de comunicación le debía haber transmitido. Y, en este caso, del contenido del apercibimiento que no tuvo lugar.

La segunda advertencia es más esencial, si cabe: La eficacia del acto mal notificado surge desde que tal subsanación por el notificado ocurre. Es evidente que cuando el acusado acude al domicilio de la esposa aún no había ocurrido esa subsanación.

6. Por las mismas razones el acusado no había asumido el estatuto de sometido a medida cautelar.

Resulta pues irrelevante reflexionar sobre el elemento subjetivo del tipo penal imputado, ni siquiera en los términos de la resolución recurrida.

Lo relevante es que el 1 de diciembre no se daban las condiciones objetivas que el tipo penal del artículo 468 exige. Conociera o no el acusado la existencia de la resolución que ordenaba el alejamiento.

Solamente a mayor abundamiento cabría decir que, tampoco consta que conociera la eficacia y vinculación de tal resolución. Basta decir que, como dejamos expuesto, dadas las condiciones de comunicación, es jurídicamente sostenible que dicha resolución no tenía eficacia. Más para quien como el acusado es lego en Derecho.

Por ello procede la desestimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 1117/2010, Sala Segunda del TS, de 7 de diciembre

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Declaración policial**

Artículos: **24.2 CE y 297, 714 y 730 LECrim**

Con cita de la STC 68/2010, reproducida en este núm. 33 de la Revista se niega validez probatoria a la declaración prestada en sede policial y en calidad de coimputado no ratificada posteriormente a presencia judicial ni tampoco en el juicio en que declaró ya como testigo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el caso concreto que ahora se juzga la parte recurrente, tal como se ha anticipado, cuestiona que pueda operar como prueba de cargo la declaración policial de Teodosio, declaración que prestó en calidad de imputado, si bien después perdió esa condición y depuso ya en el plenario como testigo.

Procede, pues, examinar si la declaración policial de ese coimputado, reconvertido después en testigo, tiene virtualidad procesal, dada la naturaleza preprocesal de esa diligencia, para ser catalogada como prueba de cargo susceptible de contribuir a enervar el derecho a la presunción de inocencia. Y en el supuesto de que no fuera así, habremos de entrar a ponderar si el resto del bagaje probatorio de cargo es suficiente para fundamentar la condena de instancia.

3. Centrados ya en la primera cuestión, se hace preciso dilucidar si una declaración como la prestada por Teodosio en dependencias policiales cumple los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para que opere como prueba de cargo.

Pues bien, a este respecto el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia 68/2010, de 18 de octubre, en un caso también relativo a una declaración de un coimputado prestada en sede policial, resume su doctrina precedente sobre el valor probatorio de las diligencias policiales, argumentando que se ha «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.

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 (SSTC 303 /1993, de 25 de octubre; 153/1997, de 29 de septiembre; 12/2002, de 28 de enero; 195/2002, de 28 de octubre; 187/2003, de 27 de octubre; 1/2006, de 16 de enero; y 344/2006, de 11 de diciembre). Como recuerda la citada STC 345/2006, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos «la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, y 187/2003, de 27 de septiembre)».*

El Tribunal Constitucional advierte a continuación que, no obstante lo anterior, «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, 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; 303/1993, de 25 de octubre; 79/1994, de 14 de marzo; 22/2000, de 14 de febrero; 188/2002, de 14 de octubre)».

Y después de exceptuar el caso de los datos objetivos y verificables que constan en el atestado, como croquis, planos, fotografías, que pueden introducirse en el juicio como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción, operando como prueba preconstituida (SSTC 107/1983; 303/1993; 173/1997; 33/2000; y 188/2002), el Tribunal subraya en la misma sentencia 68/2010 que tal excepción «no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial».

A este respecto, recuerda que «en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que “tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible”. Este Tribunal ha establecido muy claramente que “las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales” (TC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria» (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que «a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo» (STC 51/1995).

Y en el mismo fundamento de derecho quinto de la sentencia 68/2010 enfatiza que «las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil... sino fundamentalmente por-

que no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria» [SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2c]]. Por otra parte, «tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase «preprocesal» que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía».

Por último, afirma el TC «que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2d)».

4. La traslación de las pautas y criterios precedentes al caso concreto conduce necesariamente a negar la eficacia de la declaración policial de Teodosio como prueba de cargo.

En efecto, éste prestó declaración en calidad de imputado en las dependencias policiales del Grupo de Atracos en Sevilla, el día 5 de noviembre de 2008 (folios 144 y ss. de la causa), y su manifestación no la ratificó después en la fase judicial de instrucción ni tampoco en la vista oral del juicio, en la que ya declaró en la condición de testigo por haberse retirado los cargos contra él. Además, en la declaración que prestó en sede policial no estaba presente el letrado del ahora acusado Ernesto, ya que todavía no había sido detenido ni se seguía el proceso contra él.

Por consiguiente, la declaración de Teodosio que ha operado como prueba de cargo en el

plenario ni ha sido prestada ante un juez ni tampoco a presencia de un letrado que defendiera los intereses del ahora acusado. Con lo cual, no se cumplen dos de los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para poder valorar las diligencias sumariales en la sentencia como prueba incriminatoria.

Sobre este particular, es importante incidir en que ese Tribunal remarca en la sentencia anteriormente recogida que la ineficacia de esas diligencias policiales se debe *«fundamentalmente a que no se efectúan a presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria»*. Y en la sentencia 206/2003, de 1 de diciembre, se refiere a la intervención judicial como *«exigencia inexcusable»*.

El argumento de la STC 68/2010 se considera razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con éste. Y es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Asimismo, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen claramente constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de toda eficacia probatoria.

En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial muy lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso.

Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el

marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues es de sobra conocido que la dosis de constrictión y presión con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los importantes matices inquisitivos que enturbian las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos incriminatorios que afloran en la investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias, incitaciones o presiones que chocan frontalmente con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda albergar fuerza probatoria.

Pues bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole se reciba una declaración policial a un imputado y que, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido.

Así las cosas, no puede extrañar que en la referida sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional se afirme que *«tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase “preprocesal” que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía»*.

Por todo lo razonado, es claro que no puede valorarse como prueba de cargo la declaración policial del ex coimputado Teodosio, que ni fue prestada a presencia judicial ni tampoco se diligenció con la intervención del letrado de la defensa del ahora acusado. Su eficacia ha de limitarse por tanto a la de un medio de investigación que sirvió en la fase sumarial para dirigir las pesquisas contra el acusado Ernesto.

Sentencia 1094/2010, Sala Segunda del TS, de 10 de diciembre

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Traición. Control previo de las actividades del CNI**

Artículos: **584 Código Penal; 232 y 342 bis Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 a 4 Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo**

En una de las contadas sentencias relativas al delito de traición, previsto en el art. 584 CP, se declara que este precepto satisface las exigencias de taxatividad inherente al principio de legalidad, pese a estar configurado como una «ley penal en blanco». Se detiene la Sala, además, en la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del CNI y en la falta de carácter probatorio de esta actividad del Servicio de Inteligencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. El segundo de los motivos, con idéntica cobertura que el precedente, denuncia vulneración del derecho a utilizar los medios pertinentes de defensa, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio y a la presunción de inocencia, reconocidos en los arts. 18 y 24.2 de la CE.

(...)

La denuncia inicial que dio lugar a la incoación del presente procedimiento, formulada por el entonces Secretario de Estado, Director del CNI, refería que los extremos objeto de la denuncia —sigue razonando la defensa— surgieron de lo que aquél denominó una «*investigación de seguridad*», de la que no se aportó elemento alguno que permitiera conocer su alcance. El interrogatorio prestado como testigo por el mencionado director apenas pudo esclarecer nada de interés respecto de este extremo, toda vez que el interrogado, una y otra vez, se escudaba en su derecho-deber de no contestar a preguntas que pudieran afectar a la seguridad y al secreto de los procedimientos empleados por el Centro de Inteligencia. Incluso al ser preguntado acerca de en qué consistieron esas investigaciones de seguridad, alegó no poder revelar si dicha investigación proseguía, ni si se solicitó algún tipo de diligencia de investigación al Magistrado correspondiente del Tribunal

Supremo. La seguridad con la que se afirmaba en la denuncia que los documentos comprometidos se hallaban en el domicilio de Marino y las afirmaciones acerca del injustificado estatus económico de aquél —hecho este último desmentido durante la investigación jurisdiccional llevada a cabo por el Juez de instrucción núm. 48 de Madrid— alimentan la duda acerca de si llegaron a practicarse diligencias restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones o si se realizó alguna clandestina entrada y registro en el domicilio del sospechoso.

Concluye la defensa afirmando que la determinación de si existieron o no esas diligencias, así como su alcance, resulta indispensable para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. De ahí que la no incorporación de esos documentos, con el equívoco respaldo del oficio dirigido por el Tribunal Supremo a la Audiencia Provincial, habría implicado la vulneración de su derecho a valerse de los medios adecuados de prueba.

(...)

En efecto, los actos de investigación desarrollados por los agentes del CNI con la cobertura que ofrecen los cuatro apartados que integran el art. 1 de la LO 2/2002, no pueden ser etiquetados como *actos judiciales de investigación*, por más que puedan implicar —en el presente caso no existe constancia de que así hubiera acontecido— la autorización del Magistrado encargado del control previo de las actividades de los servicios de inteligencia. Es cierto que

su naturaleza es objeto de controversia, probablemente alentada por el hecho de que se haya optado por un modelo de control judicial residenciado, no en un órgano jurisdiccional, sino en un Magistrado al que se atribuye una función previa de fiscalización a partir de un expediente (art. 117.4 de la CE) que participa de algunas de las características del acto de jurisdicción voluntaria descrito en el art. 1811 de la LEC. La exclusión de cualquier posibilidad impugnativa de la resolución habilitante y, sobre todo, la ausencia de un seguimiento ulterior de lo actuado a partir de la autorización, añaden mayores dosis de especialidad al régimen jurídico dibujado por el legislador español.

Sólo desde esta perspectiva puede enjuiciarse la trascendencia que, en el caso presente, pudo tener la no incorporación del expediente previo al proceso judicial propiamente dicho. Repárese en que la solicitud de la defensa se encamina a dilucidar si la indagación que precedió a la formulación de la denuncia por el Ministerio Fiscal pudo haber implicado la vulneración de sus derechos fundamentales, toda vez que el procesado no pudo conocer su alcance ni su existencia.

Sin embargo, ese desconocimiento y, de modo especial, la ausencia de cualquier posibilidad impugnativa, forman parte de la naturaleza misma del sistema de control instaurado por la LO 2/2002, 6 de mayo.

En efecto, el expediente que sirve de vehículo formal a las actividades desarrolladas por el CNI bajo el control previo del Magistrado a que se refiere el art. 342 bis de la LOPJ, no tiene por objeto la indagación de un hecho punible y, por supuesto, no puede calificarse de verdadero proceso. En el acto de la vista, la defensa puso de manifiesto que la ausencia de todo control por el Ministerio Fiscal y por el propio interesado, eran datos que obligaban, si el expediente de seguridad llegara a judicializarse, a su incorporación al sumario, impidiendo la permanencia de su carácter secreto.

La Sala no puede compartir este razonamiento. El expediente de seguridad —como razonamos *infra*— no participa de la naturaleza que es propia de cualquier otra actividad jurisdiccional. Su desarrollo no está inspirado en los

principios de contradicción y defensa. Tampoco podemos estar de acuerdo con el argumento de que, una vez judicializado ese expediente, su existencia no puede seguir amparada por el secreto. No existe tal judicialización del expediente de seguridad. El proceso penal no es una continuación natural del expediente. Entre el proceso penal y el expediente tramitado al amparo de la LO 2/2002, 6 de mayo, no existe una secuencia cronológica que permita establecer una suerte de tracto sucesivo que enlace la actividad del CNI y la que desarrolla con posterioridad el Juez de instrucción.

Las actividades de los agentes del CNI no están funcionalmente subordinadas al esclarecimiento de hechos aparentemente constitutivos de delito. Su cometido no es otro que facilitar al Gobierno «... *las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones*» (art. 1 Ley 11/2002, 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia).

(...)

Cuando el cumplimiento de esas finalidades exige la restricción de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, se impone una singular fórmula de control judicial. La singularidad deriva, claro es, del hecho de que el Magistrado autorizante ha de verificar una ponderación de bienes jurídicos que no se identifican con los que son valorados en el seno de un proceso penal. La posición institucional del Magistrado llamado al control previo no está exenta de dificultades. De una parte, por cuanto que los parámetros a partir de los cuales ha de resolver la petición cursada por el Director del CNI, instando el sacrificio de derechos fundamentales, no son los ponderados con carácter general cuando se trata de la investigación de un hecho delictivo. Detectar cuándo una actividad determinada puede implicar un riesgo para los *intereses económicos, industriales o comerciales* de España o cuándo encierra una amenaza al *bienestar de la población*, no es cuestión sencilla. De hecho, algunos de esos bienes —no todos los que se mencionan en el art. 4 de la

Ley 11/2002— escapan a una dimensión estrictamente jurídica, habiendo generado dudas doctrinales acerca del distanciamiento de una genuina justificación material en el momento de autorizar el acto de injerencia.

Pero más allá de cualquier objeción que pueda formularse al modelo jurídico-formal de control previo de las actividades del CNI, lo cierto es que, como venimos reiterando, su naturaleza no se identifica con la que es propia de cualquier investigación penal. El objeto de lo que en el plenario fue calificado como *expediente de seguridad* no es la indagación de un hecho punible. Lo que persigue la LO 2/2002, 6 de mayo, no es otra cosa que asegurar que las actividades encaminadas al cumplimiento de los fines del CNI, en aquellos casos en los que exijan el sacrificio de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, estén sometidas a un procedimiento de control a cargo de una autoridad judicial, que agota su mandato en el examen de la concurrencia de los fines que legitiman la actividad del órgano de inteligencia. El carácter motivado de la resolución habilitante y las exigencias del principio de proporcionalidad —de ineludible ponderación siempre que se trate de legitimar el sacrificio de derechos fundamentales— aportan una garantía que, pese a las deficiencias del modelo instaurado, contribuye a la eliminación de espacios de opacidad en el trabajo de los servicios de inteligencia.

Resulta indudable, pues, que la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del CNI no es la de un anticipado coadyuvante del Juez de instrucción. El expediente incoado con ocasión del ejercicio de las funciones propias de los servicios de inteligencia y las diligencias penales encaminadas a la investigación de un hecho punible, no están necesariamente llamados a converger en un hipotético proceso penal. Responden a principios distintos, su contenido es también diferente y, por tanto, el sacrificio de los derechos fundamentales que se producen en uno y otro ámbito, se justifica por razones no coincidentes.

Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magis-

trado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba —ni siquiera como diligencias de investigación— en un proceso penal. Ello no significa que esas actividades estén llamadas, siempre y en todo caso, a su ocultación frente a quienes, de uno u otro modo, pudieron resultar afectados. La posibilidad de desclasificación de esos documentos, como se apunta *Infra*, forma parte de nuestro sistema. Pero lo que está fuera de dudas es que la existencia de un ulterior proceso penal en el que la *notitia criminis* no sea ajena al expediente de seguridad tramitado por el CNI, no implica la transmutación de la funcionalidad de ese expediente, que dejaría de ser lo que es, distanciándose de sus principios reguladores, para convertirse en un acto procesal *sine qua non* del verdadero proceso y, por tanto, sometido a las reglas generales que disciplinan el principio de publicidad.

2.B) Lamenta también el motivo la arbitraria exclusión de una exigencia constitucional de transparencia, de la que habría resultado víctima el procesado, ante la imposibilidad de conocer el ámbito y la extensión del expediente de seguridad que está en el origen de la presente causa penal.

La Sala no coincide con el análisis del recurrente.

(...)

Pues bien, en el supuesto que es objeto de nuestra atención, no debemos olvidar que los actos de injerencia, debidamente autorizados por el Magistrado previsto en el art. 342 bis de la LOPJ, llevados a cabo por agentes del CNI en el ejercicio de sus funciones, constituyen materia secreta, como se desprende con claridad del apartado segundo del art. 3 de la LO 2/2002, con arreglo al cual, «*el Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto*». También se deduce de lo previsto en el art. 5 de la Ley 11/2002, 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, en el que puede leerse que «*... las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las*

informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada, con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los Acuerdos internacionales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que se contemple en dicha legislación y en los mencionados Acuerdos». Con anterioridad, el Consejo de Ministros por acuerdo de 28 de noviembre de 1986 clasificó como secreto, entre otras materias, « la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas».

La cobertura formal que ofrecen estos preceptos constituye un presupuesto necesario, pero no suficiente, para justificar, en términos constitucionales, el sacrificio del ideal de transparencia, ateniéndonos al canon valorativo que imponen los derechos e intereses que confluyen en el proceso penal. Y es que resulta evidente que el secreto de las actividades del CNI no puede interpretarse como un blindaje encaminado a camuflar actuaciones transgresoras del ordenamiento penal. La clasificación de una materia como secreta no se concibe sin la correlativa existencia de un procedimiento de desclasificación que, en nuestro sistema, se reside en el mismo organismo que adoptó el acuerdo de exclusión, en este caso, el Gobierno de la nación, a quien incumbe determinar y aprobar anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia mediante la Directiva de Inteligencia, que tendrá carácter secreto (art. 3 Ley 11/2002, 6 de mayo).

2.C) La posibilidad de que un órgano de la jurisdicción penal incorpore a la causa de la que está conociendo material clasificado como secreto, está abierta en nuestro sistema. Para ello se precisa instar un procedimiento de desclasificación cuyo desenlace, al propio tiempo, es susceptible de fiscalización jurisdiccional. (...) Nuestro régimen jurídico no impone una aceptación pasiva de ese tipo de expedientes de seguridad. Su carácter secreto —ex arts. 5 de la LO 11/2002, 6 de mayo y 1.3, párrafo 2 de la LO 2/2002, 6 de mayo— no conlleva una exclusión de efectos absolutos. Los arts. 4 y 7 de

la Ley 9/1968, 5 de abril, de Secretos Oficiales, arbitran, además de un procedimiento para la clasificación de determinadas materias como secretas, el correlativo procedimiento de cancelación de esa calificación.

(...)

El caso que nos ocupa, sin embargo, presenta una singularidad de la que no puede prescindirse, so pena de desenfocar los términos del debate. En efecto, ahora no es el Juez instructor el que choca con las barreras de seguridad alzadas por nuestro sistema. El órgano jurisdiccional no ha considerado pertinente recorrer el camino jurídico que conduce hacia la desclasificación. Y lo ha hecho respondiendo de forma motivada a la petición cursada por la defensa. Esa decisión —basada en la falta de conexión entre el hipotético contenido del expediente de seguridad y el hecho ilícito que estaba siendo objeto de investigación— fue objeto de impugnación jurisdiccional en el marco definido por el proceso penal, confirmando la Audiencia Provincial la corrección de la negativa.

Por tanto, en el supuesto que centra nuestro análisis, el problema no puede confundirse con el que es propio de los límites a la capacidad de fiscalización jurisdiccional de las decisiones gubernamentales que declaran el secreto de una determinada materia. No se identifica tampoco con la existencia, alcance y, en su caso, mecanismos de control frente a los actos de dirección política. El debate no puede equipararse, en fin, con la indagación de la idea de *conceptos judicialmente asequibles*. De lo que se trata, en esencia, es de razonar si la decisión del Juez de instrucción y de la Audiencia Provincial, negando la pertinencia de la prueba interesada por la defensa —la desclasificación de documentos— implicó la vulneración de un derecho de rango constitucional.

(...)

(...) la decisión de no instar el proceso de desclasificación de los documentos que integraron la investigación previa de seguridad, llevada a cabo por agentes del CNI, no resultó arbitraria. No existe un derecho fundamental a la desclasificación de toda materia declarada reservada en aplicación del régimen jurídico de los secretos oficiales. En el proceso penal, el acceso juris-

diccional a esos documentos exige como presupuesto su relevancia desde el punto de vista probatorio. En el presente caso, lo que resulta decisivo a efectos de descartar la vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes es que la hipotética existencia de un expediente de seguridad, practicado conforme al artículo único de la LO 2/2002, 6 de mayo, en nada afectaría al desenlace jurisdiccional que constituye el objeto del presente recurso. Haya o no existido una actividad del CNI cronológicamente anterior a las diligencias de investigación propiamente dichas, incoadas a raíz de la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal, su hipotético contenido habría resultado irrelevante para la formulación del juicio de autoría. La condena de Marino —como se razona *infra*— está sólidamente asentada en elementos inculpativos genuinamente jurisdiccionales, susceptibles de valoración independiente y cuya suficiencia no habría quedado alterada por el conocimiento de la existencia, en su caso, de actos limitativos de derechos acordados en el marco jurídico de las actividades del CNI y que, de existir, fueron autorizados por el Magistrado a quien corresponde el control previo de dichas actividades.

(...)

7. El motivo séptimo, con idéntica cobertura que el precedente, denuncia error de derecho, indebida aplicación del art. 584 del CP.

También ahora la defensa sistematiza las razones de la impugnación en cuatro apartados, algunos de los cuales van a ser objeto de tratamiento conjunto.

7.A) Los dos primeros sirven de vehículo formal para denunciar la insuficiencia del tipo penal, que impide conocer con la certeza necesaria el comportamiento típico desvalorado por el legislador, ante la incertidumbre que plantea determinar qué se entiende por «*información clasificada como reservada o secreta*». Las diferentes normas jurídicas que se citan en el desarrollo del motivo utilizan para referirse al objeto de la acción típica terminología no coincidente, haciéndolo de manera indistinta (*información clasificada, información legalmente clasificada, información calificada, materia calificada, material clasificado*), pero no ofrecen criterio material alguno para determinar los diferentes

conceptos, por lo que se infringe el canon de la *lex stricta* que debe presidir la elaboración de toda norma penal. Es necesario, en fin, que con carácter previo a la realización de la conducta, el posible agente de la misma conozca cuándo ese objeto o materia están relacionados con la seguridad o la defensa nacional y también que conozca con la debida precisión en qué consisten las conductas típicas de procurarse, revelar, falsear o inutilizar.

Tal línea argumental no puede ser acogida por la Sala.

Con anterioridad, ya hemos abordado la alegación referida al posible error de tipo en que, según la defensa, habría incurrido el procesado. A lo dicho entonces conviene ahora remitirse. Baste precisar que es lógico que el tratamiento constitucional de las normas penales en blanco —ceteramente descrito por el Ministerio Fiscal en su informe, con citas de la jurisprudencia constitucional que ahora damos por reproducida— incluya una serie de prevenciones con el fin de evitar que el mandato imperativo de la norma quede diluido, con el consiguiente quebranto del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El destinatario del tipo penal ha de saber a qué atenerse. Las normas imperativas y prohibitivas no pueden, so pena de quebrantar el principio de taxatividad, exigir el complemento de un laberíntico esfuerzo interpretativo para captar el marco de la prohibición.

Sin embargo, en el presente caso, los riesgos de la norma penal en blanco se desvanecen con absoluta claridad. El ámbito de lo prohibido se detecta desde la primera aproximación al tipo del art. 584 del CP. La norma de conducta impuesta por aquel precepto se deduce sin dificultad. En él se sanciona a quien, «... *con el propósito de favorecer a una potencia extranjera (...)* se procure (...) *información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o la defensa nacional*». Los supuestos obstáculos aplicativos, derivados de la diferencia entre los vocablos *clasificación* y *calificación*, empleados por las leyes y reglamentos que desarrollan la noción de *información reservada o secreta*, no son tales. No estamos en presencia de conceptos irreductibles

en su significación jurídica. La materia que se califica como secreta o reservada, es indudable que resulta *clasificada* como secreta o reservada, sin necesidad de una integración analógica *in malam partem*. Además, el concepto de *información* empleado por el art. 584 es lo suficientemente amplio como para incluir en él, como se desprende del art. 2 de la Ley 9/1968, 5 de abril, de Secretos Oficiales, «... *los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*». Las consecuencias interpretativas que el recurrente obtiene a partir de la utilización del vocablo *informaciones* por el tipo del art. 584 —hasta el punto de sostener la atipicidad de las conductas referidas a *asuntos, actos, documentos, datos y objetos*— no pueden ser compartidas por la Sala. Una vez más hemos de insistir en que lo decisivo, a efectos de su protección penal, no es tanto el formato o soporte, sino la información que en él se contiene, de suerte que no sería descartable la protección penal de informaciones secretas que, sin constar por escrito o incorporadas a cualquier clase de datos u otros objetos, fueran reveladas o difundidas mediante su transmisión oral.

Tampoco existen dificultades derivadas de la supuesta —en palabras del recurrente— *remisión normativa en cadena*, a que obligaría la aplicación del tipo con el que la Sala de instancia ha calificado la conducta del acusado. Sin necesidad de entrar en la suficiencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 como norma de integración —alguna de cuyas implicaciones jurídicas fueron abordadas *in extenso* por la sentencia de 4 abril de 1997, dictada por el Pleno de la Sala Tercera y por la sentencia 14 diciembre de 1995, pronunciada por la Sala de Conflictos Jurisdiccionales—, lo cierto es que la Ley 11/2002, 6 de mayo, en su art. 5.1 establece que «*las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada, con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en*

la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los Acuerdos internacionales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que se contemple en dicha legislación y en los mencionados Acuerdos». Y, como recuerdan el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, de existir cualquier duda al respecto, ésta se desvanece si se repara en el hecho de que en poder del acusado fueron hallados documentos fechados en 2003, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2002. Tratándose de un delito permanente, en el que la ofensa al bien jurídico se prolonga durante todo el tiempo de comisión, queda despejada cualquier incertidumbre sobre su capacidad para integrar el elemento normativo del tipo previsto en el art. 584 del CP.

Por otra parte, que el acusado conocía el carácter reservado o secreto de la documentación de la que hizo acopio se deduce no sólo de una elemental valoración de su antigüedad como miembro del CNI y, por tanto, conocedor de las normas de custodia de esos documentos, sino del contenido mismo de las cartas aprehendidas en su poder, de las que se desprende que el procesado valoraba su incuestionable valor estratégico, llegando a poner un elevado precio a su hipotética entrega.

7.B) La indebida aplicación del art. 584 del CP se habría producido también a la vista de la inexistencia de una efectiva lesión del bien jurídico. La sentencia se equivoca —alega el recurrente— cuando afirma en el FJ 8.º que la modalidad por la que se condena a Marino es de consumación anticipada y no necesita que la situación de peligro creada se materialice en un resultado concreto. A la vista de los verbos empleados por el legislador en la descripción del tipo, estaríamos ante un verdadero delito de resultado. En el presente caso, ese resultado —la efectiva puesta en peligro de la seguridad del Estado— no ha quedado acreditada. La necesidad de reestructurar el servicio de inteligencia como consecuencia de la fuga de información no es un resultado del delito, sino una consecuencia del mismo. En definitiva, los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos prohíben punir las conductas contempladas en el art. 584 que aun siendo realizadas por el sujeto activo y referidas al objeto material

del delito, no lesionen el bien jurídico protegido. Concluye la defensa afirmando que «... *procurarse y guardar posteriormente documentos o fotocopias de informaciones secretas en una bolsa, y por muy secretos que sean, no lesiona el bien jurídico en cuestión, ya que los agentes del CNI están frecuentemente en contacto con tales documentos. Y, si además, no se ha producido el resultado estaríamos ante un acto preparatorio impune aislado, que habría de ser considerado como impune al no estar involucrada ninguna persona más*».

La Sala no coincide con este análisis.

El delito previsto en el art. 584 es un delito de peligro abstracto que, como tal, no exige la efectiva, sino la eventual puesta en peligro del bien jurídico. De ahí que las conductas en él descritas, una vez realizadas con el propósito de perjudicar la seguridad o la defensa nacional, consuman el delito. Se trata de un tipo mixto alternativo, de forma que tanto consuma el tipo quien simplemente se hace con la información, esto es, se la *procura*, como quien la *falsea* alterando su contenido, la *inutiliza* —ya mediante

su destrucción, ya de cualquier otra forma que sin destruirla impida el logro de sus fines— o la *revela* a terceros.

Tiene razón la defensa cuando critica el discurso del Tribunal *a quo*, que ha convertido en resultado —la reestructuración del CNI— lo que no sería sino una consecuencia preventiva asociada al delito. De ello nos ocuparemos *infra*, al analizar el octavo de los motivos de casación. Pero lo que está fuera de dudas es que esa naturaleza de delito de peligro abstracto del art. 584 del CP determina que procurarse información susceptible de perjudicar a la seguridad nacional y hacerlo con la intención de favorecer a un potencia extranjera, consuma el delito, por más que esa idoneidad potencial para dañar los intereses estratégicos españoles no se haya materializado en un resultado material concreto.

Existió, por tanto, un riesgo de lesión del bien jurídico protegido, sin que el juicio de tipicidad formulado por la Audiencia Provincial pueda considerarse erróneo. De ahí que proceda la desestimación de las alegaciones del recurrente.

Sentencia 1136/2010, Sala Segunda del TS, de 21 de diciembre

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Uso de información privilegiada**

Artículos: **131, 132 y 285 Código Penal**

A los efectos de determinar la posible prescripción del delito se estudia, por un lado, el alcance del tipo agravado por lesión de los «intereses generales», así como el momento consumativo del delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, previsto en el art. 285 CP. Se recuerda, por otra parte, el alcance del Acuerdo de la Sala de 26 de octubre de 2010 (recogido en el núm. 32 de la Revista de Derecho Penal) relativo al plazo de prescripción que corresponde en caso de tipos cualificados. Y se argumenta sobre el derecho a plantear la absolución por falta de realización del delito en el caso de haber sido absuelto por prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Con esta resultancia fáctica, el Ministerio Fiscal considera ha de aplicarse el subtipo agravado definido en el art. 286.3.^a (actual art.

285.2.3.^a), es decir, que se ha causado grave daño a los intereses generales.

El tipo al emplear el verbo «causar» se convierte en un subtipo agravado de resultado, que requiere infligir un daño, que ha de ser grave,

y afectar tal daño a los intereses generales. Ese «causar» impide que nos encontremos ante un tipo de mero peligro, sino que se requiere naturalmente un resultado.

Respecto al concepto de daño, éste no tiene por qué ser necesariamente de contenido económico, como se comprueba por la inclusión por el legislador del apartado segundo de tal precepto, en donde se exige «que el beneficio obtenido sea de notoria importancia», conducta ésta de claro impacto económico. El daño puede ser, pues, de cualquier naturaleza.

Lo más difícil es definir qué se entiende por «intereses generales». Para su delimitación, ha de ser relacionado con el bien jurídico protegido por el delito de información privilegiada en el ámbito bursátil, y aunque exista discusión doctrinal sobre esta materia, bien podemos decir que lo es el buen funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores. En esta misma línea, la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, antecedente de la actual Directiva sobre la propia materia, pero vigente en el momento en que se produjeron estos hechos, expresa que el mercado secundario de valores negociables desempeña un importante papel en la financiación de los agentes económicos, y que se deben adoptar las medidas necesarias para «garantizar su buen funcionamiento», lo que «depende en gran medida de la confianza que inspire a los inversores», confianza que se basa en la garantía de que «estarán en igualdad de condiciones», y de que «estarán protegidos contra el uso ilícito de la información privilegiada», por lo que «las operaciones con información privilegiada, debido a que suponen ventajas para ciertos inversores, pueden deteriorar esta confianza y entorpecer así el buen funcionamiento del mercado».

Delimitado de esta forma el bien jurídico protegido, conviene preguntarse ahora por el concepto de intereses generales que han de resultar gravemente dañados a los efectos de interpretar este subtipo agravado. Bajo esta perspectiva, tales intereses generales han de ser los que afecten a la colectividad de inversores en

tal mercado secundario, con las precisiones que haremos más adelante. El Código penal no nos ofrece pista interpretativa alguna, pues, aunque mantiene un título de similar tipología (el tercero) en su Libro III, bajo el rótulo de «las faltas contra *los intereses generales*», claro es que sus preceptos son tan diversos en las distintas infracciones definidas (protección de la moneda y efectos timbrados, protección de la salud —abandono de jeringuillas—, protección de la seguridad colectiva —animales feroces o dañinos—, protección del medio ambiente —quema de flora amenazada—, o protección de la salud de los animales domésticos mediante maltrato cruel de los mismos) que no nos proporcionan ningún elemento interpretativo a los efectos estudiados. Tampoco las dos veces que el legislador incluye esta misma mención (los intereses generales) en el Libro II, una vez en el art. 201.2 para castigar con mayor pena la afectación a los intereses generales en el marco de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, y en el art. 296.2 en el ámbito de los delitos societarios, y ello porque en ambos casos se están refiriendo a lo que hoy se denominan intereses difusos o de la colectividad en general, conectados en ambos casos con sus respectivos bienes jurídicos protegidos.

Siendo ello así, es evidente que la noción de intereses generales ha de ser referida, como ya hemos expuesto, a los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario, o sea, en el mercado bursátil, con las consideraciones que haremos más adelante.

Y como quiera que este delito castiga a «*quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior [entonces] a setenta y cinco millones de pesetas [hoy, a 600.000 euros] o causando un perjuicio de idéntica cantidad*», hemos de convenir que de las dos conductas típicas, esto es, la de obtener un beneficio económico o *causar un perjuicio*

económico de tales características, solamente de la segunda, con carácter general y *salvo las precisiones para otros supuestos que seguidamente se van a exponer*, se puede producir un grave daño a los intereses generales de la colectividad de inversores. Dicho con otras palabras, y *para el caso que ahora tratamos*: si el *insider traider*, o autor que actúa en el mercado bursátil con información privilegiada, obtiene con tal posición una ventaja económica para sí y que se ha de compartir inmediatamente por los demás inversores, en tanto que tal información produce en un futuro inmediato un impacto alcista en los mercados de valores, no podrá producirse en modo alguno un grave daño para los intereses generales de la colectividad de inversores, pues no resulta perjuicio directo para nadie en particular. Podría argumentarse que la masiva demanda de un valor que genera un masivo movimiento del dinero que se sitúa en tal cotización, perjudicaría a otros títulos que tal vez resultasen realizados para la adquisición del emergente; pero aun así, tal efecto no es consecuencia de la información privilegiada, sino de las condiciones de solidez de tal posición frente a otras, y respecto de la cual, el autor del delito se ha aprovechado de manera anticipada al contar con un conocimiento privilegiado frente a los demás inversores, pero, hay que convenir que, de todos modos, la subida del valor no es consecuencia de la ilícita actividad de tal «insider traider». De manera que únicamente será posible predicar un daño a la colectividad de inversores —o lo que es lo mismo, a los intereses generales— cuando el resultado del delito no resulte del aprovechamiento directo consecuencia de la subida de la bolsa, sino cuando se produzca lo contrario, esto es, un *perjuicio económico* a terceros inversores. De ahí que los elementos objetivos que pueden incidir en la determinación de tal subtipo agravado lo pueden ser, como dice la Sala sentenciadora de instancia, bien una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. Pero desde luego no, una situación como la que es objeto de enjuiciamiento, ya que se trata del *caso de una acción aislada*.

Y como explicaremos más adelante, tampoco la circunstancia subjetiva o la condición

personal del autor del delito pueden colmar las exigencias típicas de tal subtipo agravado, pues la grave afectación a tales *intereses generales*, no puede ser interpretada sino en clave rigurosamente *objetiva*.

Ello es así porque la noción de intereses generales, como ya hemos dicho más arriba, ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores.

Parte de la doctrina científica, al menos, entiende que la descripción típica de los subtipos agravados adolece de falta de precisión. Además, su configuración resulta asimétrica respecto del tipo básico, añadiendo dificultades a su interpretación. Así, en el 285.2.2 se contempla el beneficio de notoria importancia, pero no se valora del mismo modo la causación de un perjuicio de igual entidad, a pesar de que ambas posibilidades aparecen en un nivel de igualdad en el tipo básico.

Por otra parte, no es posible entender, con carácter general, que en el número 2 se agrava la conducta en atención a la obtención de un beneficio importante y en el número 3 se atiende a la causación de un perjuicio, pues con ello se afirmaría que la obtención de beneficios no afecta, o no puede afectar, de forma grave a los intereses generales, cuando éstos han quedado cifrados en el correcto funcionamiento de un mercado de tanta importancia para la sociedad moderna y su economía como es el mercado de valores.

En consecuencia, también puede entenderse que el daño grave que exige el subtipo agravado se ha de considerar producido cuando se cause un menoscabo de esa entidad en aquellos intereses como consecuencia de una conducta que, produciendo un beneficio al autor o a terceros, o causando un perjuicio a terceros, lesione seriamente los principios que deben regir el funcionamiento de aquel mercado, es decir, la transparencia, a la que tantas veces se refiere la vigente Ley del Mercado de Valores, la correcta formación de los precios y la igualdad de oportunidades entre los inversores.

Tal cosa podría tener lugar si se tratara de una actividad organizada orientada al prove-

chamiento de informaciones reservadas, prevista por lo demás en el número 1 en cuanto los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas, pues ello podría desprestigiar al mercado como tal y debilitar seriamente la confianza de los inversores en su funcionamiento, lo cual podría valorarse como un daño grave. Del mismo modo si la conducta o conductas dieran lugar a un perjuicio generalizado en los inversores, pues también afectaría a los niveles de confianza en la correcta formación de los precios. E igualmente si la conducta diera lugar a un colapso del sistema o exigiera una intervención estatal para salvaguardar al sistema, como señala la Audiencia.

Pero, aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente *por una acción aislada* que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros.

Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado.

Por lo razonado, no puede ser atendido el primer motivo de la censura casacional formalizada por el Ministerio Fiscal que polariza la concurrencia del subtipo agravado en la condición del acusado Lázaro, como presidente de una compañía —a la sazón— pública y de gran repercusión en la economía nacional. Por el contrario, estos elementos personales sin duda podrán tener repercusión en la dosimetría penal aplicable, en función de las circunstancias personales del reo, a que se hace alusión en el art. 66 del Código penal. Sin embargo, serán necesariamente concurrentes en el caso enjuiciado para colmar las exigencias típicas del delito en

cuestión, pues precisamente la información privilegiada, en el supuesto que ahora enjuiciamos, parte precisamente de quien está en condiciones de proporcionarla, por ser activo protagonista de la marcha de la sociedad que preside.

De otro lado, esta Sala Casacional ya había declarado en Auto de fecha 10 de diciembre de 2004, en el recurso 157/04, resolviendo una cuestión de competencia, que *«una operación que produce beneficios de unos 310.000.000 pts., en modo alguno puede tener repercusión alguna en la economía nacional, y desde luego, nunca de carácter grave»*.

En cualquier caso, no figura en los hechos probados de la sentencia recurrida ningún elemento descrito de carácter objetivo de donde pueda deducirse la concurrencia de tal subtipo agravado, y habiendo sido el motivo formulado por estricta infracción de ley, su viabilidad está llamada al fracaso.

Por dichas razones, el motivo no puede prosperar.

Tercero.—El segundo motivo formalizado por el Ministerio Fiscal, igualmente anclado en infracción de ley, denuncia la indebida aplicación de los arts. 131.1 y 132.2 del Código penal.

En definitiva, la queja va dirigida a combatir la exención de responsabilidad criminal por prescripción del delito, al no haber transcurrido el plazo para su persecución, ni siquiera como tipo básico de información privilegiada.

Con respecto a tal plazo, es pacífico entre las partes personadas, y así se ha admitido, que el delito básico de información privilegiada tiene un plazo de prescripción de cinco años, y el correspondiente al subtipo agravado, por el que acusó el Fiscal, diez años.

Correlativamente a esos plazos, han de concretarse dos momentos: el día inicial del cómputo y el día final del mismo, esto es, el día en que se entiende cometido el delito, y el día en que se considera que el procedimiento se dirige frente al culpable.

Previamente a esta operación, hemos de resolver otra cuestión de enorme trascendencia para resolver esta litis. Ésta es si el plazo que ha de ser tomado en consideración para la prescrip-

ción de un delito lo es respecto al delito acusado o con respecto al delito cometido. Dicho de otro modo: si el plazo por el que ha de optarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado, una vez que el Tribunal sentenciador ha declarado que no concurre este último, es el correspondiente a tal tipo agravado, como consecuencia de ser ése el delito acusado en conclusiones definitivas, o bien, si el tiempo de la prescripción se ha de regir, a todos los efectos, por el delito resultante de tal declaración, esto es, el tipo básico.

Para resolver esta cuestión, se reunió esta Sala el día 26 de octubre de 2010 y tomó el siguiente Acuerdo: *«Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado».*

De manera que al desestimar el motivo anterior del Ministerio Fiscal, que postulaba la concurrencia del subtipo agravado, el plazo que ha de computarse es el correspondiente al tipo básico, es decir, el citado de cinco años, que ha sido el declarado como tal por el Tribunal sentenciador, a los únicos efectos de comprobar si el delito estaba o no prescrito.

Peró el Ministerio Fiscal plantea igualmente otra cuestión añadida. Razona el Fiscal que, aunque se trate de tal tipo básico y de mencionado plazo, el delito acusado tampoco estaría prescrito, porque entiende, como lo hace la Sala sentenciadora de instancia, que se habría cometido en el momento en que se realizaron las ganancias con la venta de los títulos, lo que tuvo

lugar en una secuencia final que terminó el día 27 de febrero de 1998, y la querrela se presentó a reparto el día 22 de noviembre de 2002, por lo que conforme a nuestra jurisprudencia, tampoco habría concluido tal plazo.

Ello nos lleva a analizar el momento comisivo de esta clase de infracciones penales, a lo que nos conduce también algunos de los motivos formalizados por las representaciones procesales de las defensas, tanto de Lázaro como de Ezequiel.

Esta cuestión es analizada por la sentencia recurrida (páginas 33 a 36), poniéndolo en relación con la obtención (en este caso) del beneficio mínimo determinado por el legislador, a partir del cual se proyecta la intervención del derecho penal, que en la época de los hechos enjuiciados estaba cifrado en 75 millones de pesetas, y en la actualidad, tras la reforma operada por la LO 15/2003, en 600.000 euros (unos cien millones de pesetas), y que dejando aparte su conceptualización como condición objetiva de punibilidad, o como elemento integrante valorativo de la infracción penal, nos servirá como punto de referencia para interpretar el referido momento comisivo del delito, pues claro es que tal barrera impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio o bien se cause un perjuicio de tal naturaleza (si bien esto último, de difícil concurrencia en la práctica), ya que generalmente este tipo de informaciones son aprovechadas para obtener una ventaja patrimonial considerable.

Pues, bien, dentro de este marco interpretativo, los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido.

Aun cuando convenimos que la cuestión no es de fácil respuesta, y en ello están de acuerdo todos los autores de la doctrina que han estudia-

do de este problema, nos vamos a decantar por la denominada teoría de la revalorización latente, ya que satisface mejor la protección del bien jurídico protegido y se muestra más acorde con los criterios de la tipicidad, obviando resultados absurdos.

Así, la primera posición, es decir, que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado. Solamente bajo parámetros de imperfecta ejecución criminal —tentativa— de construcción enormemente dificultosa podría valorarse en un plano teórico, pero seguramente de imposible conculcación en la práctica, ya que el cálculo del beneficio ulterior sería absolutamente evanescente.

La teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia «a quo», pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta de las acciones puede ser considerada como aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva.

La teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal

instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración.

De lo expuesto, nos inclinamos, pues, por la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante —y aquí esto desde luego no consta—, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real.

Esta es, por cierto, también la tesis de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, cuando en el Auto de fecha 2 de noviembre de 2005, acabó decretando el sobreseimiento li-

bre de esta causa, entendiendo que el delito que motiva esta causa hubo de consumarse con la máxima cotización que hubieran tenido las acciones de Tabacalera, S.A. tras hacerse pública la información que con carácter de privilegiada consiguieron los imputados, que es el momento temporal cuando se produce el mayor beneficio patrimonial para aquéllos, lo que acaece el día 26 de septiembre de 1997, por lo que en la fecha de presentación de la querrela (22 de noviembre de 2002), ya habría transcurrido el plazo de prescripción de los cinco años que tiene aparejado el delito. Y es también —debemos destacarlo así— la fecha que el propio Ministerio Fiscal determinó como tal, al modificar sus conclusiones definitivas en el acto del juicio oral, como consta en el cuarto de los antecedentes de la sentencia recurrida, al expresar la cantidad de 114.048.840 pesetas, como proposición alternativa, al señalar que era el «*beneficio obtenido con la revalorización de las acciones el día 26 de septiembre de 1997*».

(...)

Cuarto.—Una vez que hemos declarado que la acción penal está prescrita, hemos de dar respuesta a los reproches casacionales de las defensas de Lázaro y Ezequiel en tanto que consideran, por una u otra vía casacional, que los hechos no son constitutivos de infracción penal, interesando un pronunciamiento absolutorio.

Tal posibilidad dimana de la jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias 938/1998, de 8 de julio, y 1497/2001, de 18 de julio, pues hemos declarado en ellas que existe interés en este sentido por un acusado que ha sido absuelto como consecuencia de la exención de responsabilidad criminal por prescripción del delito.

Es por ello que, antes de estudiar otras cuestiones, se ha de comprobar que se ha cumplido el requisito objetivo relacionado con la obtención del beneficio que marca la ley penal en la fecha de la consumación del delito.

A tal efecto, si bien en la fecha de comisión delictiva, tal cuantía venía establecida en la suma de 75.000.000 pesetas, ha de tomarse en consideración la de 600.000 euros (LO 15/2003), como más favorable para los acusados, conforme a nuestro criterio que ya fue adoptado para

los casos de delito fiscal, en Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios de fecha 25 de octubre de 2005, en el sentido de que «es aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada». Aquí ocurre idéntica razón.

Siendo ello así, en la fecha de consumación del delito, que ha de ser el día 26 de septiembre de 1997, como ya hemos razonado, el precio medio de adquisición de las acciones por Creaciones Baluarte fue la cantidad de 7.929 pesetas (valor medio de la acción), y el precio de venta en la Bolsa de Madrid fue el de 10.520 pesetas (en la fecha en que estuvo más alta, esto el 26-9-1997), por lo que el porcentaje de ganancia se ha de situar en el 32,677 por 100, lo que arroja la suma de 126.824.577 pesetas. Este dato coincide sustancialmente también (126.823.280 pesetas) con el de la plusvalía latente que se certifica por el Instituto Español de Analistas Financieros (folio 3156), tomando en consideración un coste de adquisición de 388.109.680 pesetas (idéntico al tenido en cuenta por nosotros en esta resolución judicial).

No pueden atenderse otras consideraciones que también dejan expuestas las defensas, bajo el criterio de que parte de la revalorización es consecuencia de la subida normal del mercado bursátil por aquellas fechas, porque este componente económico no puede ser evaluado sino a base de meras elucubraciones del comportamiento del mercado, lo que haría imposible su precisa determinación en cualquier caso.

Quinto.—Constado el elemento típico del delito en que consiste tal beneficio por encima del umbral marcado por la norma penal, hemos de dar respuesta a los recursos de las defensas que cuestionan la propia existencia del delito, no conformándose con la declaración de prescripción del mismo.

Y como primer motivo, se ha de estudiar el formalizado por Ezequiel, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción constitucional del principio acusatorio en su faceta de «*incongruencia extra petita*», por cuanto la Sala sentenciadora de instancia no se ha limitado a

estudiar la cuestión de la prescripción como cuestión previa, o de previo pronunciamiento, sino precisamente como cuestión de «último pronunciamiento».

Y como corolario a su censura casacional pretende, en sintonía con su tesis defensiva, que ha de dictarse segunda sentencia por esta Sala Casacional por medio de la cual «*sean suprimidas todas las amplias partes de la sentencia de instancia que pretenden, mediante supuesta valoración probatoria y pretendida subsunción*» que los acusados no han participado en el hecho imputado, concluyendo de lo mismo que no han cometido un delito de uso de información privilegiada.

En realidad, el Tribunal sentenciador en ningún momento ha declarado la condena de los acusados como autores de tal infracción penal, sino que se ha limitado a decretar su prescripción. Ni lo ha hecho en la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, ni tampoco en su fundamentación jurídica, ciñéndose a señalar que estudiaría con posterioridad la alegada prescripción, una vez «se examinen los elementos del delito y los hechos impeditivos o extintivos del mismo» (página 10), claro es que con el único objeto de calificar el hecho y operar después para resolver la invocada prescripción del delito.

De todos modos, el problema que trae a colación el recurrente es muy sugestivo, porque está en directa relación sobre el modo de operar jurídicamente cuando el acusado plantea como cuestión previa en el ámbito de un procedimiento abreviado la causa de exención de responsabilidad criminal que consiste en la prescripción del delito, por la vía del art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Audiencia lo único que hace es entrar a conocer si concurren en el caso los elementos típicos del delito enjuiciado, para una vez calificado, proceder —analizando su plazo prescriptivo— a decretar si está prescrito o no, en función de los elementos necesarios para ello, es decir, la determinación del *dies a quo* y el *dies ad quem*, tal y como ya lo hemos analizado nosotros con anterioridad, llegando a esa misma conclusión, si bien con argumentos diversos a los que tuvieron en consideración los jueces de la instancia.

Y decimos ello porque esta Sala dictó la STS 517/2007, de 8 de junio, revocando la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6.ª, que acordaba el sobreseimiento libre de la causa y el archivo de las actuaciones por «encontrarse prescrito el delito de información privilegiada» que se imputaba a los ahora recurrentes, ordenando por el contrario este Tribunal Supremo que «*el procedimiento habrá seguir su trámite*», y ello porque «*fue una resolución extemporánea por prematura al faltar la necesaria claridad*», pues en definitiva resolver «*esta cuestión con tal antelación, sin concurrir esas premisas fácticas con claridad indubitada, no fue correcta*».

Afirmación de esta Sala Casacional que ha de conducir, por cierto, para desestimar el motivo 10.º del recurso de Ezequiel que trata de combatir tal resolución de este Tribunal Supremo en cuanto por la misma se ordenaba continuar con «el trámite», siendo extemporáneo quejarse ahora de la garantía de la «cosa juzgada» que atribuye sin ningún fundamento a los autos de sobreseimiento libre de 2 de noviembre de 2005 (el citado) y de revocación de conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado, de fecha 14 de febrero de 2006.

En consecuencia, era necesaria la celebración del juicio oral, y determinar los elementos típicos que fueran precisos, para resolver, después, la aplicación, o no, de la invocada prescripción del delito. De manera que al proceder así la Sala sentenciadora de instancia, no podemos declarar que se haya infringido tal principio constitucional, ni mucho menos que se haya provocado el vicio procesal denominado incongruencia *extrapetita*.

La cuestión que plantea el recurrente admite diversas posiciones jurídicas, pues versan sobre la forma de redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción. Y dentro de las posibilidades, pueden ofrecerse las siguientes:

1. Identificar en la resultancia fáctica, *el iter procesal* de la interrupción de la prescripción, haciéndose constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querrela, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos.

2. Relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo. A partir de ahí, se estudia la prescripción, una vez éstos quedan calificados jurídicamente.

3. Hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles —objetivos o subjetivos— para la calificación jurídica y operar a continuación sobre los plazos de prescripción.

4. O bien realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos, con objeto de que en el caso de que prosperase el recurso de casación (o de apelación), el Tribunal «ad quem» pueda pronunciarse sobre la eventual condena de los acusados, si revoca el pronunciamiento absolutorio por prescripción.

Si bien esta cuestión no es pacífica, ha de convenirse que pueden utilizarse varios de esos sistemas en función de la necesidad de clarificación del delito cometido, con objeto de proceder a determinar su plazo prescriptivo y, a continuación, la concreción de los días inicial y final de tal cómputo, pronunciándose después sobre si el delito se encuentra o no prescrito.

De tales posibilidades, hemos de inclinarnos por la tercera, en función de que —en la mayo-

ría de las ocasiones— no podemos contentarnos exclusivamente con valorar los elementos típicos objetivos —elementos descriptivos y normativos—, sino averiguar el ánimo del autor, extremo éste necesario para dicha calificación jurídica, sobre todo en aquellas infracciones penales especialmente cualificadas por su concurrencia. Por poner solamente un ejemplo, para determinar si un atentado contra la vida o la integridad personal del sujeto pasivo constituye un delito de homicidio intentado o de simples lesiones, con plazos prescriptivos diversos, ha de indagarse sobre la intención del autor, que será analizada a partir de la valoración del material probatorio que se haya desplegado en el plenario. Aquí ocurre lo propio: información reservada con carácter de privilegiada y aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero (en el caso), son requisitos típicos de necesaria concurrencia para la calificación delictiva. La Audiencia así lo ha declarado pero desde la perspectiva únicamente de la mera calificación jurídica, y no desde la panorámica de la condena delictiva.

Por lo expuesto, el motivo analizado no puede prosperar, ni tampoco el siguiente, esto es, el segundo de Ezequiel, por cuanto se formaliza *ad cautelam* del anterior, con anclaje de legalidad ordinaria, pero con los propios fundamentos jurídicos.

Sentencia 1163/2010, Sala Segunda del TS, de 22 de diciembre

Ponente: **Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Tenencia de moneda falsa. Tarjetas**

Artículos: **386 y 387 Código Penal**

Se explica en la sentencia cómo la equiparación de las tarjetas a la moneda falsa lo es en los supuestos de fabricación, no en la modalidad de tenencia para ponerla en circulación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En efecto, la sentencia, siguiendo la calificación definitiva del Ministerio Fiscal, que

sustituyó la acusación por falsificación por la de tenencia, condenó al recurrente y a su compañero, por un delito de tenencia de moneda falsa (tarjetas de crédito) para su expedición (sic), del

art. 386, párrafo segundo, inciso segundo CP, en relación con el art. 387 CP. la sentencia de instancia declaró probado que «a los acusados se les ocupó en su poder dos tarjetas bancarias de la entidad CITIBANK, a nombre de Abelardo, una Mastercard con n.º NUM001, válida hasta el 04/07, y la otra de Visa Electrón, con n.º NUM002, válida hasta el 08/07... falsas en su integridad, según informe pericial... las que adquirieron de terceras personas no identificadas, conociendo el carácter inauténtico de las mismas, y con la específica finalidad de utilizarlas en su provecho, poniéndolas en circulación en el tráfico mercantil».

Ello no obstante, la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto recoge que el ahora recurrente en su declaración indagatoria «admitió que reconocía ser poseedor de las dos tarjetas, que se las había entregado una persona de nacionalidad búlgara para que las pudiera utilizar para el pago del peaje de autopistas». Y en el fundamento de derecho quinto, que las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal en el juicio oral, a las que los acusados prestaron con sus defensas conformidad, introdujeron los hechos de que «los procesados adquirieron las tarjetas a sabiendas de su falsedad, para, posteriormente, adquirir bienes con ellos».

2. En ocasiones se ha defendido, que el significado que debe darse al término «distribuir» que utiliza el CP, es el de «dar a cada cosa su oportuna colocación o destino conveniente», que, trasladado a los hechos, equivale al uso de la tarjeta como medio de pago para el que naturalmente fue concebida. Y se destaca que abunda a favor de esta interpretación que el inciso final del párrafo segundo del precepto aplicado, sanciona la adquisición de moneda, a sabiendas de su falsedad, «con el fin de ponerla en circulación», es decir, darle el destino para el que ha sido concebida que no es otro que su uso en la vida económica como medio de pago para la adquisición de bienes y servicios.

Pues bien, sin perjuicio de lo que dijimos en alguna otra ocasión (Cfr STS. de 4-4-2007, n.º 287/2007; y STS de 18-1-08, n.º 42/08), respecto de otros hechos similares, que vinieron a ser tipificados —pues así se formuló la acusación— como un supuesto de cooperación

necesaria en el delito de falsificación de las tarjetas de crédito, ya que se constató que los implicados proporcionaron, además de las fotografías y datos para los documentos de identidad asociados, también los datos coincidentes para hacerlos constar en la banda magnética de tales tarjetas y en su propia conformación plástica, teniendo en cuenta el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 28-6-02 según el que: «Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de dinero de plástico, que el art. 387 CP equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la «banda magnética» de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 CP», lo cierto, sin embargo, en el caso que nos ocupa, en que la imputación se ha realizado por el delito de tenencia de moneda falsa (tarjetas) para su expendición o distribución, del párrafo segundo del art. 386 del CP, en relación el art. 387 del mismo, siendo exigencia del tipo la preordenación a la expendición o distribución, preciso es determinar el sentido que cabe atribuir a estas palabras.

Así, según el Diccionario de la RAE, «expendir» tiene las siguientes acepciones:

- 1.º) Gastar, o hacer expensas.
- 2.º) Vender efectos de propiedad ajena por encargo de su dueño.
- 3.º) Despachar billetes de ferrocarril, de espectáculos etc.
- 4.º) Vender al menudeo.

Y «distribuir», tiene las siguientes:

- 1.º) Dividir algo entre varias personas, designando la que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho.
- 2.º) Dar a algo su oportuna colocación o destino conveniente.
- 3.º) Entregar una mercancía a los vendedores y comunidades.
- 4.º) Deshacer los moldes, repartiendo las letras en los cajetines respectivos.

Por su parte, el Diccionario de Uso del Español (María Moliner) atribuye al primer término el significado de «vender al por menor»; y al

segundo, el de «repartir» o «asignar con regularidad o justicia a distintos lugares o distintas personas».

Por otro lado, en la Doctrina se ha entendido que «*expedición*» y «*distribución*» son expresiones sinónimas que equivalen a puesta en circulación de la moneda. La primera al por menor, a la que se da salida mediante entregas puntuales. Y la segunda, mediante la división de alguna partida entre los encargados de introducirla.

Siendo así, hay que coincidir con el criterio restrictivo minoritario del tribunal *a quo*, reflejado en su voto particular, que rechaza que pueda darse a las expresiones de referencia, el significado de «*uso*» de las tarjetas, conforme al destino para el que han sido concebidas, es decir, mediante su exhibición en los establecimientos comerciales y adquisición de mercaderías.

En la Jurisprudencia, la STS n.º 559/2008, de 22 de septiembre, aclara que la equiparación entre la moneda y la tarjeta de crédito, lo es sólo en relación con aquellas actuaciones susceptibles de ello; y precisa que una tarjeta falsa *no se tiene para transmitirla*, sino que se usa para obtener dinero o bienes. Por ello la equiparación sólo es posible respecto a las actividades relativas a la «fabricación». Así, o el tenedor de la tarjeta es considerado como fabricante de la tarjeta —a la vista de las pruebas— y como tal condenado por fabricación de moneda, o en otro caso, la sola tenencia no permite la equiparación con la tenencia de moneda falsa, y sí sólo puede dar vida a los delitos de falsificación de documento mercantil.

De acuerdo con esta idea, exigiéndose la detentación de tarjetas falsas para ser entregadas a otras personas rellenando el requisito de la finalidad típica de expedición o distribución,

queda al margen de la conducta del delito de falsificación de moneda la detentación para su utilización como instrumento de pago o, en general su utilización como instrumento mercantil (cfr. STS n.º 249/07, de 6-3-2007; n.º 58/2007, de 31-1-2007; n.º 465/2007, de 30-5-2007; n.º 722/2007, de 12-9-2007; n.º 63/2008, de 25-1-2008).

3. Abunda en esta idea la nueva redacción del CP, introducida por la LO.5/2010, de 22 de junio, que habrá de entrar en vigor, dentro de pocos días, este mismo mes de diciembre, que extrae del contenido del art. 387 CP, que define lo que se entiende por «moneda», restringiéndola a la «metálica y al papel moneda», las «tarjetas de crédito, de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje», a los que dedica el nuevo texto una nueva Sección 4.ª, del Capítulo de las Falsedades Documentales, de modo que, en el nuevo art. 399 bis, tras tipificar en su n.º 1 cualquier género de falsificación de las tarjetas o cheques de viaje, y en el n.º 2 la tenencia de las tarjetas o cheques para sus distribución o tráfico, añade un n.º 3 donde castiga específicamente, al que «*sin haber intervenido en la falsificación usarse, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados*».

Por lo tanto, no siendo aplicable en este momento a los hechos objeto de nuestro enjuiciamiento el nuevo tipo penal, hay que concluir que aquéllos resultarán impunes, y, consecuentemente, ambos motivos, en su consideración conjunta efectuada, han de ser estimados, siendo aplicables sus efectos favorables, en la forma que se determinará en segunda sentencia, también al condenado no recurrente Hilario, conforme a las previsiones del art. 903 de la LECr.

Sentencia 1116/2010, Sala Segunda del TS, de 22 de diciembre

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Competencia objetiva. Conexidad**

Artículos: **1 y 5 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado**

Afirmando la vigencia del Acuerdo Plenario de 5 de octubre de 1999 (y entendiendo que no le afecta el de 23 de febrero de 2010), se hace aplicación del mismo para considerar justificado el conocimiento de la causa por la Audiencia Provincial y no por el Tribunal del Jurado por concurrir la imputación de un homicidio consumado y otro intentado. Por su interés se reproduce voto particular que aboga por la nulidad de actuaciones instada por el recurrente por falta de competencia objetiva del Tribunal técnico de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia que la causa fue enjuiciada por el Tribunal Técnico de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, cuando el recurrente, oportunamente solicitó la transformación del procedimiento al juicio ante el Tribunal del Jurado en su escrito de 7 de Julio de 2009 y ello, respecto de todos los delitos imputados, petición que fue rechazada por la Audiencia, en el auto de 9 de Septiembre de 2009.

(...)

Dicha resolución le fue notificada temporáneamente al ahora recurrente —folio 87 del Rollo de la Audiencia— quien no efectuó alegación alguna sin que tampoco en el trámite de la Audiencia Preliminar, que esta Sala tiene declarado que también procede en el procedimiento por Sumario —SSTS 17 de Diciembre de 1998; 6 de Julio de 2000; 16 de Julio de 2004; 30 de Marzo de 2006; 1060/2006 ó 872/2008—, efectuase alegación o protesta alguna.

En esta situación, bien podría argumentarse que aquella decisión del Tribunal Provincial fue pacíficamente aceptada y pro ello no puede, sorpresivamente, plantear esa misma cuestión *ex novo*, en esta Sala Casacional, cuando además esa contienda podría entenderse que, según la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia 134/2010 y las que en ella cita, carecería de trascendencia constitucional.

Ciertamente este planteamiento sería excesivamente formalista y no tiene en cuenta aspectos relevantes que deben llevar a la conclusión contraria, esto es a permitir el debate de esta cuestión en esta sede casacional.

En efecto, no olvida la Sala que este Tribunal de Casación debe velar muy especialmente por el cumplimiento del conjunto de garantías y derechos fundamentales que definen el derecho al proceso debido a que se refieren los arts. 24 y 25 de la Constitución y que dentro de ellos se encuentra el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y que el solicitante, desde esta perspectiva puede estar legitimado a, en la situación expuesta, reproducir su petición de atribuir la competencia del conocimiento y enjuiciamiento de la presente causa al Tribunal del Jurado, ya que no se trata de una simple cuestión de atribución de la causa a uno u otro Tribunal Provincial, sino que cuando la contienda se centra entre el Tribunal del Jurado y la Audiencia Provincial, no debe dudarse que en tal caso existen notables diferencias en la composición de uno y otro Tribunal, y que además de ser el Tribunal del Jurado el predeterminado por la Ley para conocer del catálogo de delitos que la Ley le atribuye, tal asignación incide, además, en el sistema de recursos.

Por ello, hay que concluir afirmando la legitimidad del recurrente para efectuar la denuncia que ha dado vida al primero de los motivos del recurso y ese es el sentido que inspiró el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 29 de Enero de 2008 que solo limitó el conocimiento de esta cuestión cuando fuera alegada y nunca de oficio por la Sala.

Aclarado este extremo, debemos pasar a la segunda cuestión, de fondo, que no es otra que la de determinar la competencia del Tribunal que debe juzgar esta causa en la que existe un delito de homicidio consumado y otro en tentativa.

De acuerdo con el art. 5 de la LOTJ en relación con el art. 1, corresponde el conocimiento del delito de homicidio al Tribunal del Jurado,

pero solo será competente dicho Tribunal respecto del delito de homicidio consumado.

Esta Sala, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, acordó en el Pleno no Jurisdiccional de 5 de Octubre de 1999 que:

«... En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal del Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputan a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá siempre a la Audiencia Provincial...».

Este Acuerdo mantiene al día de hoy toda su vigencia y en modo alguno ha quedado modificado o afectado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de Febrero del presente año que abordó los temas de conexidad delictiva en relación al Tribunal del Jurado.

Como ya apuntaba el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Septiembre de 2009 son muy numerosas las sentencias de esta Sala que han venido manteniendo el Acuerdo del Pleno indicado, que por lo expuesto debe ser mantenido toda vez que queda fuera de toda duda que los hechos deben ser enjuiciados conjuntamente no pudiéndose romper la continencia de la causa.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL
EXCMO SR. D. LUCIANO VARELA
CASTRO A LA SENTENCIA N.º 1116/2010
EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 902/2010

Emito este voto particular por discrepar de la mayoría en cuanto a la eventual nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Tribunal de la instancia (Audiencia Provincial) y, consecuentemente, funcional de este Tribunal de casación.

Comparto con la mayoría que la parte podía plantear, tal como lo hizo, la cuestión en esta casación, tras haberla suscitado ya como artículo de previo pronunciamiento. Y a sus argumentos me remito.

Entre ellos el de no rehusar el examen de un aspecto que afecta al derecho al juez ordinario, dada la trascendencia que tiene la decisión sobre

el tipo de procedimiento y derivada competencia.

Lo que no comparto es que el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 23 de febrero de 2010 haya dejado incólume el del pleno precedente de 5 de octubre de 1999, ya que aquél tiene un evidente objetivo de plena regulación, además de revisión de anteriores criterios que se dejaron sin efecto.

Pero, y dado que el fundamento de la decisión mayoritaria es lo decidido en dicho previo pleno de 1999, sin entrar a examinar la trascendencia que tendría el acuerdo plenario de 2010, debo también dejar constancia de mi voto particular, en la medida que discrepo de las conclusiones del Pleno de 1999.

En efecto, contra lo allí decidido por la mayoría —que la resolución mayoritaria transcribe— no considero que el Tribunal del Jurado *nunca* pueda conocer de las imputaciones por homicidio no consumado.

Porque una cosa es que la ley excluya que la imputación de un (solo) delito de homicidio intentado atribuya competencia al Tribunal del Jurado, lo que no admite «en ningún caso», y otra bien distinta es que no pueda conocer de éste por conexión, cuando el Tribunal del Jurado es competente para conocer de otros delitos imputados también al autor del homicidio no consumado.

Porque, cuando la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado quiso excluir la ampliación de competencia por conexión a delitos que no le venían atribuidos a dicho Tribunal, se cuidó de expresarlo inequívocamente.

Tal es el caso de la prevaricación. Pero no lo es del homicidio intentado. Ni en este delito concurren las condiciones para la expresión de veto sin excepción que pueden tenerse por presentes en la prevaricación.

Por ello estimo que la interpretación que expone la competencia al Tribunal del Jurado ex artículo. 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado cuando se produce conexión entre homicidio intentado y otro delito (sea o no homicidio consumado ese otro delito competencia del Tribunal del Jurado), se hace una interpretación ab-

solamente ajena a la voluntad inequívoca del legislador y al texto de la ley que la recoge.

La falta de argumento sostenible en la línea del acuerdo invocado hace que esa decisión vulnere incluso el derecho al Juez ordinario. Es bien conocida la doctrina Constitucional que estima indemne este derecho cuando la variación del órgano competente deriva de una mera interpretación de ley ordinaria determinante de competencia. Pero no es menos conocida que tal indemnidad solamente ocurre ante interpretaciones que no sean injustificables.

Tampoco puedo compartir que el acuerdo plenario de febrero de 2010, de inequívoca pretensión exhaustiva en lo que atañe a la declaración —que no constitución— de la competencia del Tribunal del Jurado, no sea aplicable en todo supuesto, como reza el encabezamiento del acuerdo, de que *se imputen varios delitos* y

alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 de la LOTJ, sin excluir la hipótesis de que, entre aquellos varios, se encuentre el de homicidio intentado.

Dado que el acuerdo es declarativo, es decir de reconocimiento de lo que la ley dice y no constitutivo de lo que el Tribunal establece al margen de ella, es claro que debe aplicarse a todos los procedimientos de que conozca el Tribunal Supremo.

(...)

Por eso considero que debió estimarse el motivo del recurrente interesando la devolución de la causa al Tribunal del Jurado. Tanto si se estima que el enjuiciamiento separado rompe la continencia de la causa, como si se entiende que cabe el enjuiciamiento separado, en cuyo caso la devolución habría de referirse al enjuiciamiento del homicidio consumado.

Sentencia 1110/2010, Sala Segunda del TS, de 23 de diciembre

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

Resumen: **Entrada y registro. Hallazgo casual**

Artículos: **546 LECrim**

Se expone la evolución jurisprudencial sobre la doctrina del «hallazgo casual» con ocasión de cuestionarse la validez del registro acordado y efectuado para la investigación de unos delitos concretos y obtenerse efectos relacionados con otro distinto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Es cierto que el supuesto en que, en el transcurso de un registro autorizado en busca de efectos relacionados con delito determinado de circunstancia obligada en el auto judicial, son hallados efectos relacionados o evidenciadores de un delito distinto, ha sido objeto de controversia doctrinal en orden a si tal hallazgo novedoso, no relacionado con el delito investigado, podría ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o si, por el contrario, al no encontrarse

entre el objeto autorizado del registro había de considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante de la intromisión en el ámbito domiciliario y por tanto, obtenido como si tal resolución no le afectase.

En la jurisprudencia de esta Sala también se han encontrado presentes ambos criterios.

En algunas sentencias se reprochaba a la comisión judicial o a la fuerza actuante que no hubiera suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso a fin de comunicar el mismo al Juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación

del nuevo delito, bajo pena de nulidad cual si no hubiese existido Auto judicial respecto a este casual hallazgo, SSTS. 28.2.92, 2.7.93, 21.1 y 18.2.94 y 1.12.95 que señalan que si el registro va más allá del mandato judicial e investiga otros delitos conexos o no, será nulo en lo relativo a los excesos, si el juez instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro.

Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de «rastreos» indiscriminados de carácter meramente preventivos o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento.

No obstante esta Sala Segunda ha venido marcando las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia. Así en las sentencias 22.3.99 y 981/2003 de 3.7 se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que:

«Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuen-

temente, con unas facultades de control judicial distintos (SSTS 28-4-1995 y 7-6-1997), que ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal».

En igual sentido, la reciente STS 167/2010 de 24.2, recoge la doctrina de otras sentencias precedentes como la 315/2003 de 4.3 que, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim., teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente «adición», y la STS. 742/2003 de 22.5 que expresa que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. Añade esta sentencia que no se puede seguir, como recuerda la STS 8-3-1994 el mismo criterio que cuando se trata de un intervención telefónica. En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica apareciera objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investi-

gación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/96) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim.

(...)

Consecuentemente, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el

presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio, cuando en las presentes diligencias concurre un dato que reforzaría, aún más el valor probatorio de la ocupación de la sustancia, cual es que autorizada la entrada y registro en el domicilio del recurrente por el Juzgado instrucción n.º 2 Mataró, auto 8.11.2006, por los delitos de falsificación de documentos, falsificación de moneda, usurpación de estado civil y estafa, en el transcurso de la mencionada diligencia, que se unió a las 11,30 horas del día siguiente 9.11.2006, se localizaron (ver folios 77 vuelto, 78 y 79 más sustancias que pudieran ser estupefacientes), por lo que se suspendió el registro haciéndose constar en el acta por la Sra. Secretaria que «en este acto, a las 13 horas y puesto en contacto telefónico con la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Mataró n.º 2 autoriza la entrada para ampliarla a sustancias estupefacientes. Continuándose el registro, interviniéndose las sustancias y objetos que se detallan en la diligencia: Autorización telefónica que se vio complementada por el auto dictado ese mismo día 9.11.2006 por el Juez instructor en cuyo antecedente de hecho se hace constar que «En la mañana de hoy, esta Instructora, en funciones de guardia, ha recibido

llamada telefónica de la Secretaria de Guardia de Barcelona, comunicando que durante la práctica del registro en el citado domicilio se han encontrado 7 Kg. de hachís y unas papelinas de cocaína». «Por vía telefónica, esta instructora ha autorizado dicho registro e incautación, ampliando así el objeto de la diligencia acordada en el día de ayer para comprender también un presunto delito de tráfico de drogas».

Se objeta por el recurrente que en el propio razonamiento de auto se hace referencia a concretas cantidades de droga por lo que necesariamente el registro ya debía haberse realizado cuando el auto no estaba confeccionado aun y que en la llamada telefónica de la Sra. Secretaria del Juzgado de Barcelona recogida en el acta inicial de entrada y registro de la Juez de Instrucción de Mataró a fin de ampliar el registro, no consta transcrito ninguno de los mencionados datos que por el contrario sí recoge la Juez de Mataró en su auto de ampliación. Objeciones que no se consideran relevantes. En el acta del

registro no se consignan los datos e información que la Sra. Secretaria proporcionó a la Ilma. Sra. Juez, sino solamente la autorización de esta última para ampliar la entrada a sustancias estupefacientes. Y la aparición de los objetos delictivos no comprendidos en el auto inicial se produce necesariamente una vez que el registro autorizado para otros delitos se está llevando a cabo, por lo que resulta materialmente imposible el previo dictado del auto ampliatorio.

En base a todo lo expuesto aunque se conceptuase que el hallazgo de la droga no estaba cubierto por la literalidad del primer mandamiento judicial, en todo caso quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional a través de la Secretaria judicial que fedataba la diligencia, y el detenido fue interrogado por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien, que el tribunal de instancia no consideró creíbles.

Sentencia 1187/2010, Sala Segunda del TS, de 27 de diciembre

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Prescripción del delito**

Artículos: **131 y 132 Código Penal**

Por primera vez, estudia la Sala Segunda el sentido de la reforma introducida por la LO 5/2010 en materia de prescripción del delito y que trata de superar las interpretaciones divergentes que, como es notorio, venían sosteniendo Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Tomando ahora como consideración que el plazo dispuesto por el art. 131 del Código penal, que lo es de 5 años, hemos de estudiar el efecto de los actos de interrupción de la prescripción mediante lo ahora nuevamente disciplinado por la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, que lo ha hecho el día 23 de diciembre de 2010. Como es de ver, esta ley modifica el apartado 2 del art. 132 del Có-

digo penal confiriendo un modo de interrumpir la prescripción que se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción. Sin embargo, la novedad reside en que, tras la modificación legal citada, se entiende dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o

con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. Sobre lo que ha de entenderse por esa «resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación», al responsable indiciario de la infracción, en un hecho delictuoso, aunque es lo cierto que parece que tal modificación se refiere ahora a la admisión de la querrela o denuncia, en realidad en este apartado del precepto analizado no se dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse resoluciones judiciales diversas, como una intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. que han de interrumpir la prescripción porque el precepto no exige que tal resolución judicial motivada sea dictada al incoar una causa, aspecto procesal necesario en el supuesto de querrelas o denuncias iniciales, sino en una fase posterior, que ha de comprender una previa investigación judicializada mediante tales mecanismos de investigación citados, que requieren una resolución judicial y que se dirigen a investigar un delito concreto, limitando derechos fundamentales o activando mecanismos que han de producir tal efecto de interrupción de la prescripción. Es cierto que —después— el precepto parece partir exclusivamente de tal modo de incoación de una causa mediante los aludidos modos de denuncia o querrela, pero indudablemente la amplitud de la norma ha de significar que los actos previos de investigación judicial deben tener virtualidad interruptora.

Otra de las novedades de tal reforma la constituye la posibilidad de suspensión del plazo, institución desconocida con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Las posibilidades existentes son que, dentro de ese plazo, el órgano judicial resuelva algo, o no lo haga. Si sucede esto último,

la solución legal es que se continúe el cómputo de la prescripción sin que opere de forma alguna tal suspensión por la presentación de la querrela o denuncia, sin mayores complicaciones. En cambio, si el Juzgado de Instrucción resuelve, puede serlo naturalmente en sentido positivo a la admisión o denegatoria de ésta. Y si lo fuera en sentido positivo, «la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia». No resuelve, sin embargo, el legislador el problema de que dentro del plazo de los seis o los dos meses, el Juzgado de Instrucción rechace la admisión a trámite de la querrela o denuncia y por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoque tal decisión judicial y admita la querrela, desautorizando así el criterio del Instructor. Este es nuestro caso precisamente, si bien la sentencia recurrida no nos aclara la fecha en que se produjo tal inadmisión, ni si se presentó un recurso de reforma frente a tal decisión, y ante la negativa, el recurso de apelación, mediante el cual, la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta, dice la fundamentación jurídica de la recurrida, acordó dirigir el procedimiento el día 10 de mayo de 2006 frente a Julián como presuntamente responsable de un delito medioambiental. Y aquí se encuentra precisamente la dificultad interpretativa, pues claro es que si, dentro de tales seis o dos meses, la Audiencia revocando la decisión anterior del Juzgado, admite la querrela a trámite, es meridiano que «la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia». Si fuera de esos plazos, y aquí en efecto consta que han transcurrido en exceso, la Audiencia dicta esta resolución judicial motivada, no podemos operar del mismo modo, pues el legislador opta por regular una respuesta jurídica que necesariamente se ha de producir dentro de tales plazos para que el efecto suspensivo de la presentación de la querrela o denuncia tenga virtualidad jurídica. Entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que *en ese plazo* se decida defini-

tivamente la cuestión, como parece apuntarlo en el caso de inadmisión, en donde ha de recaer *resolución judicial firme de inadmisión* a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada, para que se produzca el efecto contrario, esto es, que el término de

prescripción continúe desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia como si nada hubiera sucedido. Al incluir el legislador en este último supuesto la mención «firme», valora la posibilidad de que tal resolución judicial haya sido sometida al criterio de un recurso ulterior, devolutivo o no.

Sentencia 1156/2010, Sala Segunda del TS, de 28 de diciembre

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Lesiones**

Artículos: **20.4, 21.7.º y 149 Código Penal**

En un supuesto de lesiones con pérdida de la visión de un ojo, se analizan cuestiones como la calificación de esta secuela, la posible concurrencia de legítima defensa (negada, pero apreciada como atenuante por analogía) o el dolo eventual en las lesiones agravadas por el resultado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del acusado Nicolás.

Tercero.—(...)

El primer e inexcusable requisito de la legítima defensa está compuesto de dos elementos: la existencia de una agresión y que ésta sea ilegítima, es decir injustificada.

La «agresión» ha de ser objetiva, requiriendo la realidad misma de la agresión, que implica una acción actual o inminente que menoscaba la integridad corporal del agredido o con potencialidad inmediata de hacerlo. Dicho en otras palabras, la agresión requiere un movimiento corporal del atacante contra el sujeto pasivo que dañe efectivamente la incolumidad física de éste o, en su segunda versión, que represente indubitablemente la amenaza seria y creíble de un mal grave y de producción inmediata o inminente.

De la agresión, aparte de su ilegitimidad, de su sinrazón y carencia de refrendo legal, se ha dicho por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ha de ofrecer cierta entidad y vigencia, hablándose de la necesidad de hallarnos ante una agresión violenta, intensa, real y grave, directa,

de suficiente y eficiente entidad intensiva para la objetiva puesta en peligro actual o inminencia de la persona del agredido, que autoriza la reacción defensiva necesaria, la *necesitas defensionis*. Ya en la STS de 13 de marzo de 2.003, expresábamos que la legítima defensa, exige, para ser apreciada, ya lo sea como eximente completa —art. 20.4—, o como eximente incompleta del n.º 1.º del artículo 21 del Código Penal, de la concurrencia del requisito esencial y prístino de la agresión ilegítima. Por tan debe entenderse toda conducta humana que cree un peligro real y objetivo, con potencia acusada de causar daño, actual o inminente, y en la que concurren los caracteres de ser injusta, inmotivada, imprevista y directa.

También la STS de 10 de diciembre de 2007 señalaba que «por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido

también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente» (STS 12.7.94), exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar» (STS 6.10.93), de modo que no la constituye «el simple pedir explicaciones o increpar verbalmente a otra persona».

La STS de 4 de julio de 2005 abundaba en este criterio al sostener que la agresión ilegítima constituye el elemento esencial e insustituible de la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta o como simple atenuante (Cfr. STS de 21-7-2003, n.º 1099/2003). La agresión ha de ser un ataque, conducta o acción actual, inminente, real, directo, inmotivado e injusto. Con tales exigencias se excluye la posibilidad de una desconexión temporal entre el ataque y la defensa, pues esta debe seguir inmediatamente al primero, y también se excluye la posibilidad de admitir defensa frente a meras amenazas o simples insultos o actitudes meramente verbales y las decisiones que no determinen una inmediata convicción de peligro real.

Analizada la acción de Porfirio sobre el acusado, debe convenirse que la misma no reúne las notas características señaladas propias de una agresión que justifique la reacción violentísima

(«brutal», la califica el Tribunal *a quo*) de Nicolás.

La acción de agarrar a éste por la parte posterior del cuello y por una muñeca no constituye, objetivamente considerado, un acto que lesione o ponga en peligro real, inmediato o inminente la integridad física, porque carece manifiestamente de la suficiente entidad o intensidad de la violencia necesaria para producir esos resultados. Es el propio Tribunal *a quo* como se ha dicho el que califica la acción como «de poca intensidad», y hasta la define «más bien [como] humillante», y ni siquiera adjetiva el agarrón como «fuerte», al contrario del que a su vez realizó Nicolás sobre Porfirio inmediatamente antes, del que la sentencia dice que «agarró fuertemente por el cuello con su mano a Porfirio...». La STS de 26 de febrero de 2004 concluía su análisis sobre una situación similar diciendo: «en la levedad de la incidencia, el empujón dado por Manuel a Eloy no tiene ni el perfil ni la intensidad de una agresión ilegítima para desencadenar la brutal reacción de un navajazo en zona sensible y vital del cuerpo del agredido, lejos de cualquier parámetro de racionalidad».

Y la STS de 21 de junio de 2007 señalaba que: «El agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en “estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados». Por ello, tal como destaca la S. 1760/2000, de 16 de noviembre, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla. Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, que son según la doctrina y la jurisprudencia una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla. Por tanto, constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes

jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar». Por lo demás, la frase amenazante e injuriosa que éste dirigió al acusado, no generaba tampoco ese peligro grave e inmediato a realizarse en el momento, sino que se trataba de una amenaza de futuro y, además, condicional, debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, la circunstancia de que el que profirió la frase había sido provocado «pocos segundos» antes por el propio acusado y que cabe poner en entredicho la seriedad de dichas amenazas una vez desaparecida la tensión del momento.

La acción de Porfirio contra —o sobre— el acusado, carece manifiesta y ostensiblemente de las características mencionadas que han de concurrir en la «agresión ilegítima y justificar una situación de auténtica necesidad de defensa, razón por la cual, y como tiene dicho inveterada doctrina de esta Sala, ante la ausencia del requisito básico, nuclear y esencial, no cabe la aplicación de la eximente completa ni incompleta, máxime cuando notoria y clamorosamente brilla por su ausencia la exigencia de la racionalidad del medio empleado para impedirlo o repeler la supuesta agresión, e incluso, en rigor, es muy dudosa la concurrencia del tercer requisito por cuanto la actuación de Porfirio fue provocada “segundos antes” por una acción similar del acusado sobre aquél, lo que una y otra, objetivamente, pueden calificarse de equiparables».

(...)

En el art. 149 CP tipifica un delito de resultado. Ese resultado viene constituido por los efectos producidos por la agresión (las lesiones propiamente dichas) y por las consecuencias generadas por éstas en la funcionalidad del órgano o sentido afectado. En el caso, la sentencia pormenoriza en el *factum* el concreto resultado lesivo ocasionado en la víctima: «1. Traumatismo contuso-penetrante en ojo izquierdo con herida en zona escleral inferior (por presión y simultá-

nea punción con cristal puntiagudo. 2. Hemorragia subconjuntival. 3. Pliegue retiniano y juxtapapilar. 4. Heridas incisas en párpado superior izquierdo y en la zona nasal. 5. Dos desprendimientos de retina fraccional en periferia temporal izquierda que surgieron a los pocos días como complicación derivada del traumatismo ocular y que requirieron tratamiento mediante fotocoagulación con láser en varias sesiones».

Por otra parte, las consecuencias o secuelas de esas lesiones: «1. Pérdida de más de un 90% de la agudeza visual de su ojo izquierdo sin corrección (le resta, pues, una agudeza visual inferior al 10%). 2. Catarata subcapsular postraumática en formación. 3. Dos desprendimientos de retina inferior, sellados mediante fotocoagulación con láser, pero cuya cicatriz retiniana es la causante de su pérdida de visión de más del 90% en ese ojo izquierdo. 4. Trastorno por estrés postraumático. 5. Trastorno adaptativo con estado de ánimo deprimido. 6. Perjuicio estético ligero por cicatrices en la región nasal de 1,5 cm.; cicatriz puntiforme en el párpado interior de su ojo izquierdo, enrojecimiento en parte interna ocular y ligera ptosis palpebral. El día 26 de junio del 2008 estaba ya estabilizado el cuadro clínico que presentaba el joven Porfirio, aunque, sin embargo, precisa de controles oftalmológicos periódicos indefinidos, no pudiendo descartarse la necesidad de cirugías posteriores tanto para la catarata (que irá a más) como para el ya sellado desprendimiento de retina en caso de que evolucione con un nuevo desprendimiento, lo cual es probable».

Como decíamos en nuestra STS de 16 de enero de 2007 al abordar la cuestión: «*el resultado al que hay que atender y el que deviene determinante para la calificación de los hechos es el otro al que nos hemos referido: el que fue consecuencia inmediata y directa de la agresión sufrida por la víctima y requirió los cuidados médicos, quirúrgicos y farmacológicos necesarios para su curación, considerando las secuelas que quedaron tras la sanidad del lesionado y sobre el cual uno y otro dictámenes periciales son contestes y coincidentes: la casi absoluta pérdida de visión del ojo izquierdo de la víctima por la rotura del cristalino a causa de los golpes recibidos. El hecho de que, independientemente*

del tratamiento médico efectuado para lograr la sanidad del herido de las lesiones causadas por los acusados, se llevara a cabo otro distinto y específicamente proyectado a conseguir disminuir lo más posible el resultado de la pérdida de la funcionalidad del ojo dañado (como en el supuesto de autos lo evidencia el informe del médico-forense que tras dictaminar la curación de las lesiones al cabo de 257 días, señala que “es de prever en un futuro nueva intervención quirúrgica para colocación de lente intraocular”), no tiene mayor relevancia para la calificación jurídico-penal de los hechos, y únicamente podrá ser valorado este otro resultado respecto a la cuantificación de las responsabilidades civiles derivadas del delito».

La doctrina jurisprudencial de esta Sala no es muy abundante en supuestos de pérdida o grave disminución de la funcionalidad de un miembro o de un órgano del cuerpo humano, y viene más bien referida a los casos de lesiones que, una vez sanadas, dejan como secuelas la deformidad grave o menos grave de la víctima, que es otra de las modalidades delictivas típicas de los artículos 149 y 150 CP y que son perfectamente predicables de aquellos otros resultados. Pues bien, esa jurisprudencia declara que debe afirmarse la irrelevancia de la posibilidad de eliminar la deformidad por medios quirúrgicos y de cubrirla con la ropa u otros medios artificiales (SSTS de 15 de noviembre de 1990, 23 de febrero de 1990 y 10 de febrero de 1992), de conformidad con la doctrina científica que sostiene que si la deformidad —como secuela de las lesiones causadas tras la curación de éstas— es corregible a través de una operación quirúrgica, ello no es óbice a que la calificación de tal deformidad se dé, pues a nadie se le puede obligar a someterse a una intervención de esa naturaleza. En este mismo sentido, la STS de 27 de febrero de 1996 declaraba que, ni puede ser argumento que la situación antiestética pueda ser modificable con cirugía u odontología estética, que en todo caso supone unos costes y sufrimientos físicos, que en todo caso se traducirán en la reparación, pero que no supone la alteración del diagnóstico final del médico forense —STS de 11 de julio de 1991—. Doctrina ésta reiterada en otras muchas resoluciones —*ad exemplum* 5 de febrero de 1987, 14 de julio de 1989, 19 de

enero, 9 de marzo, 17 de septiembre y 4 de octubre de 1990—.

Doctrina ésta en la que insiste la sentencia de 25 de marzo de 2003. También la STS de 10 de marzo de 1989, declaraba que «es por este motivo que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo invariablemente que la responsabilidad de la deformidad causada por la lesión no excluye la aplicación del artículo 420.3.º del C.P., dado que no es exigible a la víctima que deba afrontar la intervención quirúrgica necesaria para tales fines —por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 1983 y 14 de mayo de 1987—».

Ya más recientemente, al tratar de las secuelas consistentes en pérdida del cristalino con limitación de la visión de un 40%, señalaba con rotundidad que es constante el criterio de esta Sala que entiende, por un lado, que el debilitamiento de visión no equiparable a la ceguera se incardina en el tipo básico del artículo 150 e incluso en supuestos especialmente graves en el artículo 149, y, por otro, que la posibilidad de posterior cirugía reparadora o bien las implantaciones postizas que palien el efecto final de la lesión no impiden calificar los hechos de conformidad con aquellas figuras penales.

(...)

En efecto, la acción ejecutada por el acusado al sentirse agarrado por el cuello y recibir los insultos y frases amenazantes (de futuro), fue consciente y voluntaria y realizada con el fin y propósito de «quitarse de encima» al otro. El instrumento utilizado y la mecánica comisi-va, estrellando el vaso de cristal contra el rostro del oponente, «que estaba situado a su izquierda y un poco detrás», produciendo «el estallido de su globo ocular izquierdo por traumatismo penetrante en la esclerótica de un trozo roto y muy cortante del vaso de cristal...», desborda el marco de la imprudencia grave y de la culpa con previsión.

El conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La jurisprudencia de esta Sala, permite admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico, no excluyéndose la categoría

del dolo eventual simplemente por la «esperanza» de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor. En tales supuestos, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia respecto a unos resultados, cuya producción se ha representado como posible y probable. En definitiva, en la medida que la jurisprudencia ha adoptado, al menos para los delitos de resultado, la teoría de imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Así, la jurisprudencia de esta Sala, ha llegado a una situación ecléctica, conjugando las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

Pero, en todo caso, como quiera que tal asentimiento, consentimiento o conformidad es de naturaleza interna o psíquica, que se halla en lo más hondo y profundo de la intimidad del sujeto, en donde para el juzgador es de muy difícil indagación, ello, habrá de probarse o deducirse de la actuación externa y de las manifestaciones del acto.

También la jurisprudencia en su sentencia 27/1995, de 16 de enero, ha hecho referencia a la distinción entre el peligro representado en abstracto (acción culposa) y el peligro representado en concreto (acción dolosa eventual) y cita al respecto las Ss. de 24 de octubre de 1989, 5 y

25 de noviembre de 1990, 18 de marzo y 11 de diciembre de 1992 y 20 de febrero de 1993.

Parece necesario recordar que por el dolo directo el sujeto activo se dirige, de manera consciente, al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias que se asumen. Por el dolo eventual, que nada tiene que ver con la culpa consciente, el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación, no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la sola probabilidad del daño directamente no deseado. De este modo, el consentimiento de la persona se erige en dato diferenciador entre el dolo eventual y la culpa consciente. En el dolo eventual se acepta la posibilidad del resultado *ex ante*, en la línea de lo dicho más arriba, mientras que en la culpa consciente surge esa posibilidad dañosa no antes sino durante la ejecución de la acción, sin asumir nunca el resultado sencillamente porque se confía plenamente en que éste no llegará a producirse. En el caso de ahora los datos fácticos señalan el conocimiento y el consentimiento antes de la actuación criminal.

En el caso objeto de examen, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo —asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado— el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.

Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que —con diversas intensidades— ha

exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual». Añade dicha sentencia que «la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

Por lo demás, en supuestos muy similares en los que la agresión se efectúa golpeando violentamente el rostro de la víctima con un vaso de cristal, esta Sala viene apreciando, cuando menos, el dolo eventual requerido por los tipos del art. 149 y 150 CP. Así, en la STS de 22 de junio de 2005, cuando examina el caso de una discusión entre varios jóvenes en una discoteca, explica que haya que distinguir la acción propiamente dicha y el resultado de la misma. Respecto de la primera, ninguna duda existe de que la agresión a que la víctima, estampándole un vaso de cristal en la cara a la altura del ojo izquierdo, es un movimiento corporal doloso, en cuanto el autor sabe lo que hace y hace lo que quiere. En cuanto al resultado, causándole un traumatismo perforante en dicho ojo con pérdida de sustancia y lesiones en los párpados, lo que determinó el ingreso hospitalario de Jesús Luis donde le intervinieron quirúrgicamente de enucleación del ojo izquierdo, sutura escleral y sutura de múltiples desgarros palpebrales y posteriormente, la adaptación de una prótesis ocular, lesiones de las que tardó en curar 128 días, de los cuales estuvo hospitalizado 3 días y 30 días parcialmente incapacitado, quedándole como secuelas la pérdida del ojo izquierdo, podemos aceptar, como hace el Tribunal *a quo*, que no fuera directamente querido por el autor,

es decir, que no existiera dolo directo o de primer grado en relación a las consecuencias de la acción. Pero ello no excluye el dolo eventual que colma también las exigencias del elemento subjetivo del delito, por cuanto la mecánica comisiva, el medio empleado en la agresión y el lugar del rostro adonde se dirigió el golpe revelan, desde un análisis racional de las circunstancias concurrentes, que el agresor tuvo que representarse necesariamente la probabilidad del resultado, pese a lo cual consumó la acción determinante de éste, de manera que aceptaba la consecuencia previsible, por lo que la concurrencia del dolo resulta incuestionable.

La STS de 26 de junio de 2006, en circunstancias y acciones similares de golpe en el rostro con un vaso de cristal, señala: Hubo dolo respecto de la acción de golpear con el vaso en el rostro y ciertamente eventual con referencia a que incidiera en uno de los ojos del agredido: la pérdida de visión con un golpe de estas características es un resultado realmente probable por los cortes que pueden producir los cristales del vaso roto. Actuar como lo hizo Marcos con el conocimiento de que golpea con tal instrumento contra el rostro de su contrincante revela tal dolo eventual con relación a ese resultado concreto.

Entendemos que no cabe calificar estos hechos como constitutivos de imprudencia.

Hubo un ánimo de lesionar en un lugar donde se encuentra un órgano principal del cuerpo humano como son los ojos y con un medio apto para producir la mencionada pérdida de visión como lo es un golpe con un vaso que se tiene en una mano. Por otro lado no es necesaria mucha fuerza para romper el vaso de cristal por efecto de tal golpe y para que los restos de este objeto roto puedan introducirse en la órbita del ojo ocasionando lesiones tan graves.

Hubo aplicación correcta del art. 149 CP.

En la STS de 9 de julio de 2009, se lee: Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolor radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrolla-

da supone para el bien jurídico, en este caso, la integridad física y, más concretamente, la pérdida de un miembro principal es decir, realizar lo suficiente para poder explicar un resultado como el efectivamente producido, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite indentificar normativamente el posterior resultado (véase STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).

Citaremos por último la STS de 22 de mayo de 2008 que a modo de recapitulación de las anteriores expone: La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca del significado del dolo como elemento definitorio del tipo subjetivo. Sabemos que existe el dolo directo cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias al acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si, habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante, sin renunciar a la ejecución de los actos pensados. En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se deseare, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

Es decir, que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación. La Jurisprudencia se ha ido orientando, entre las varias teorizaciones doctrinales en torno al dolo eventual, hacia la aceptación de la teoría de la probabilidad, aunque sin dejar de tener en cuenta del todo la del consentimiento. Así, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos

que el agente no tiene la seguridad de poder controlar, y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado lesivo no se producirá, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados (SSTS 956/2000, de 24 julio; 972/2000, de 6 junio).

En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Afirmando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción (STS 1841/2001, de 17 de octubre). De manera que actúa con dolo eventual el que conozca o se presente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de la producción de tal resultado. Si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado, añadiendo que se admite la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones de peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque

no persiga el resultado típico, esto es, el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (ATS 79/2002, de 14 enero).

En definitiva, la Jurisprudencia viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (SSTS 1715/2001, de 19 octubre; 439/2000, de 26 de julio).

Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, «todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción» (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Recurso de la acusación particular.

(...)

Undécimo.—El motivo sexto se formula por la vía del art. 849.1.º L.E.Cr., por infracción de ley, por indebida aplicación a Nicolas de la circunstancia atenuante analógica de legítima defensa del art. 21.1.ª en relación con el art. 20.4.ª del Código Penal.

Sostiene el recurrente que no se dan en el caso enjuiciado ninguno de los requisitos que conforman la eximente y, en particular, que no concurre el elemento básico de la «agresión ilegítima», imprescindible para la apreciación de la legítima defensa como eximente completa, incompleta o atenuante analógica.

Como decíamos en nuestra STS de 10 de junio de 2009 la atenuante analógica han sido objeto de estudio y de preocupación por parte del Tribunal Supremo, sin duda por la importan-

cia que para la responsabilidad criminal ha de tener una circunstancia «abierta» y sometida a la convicción íntima de los Jueces pues, como es sabido, la semejanza o similitud con alguna de las demás atenuantes del antiguo artículo 9, hoy artículo 21, faculta para asumir la disminución de la imputabilidad.

La analogía a la que se refiere el artículo 21.6 se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, sino a la semejanza de sentido intrínseco. De ahí que sea una cláusula general de individualización de la pena que trata de ajustar ésta a la verdadera culpabilidad, es decir, no por la semejanza formal con la atenuante específica de que se trate sino por la similitud con la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21. De ahí que la apreciación de la atenuante analógica requiera, inicialmente, la existencia de un parecido o de significado semejante con alguna de las atenuantes del texto legal, que nunca puede ser absoluto, tampoco diametralmente distinto. Eso sí, conforme a lo dicho, atendiendo a semejanzas de sentido o a analogías intrínsecas basadas sobre todo en el mismo Derecho Natural. Es, en conclusión, una labor de ponderación y equilibrio que el legislador quiso residenciar en los Jueces a la hora de individualizar la pena.

La STS de 21 de junio de 2007, tratando de esta materia, establece que «en orden a la concurrencia de la atenuante 4 art. 21, para la estimación de la analogía 21.6, en relación a aquella, hemos de partir de que para que una atenuante pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal, dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdénando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes *incompletas* que no han

merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998). Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».

Y la STS de 23 de julio de 2008 añade que «La atenuante por analogía debe aplicarse a aquellos supuestos en los que en la conducta probada se aprecia una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad del autor, no refiriéndose a la concurrencia de los presupuestos de las demás atenuantes previstas en el artículo 21 CP, pues ello daría lugar a la afirmación de

la existencia de atenuantes incompletas (SSTS 544/2007 y 671/2007). Como se afirmaba ya en la STS 1006/03 la jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal».

En el caso actual, el punto de referencia lo constituye la «agresión ilegítima» que configura el elemento clave de la eximente o semiximente de la legítima defensa y que, como ya se ha razonado, no concurre en el supuesto analizado al carecer la acción de Porfirio de la entidad, gravedad y relevancia necesarias. Pero no puede negarse que esa acción sobre el acusado tiene un claro marchano de acción hostil, tratándose de una actuación de acometimiento, siquiera éste fuera leve y de mínima violencia física a la que el sujeto pasivo de la misma no tenía obligación de someterse ni aceptar resignadamente. Esa acción levemente agresiva no satisface las exigencias de la «agresión ilegítima» del art. 21.4 CP, pero contiene una intrínseca similitud o semejanza conceptual con aquélla, que el Tribunal *a quo* ha apreciado correctamente.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 1168/2010, Sala Segunda del TS, de 28 de diciembre

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Robo y abuso de superioridad**

Artículos: **22.2.º y 242 Código Penal**

De los distintos aspectos abordados, extractamos el amplio examen jurisprudencial relativo a la eventual compatibilidad entre la calificación del hecho como robo violento con uso de armas y la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Por lo que se refiere a la aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad en el delito de robo, frente a la denuncia de quiebra del principio acusatorio porque tal agravante no había sido pedida por el Ministerio Fiscal, un examen de las actuaciones patentiza que si bien es cierto que en las conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal solo la solicitó en el delito de lesiones, en las conclusiones definitivas, —folio 383, Tomo II Rollo de la Audiencia—, la extendió, también al delito de robo con violencia por lo que la aplicación de la misma por el Tribunal sentenciador, que la justificó en el f.jdco. cuarto, no ha supuesto ninguna extralimitación ni infracción del principio acusatorio.

Sexto.—Cuestión diferente, no abordada en el motivo es posible compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad al robo con violencia, subtipo agravado, empleo de armas, el debate se centraría en si pudiera quedar afectado el principio *non bis in idem* en aquellos casos en los que, tratándose de un delito de robo con empleo de armas, además al estimarse la concurrencia del abuso de superioridad, en la medida que esta agravante incidiría sobre la misma situación de dominio del agresor sobre la víctima con paralelo riesgo para su integridad física, situación de superioridad que ya quedaría valorada con el uso de armas o medios peligrosos, se estaría valorando peyorativamente dos veces una misma situación.

Hay que partir de la base de que la violencia que caracteriza el robo, es aquella desarrollada por el agente y que es instrumental al desapoderamiento de la cosa de la víctima, o para conseguir la impunidad, por lo que está en relación de medio a fin, cuando dicha violencia con la que se ve atacada la víctima con evidente riesgo para su integridad física lo es, además, a medio de la utilización de armas o instrumentos peligrosos por parte del sujeto activo, es claro que esta utilización representa un riesgo potencialmente más grave para las víctimas, que cuando el agresor no los emplea y ello justifica el plus de punitividad que prevé el art. 242-3.º Cpenal.

Hay que recordar que la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad del art. 22.2.º Cpenal, de acuerdo con la consolidada doctrina de esta Sala, —SSTS 2134/2002; 1630/2003; 1756/2003; 98/2004; 1083/2005 ó 14 de Septiembre de 2006, entre otras—, se vertriba por la concurrencia de cuatro elementos:

a) De naturaleza objetiva, se exige que: a) 1, exista un importante desequilibrio de fuerza en favor de la parte agresora derivada ya de la existencia de los medios utilizados para agredir, como ocurriría en el caso de empleo de armas o instrumentos peligrosos y a) 2, que dicha superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa del ofendido, sin llegar a eliminarlas, lo que patentiza su proximidad con la agravante de alevosía, de ahí que también se le llame «*alevosía menor*».

b) Como elementos de naturaleza subjetiva se exige que b) 1, que dicha situación de superioridad sea conocida, querida y aprovechada por el agresor para cometer más fácilmente el delito y b) 2 que ese desequilibrio de fuerzas en favor del agresor no sea inherente al delito que se comete, y ello tanto porque tal superioridad ya esté contemplada en la descripción del delito y forma parte de sus elementos típicos, o bien porque en las circunstancias concretas el delito debiera haberse realizado así. Es claro que en ambos casos no procedería la aplicación de tal agravante por carecer de autonomía.

Como puede observarse, tanto la superioridad —y consiguiente disminución de las posibilidades de defensa de la víctima— que se derivan del empleo de armas o instrumentos peligrosos, y la derivada del abuso de superioridad, ofrecen, cuando menos, aspectos comunes, son, por decirlo así círculos con aspectos tangentes/coincidentes, y es que como se dice en la STS de 10 de Noviembre de 2006, la manifestación más clara del abuso de superioridad está constituida por el empleo de armas, que es la modalidad más usual de aquélla, por ello, cuando la superioridad objetiva del agresor sobre la víctima está constituida por la existencia

de armas por parte del agresor, no procedería la utilización de esta agravante.

Hemos empleado el verbo en el sentido potencial «no procedería», porque la doctrina de la Sala no ha sido clara en este aspecto.

Séptimo.—Como punto de partida, hay que declarar que es pacífica la doctrina que estima que la agravante de abuso de superioridad, si bien despliega su natural eficacia en los delitos contra la vida e integridad personal en sentido estricto como los de homicidio o lesiones, también despliega su eficacia en relación a los delitos contra el patrimonio, del Título XIII que junto con el ataque al patrimonio constituyen un ataque contra las personas como son los delitos de robo con violencia o intimidación en los que cabe una forma alevosa de ejecución, y por tanto, también bajo la figura de la alevosía «menor» del abuso de superioridad. En tal sentido se pueden citar, entre otras, las SSTS:

a) STS 664/2002, de 11 de Abril, que la aplicó en el caso de un robo con tirón a mujer de 75 años a la que se le arrebata el bolso, haciéndole caer.

b) STS 1057/2003, de 15 de Julio, víctima de 66 años y agresor de 30 años que penetra de madrugada en la casa del primero.

c) STS1630/2003 en caso de desproporción numérica en caso de robo con violencia.

d) ATS 626/2002, de 13 de Marzo de 2002, en ataque de dos personas a la víctima que se valía de unas muletas para robarle.

e) STS 295/2004, de 10 de Febrero, en el caso de cinco agresores y una sola víctima.

f) STS 1438/2003, tres agresores que obligan a la víctima a introducirse en un coche y la llevan a varios cajeros automáticos.

De igual manera en favor de la extensión de esta agravante a los delitos de robo, se pueden citar, entre la jurisprudencia anterior a la citada, la 934/1997.

Octavo.—Cuestión diferente es la compatibilidad entre la agravante de abuso de superioridad y el delito de robo con empleo de armas.

En relación a esta situación la jurisprudencia no es tan uniforme, aunque hay que reconocer una tendencia mayoritaria a estimar la

compatibilidad de esta agravante también en los delitos de robo con violencia y empleo de armas.

Dentro de esta tendencia, se pueden citar las SSTS 1091/2003, supuesto de tres agresores armados con distintos instrumentos frente a la víctima, la STS 1471/2003, treinta agresores armados con palos y armas blancas frente a cinco hombres y una mujer, todos ellos desarmados, la STS 355/2002 utilización de una navaja frente a una víctima indefensa sin medios para repeler el ataque y confiado en no tener nada.

Muy clara es al respecto la STS 872/1999, de 25 de Mayo, en un supuesto de tres agresores con empleo de un cuchillo que asaltan a una víctima y le quitan el reloj. Se justificó la aplicación de la agravante al delito de robo con empleo de armas diciendo que «... en relación al uso de armas, es obvio que constituye uno de los tipos más claros de superioridad medial, por lo que si concurre, debe aplicarse tal agravante, con independencia de la concurrencia del tipo correspondiente al empleo de armas...».

En sentido contrario, más minoritario, se pronuncia la sentencia 1771/2002 de 23 de Febrero con el argumento de que el empleo de armas es una modalidad, la más usual del abuso de superioridad, por lo que si concurre el subtipo agravado, no procedería, además, la aplicación de la agravante genérica.

«... Que efectivamente el abuso de superioridad no puede ser apreciado en el delito de robo con violencia y uso de armas... ya que en él se tiene en cuenta el empleo de un cuchillo, que es lo que determinaría, básicamente, en este caso la superioridad de la que se abusaba...».

En igual sentido la STS de 4 de Julio de 1998 declara la inaplicabilidad del abuso de superioridad por ser inherente al robo con violencia, en un caso de robo con «tirón».

Ante este panorama jurisprudencial en el que no se constata una doctrina uniforme de esta Sala en relación a la compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad en relación al delito de robo con violencia y con empleo de armas, conviene tener en cuenta las concretas acciones que concurren en este caso y que fueron las siguientes:

a) Agresión por parte de cinco personas con un bate de béisbol al portero del club con la intención de robar en el establecimiento.

b) Causación de diversas lesiones con fracturas que exigieron tratamiento hospitalario, curando a los 120 días.

La calificación de estas dos acciones, han sido en la sentencia sometida al presente control casacional las siguientes:

El hecho a) robo con violencia y empleo de armas con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad —arts. 237 y 242-1.º y 2.º y art. 22-2.º.

El hecho b) lesiones de los arts. 147 y 148-1.º y 2.º y art. 22-2.º, es decir, el subtipo agravado de lesiones por la utilización de armas y, además, con la agravante del abuso de superioridad.

También se apreció en ambas la agravante de disfraz.

Noveno.—Estimamos que esta doble aplicación de una misma agravante en los dos delitos de robo y lesiones que fueron consecutivos con el argumento del desequilibrio notorio y desproporcionado en favor de los agresores y por ello mayor riesgo para la vida e integridad personal de la víctima, viene a suponer una doble valoración punitiva de una misma situación que se proyecta en dos delitos distintos: el robo y las lesiones, pero unidos por el elemento común del ataque efectuado contra la vida e integridad de la víctima, y ello supone, en opinión de la Sala, una vulneración del principio *ne bis in idem*.

Por ello, por razones ciertamente distintas de las alegadas por el recurrente que se refería a la vulneración del principio acusatorio, procede la estimación de esta parte del motivo, eliminando la aplicación de la agravante de abuso de superioridad respecto del delito de robo con violencia y empleo de armas.

Sentencia 1140/2010, Sala Segunda del TS, de 29 de diciembre

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

Resumen: **Conspiración para delinquir. Terrorismo**

Artículos: **17, 516, 571 y 572 Código Penal; 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial; 282 bis LECrim y 4.5 LO 19/1994, de 23 de diciembre**

De las múltiples cuestiones abordadas, recogemos la argumentación relativa a la eventual existencia de conspiración para delinquir, prevista en el art. 17 CP, así como el amplio desarrollo sobre el concepto de terrorismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Primero.—(...)

El Código Penal, arts. 17 y 18, define lo que la doctrina denomina resoluciones manifestadas que tienen en común con los actos preparatorios, el no ser comienzo de ejecución, por cuanto no afectan al núcleo del tipo, suponiendo que, superada la fase inicial de ideación, deliberación y resolución, el sujeto realiza un acto de voluntad,

o más bien un acto de manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial las diferencia de los materiales actos preparatorios.

La conspiración pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, por lo que tiene —hasta cierto punto— naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones

manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución (STS 321/2007 de 20.4).

Como decíamos en las SSTS 77/2007 de 7.2, 323/2006 de 8.3) «no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, bastando que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta, que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones, de ahí que el tribunal debe tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso, bien entendido que el desistimiento de la acción proyectada que tuvo lugar por la actividad policial, no puede producir la impunidad de los actos ya realizados que integran aquella tentativa o la conspiración delictiva concreta».

La STS 10.3.2000, entre otras muchas, nos dice: «La conspiración para delinquir existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17 CP. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; y ya se trate de fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, o se considere una especie de coautoría anticipada, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado». En similar sentido STS 20.5.2003.

Por su parte, la STS 18.6.2002, describiéndose en los hechos probados que el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, afirma:

1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica

propia», no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal», o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la «ejecución de un delito» y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).

3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4.º Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia» cual son, no sólo el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*.

Asimismo la STS 556/2006 de 31.5, se recuerda que «es doctrina constante que los conspiradores han de desarrollar una actividad precisa y concreta, que se manifieste en una realidad material y tangible, y que ponga de relieve la voluntad conjunta de delinquir, dirigida hacia la ejecución de un hecho concreto...» y que «... la conspiración para delinquir, prevista genéricamente en el artículo 17.1 del Código Penal, existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, perteneciendo a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trate de una fase del *iter*

criminis anterior a la ejecución —entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas—, ya se considere una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o copartícipes de un delito intentado o consumado. Como hemos señalado en SSTS n.º 1.581/2000 y n.º 1.129/2002, la conspiración constituye una forma de actos preparatorios del delito que no pertenecen aún a la ejecución misma y cuya criminalización ha de ser interpretada de forma restrictiva. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta, con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso concreto. Dentro del catálogo de infracciones en las que aparecen especialmente previstas la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir, son perseguibles tales conductas de forma expresa en lo atinente a los delitos de terrorismo al amparo del artículo 579.1 CP».

La STS 886/2007 de 2.11 insiste en que la conspiración siempre requiere un concierto de voluntades, con decisión dificultosa y concreta de realización de un delito conforme a un proyecto viable. Así pone de manifiesto «los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración:

- a) Ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.
- b) Orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17.3 CP).
- c) Decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.
- d) Actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.
- e) Viabilidad del proyecto delictivo».

En la STS 120/2009 de 9.2, se recuerda «legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP). Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. Con la imaginación podría haberse cometido todos los delitos. De ahí que sólo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del derecho penal. Conforme a esa idea, el CP sólo sanciona determinados actos preparatorios o pre-ejecutivos que, en realidad, son resoluciones manifestadas para delinquir.

En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades —no basta el mero intercambio de pareceres— y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el ámbito subjetivo, el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél».

En efecto, la conspiración requiere la existencia de una decisión de cometer el delito, esto es, el dolo dirigido a la resolución del supuesto de hecho típico. El tipo subjetivo es idéntico que el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo, incluidas las cualificaciones de los tipos agravados y en su caso, los especiales elementos de la autoría.

Por ello, cuando se trata de una conspiración, como modalidad de un delito principal al que va dirigida, se exige que haya prueba en un doble sentido:

- 1) Que acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieran para esa figura de infracción principal —en el caso presente un delito de estragos de los arts. 571 y 346 CP— según la calificación del Ministerio Fiscal.
- 2) Que acredite la presencia de los requisitos que el art. 17.1 exige en su definición de la conspiración, a saber, que dos o más personas

se pongan de acuerdo («se conciertan») para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo.

En cuanto a la relación de la conspiración para delinquir con el delito de integración del art. 516 es indudable que si se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado (SSTS 541/2007 de 14.6, 1346/2001 de 28.6, 1562/2002 de 1.10), que hablan de concurso real, es decir una pluralidad de acciones, pues la integración en una organización terrorista es una acción típica diversa a la de tomar parte en otras acciones delictivas. Se trata de dos acciones diversas en sentido natural.

Ahora bien la finalidad colectiva de cometer acciones delictivas para desestabilizar el orden social y político es —como reconoce el propio Ministerio Fiscal— connatural a todo grupo terrorista estructurado. Estar integrado en este tipo de bandas no implica responsabilidad penal adicional por esas genéricas finalidades delictivas como la ideación genérica de futuros delitos y voluntad abstracta de colaborar en ellos.

Sería necesario la existencia de un plan específico para una concreta acción criminal, cuya ejecución ya ha comenzado o es inminente y se han llevado actos preparatorios concretos no al servicio genérico y global de la actividad terrorista, sino dirigidos de manera directa a esa concreta y singular acción delictiva.

En el caso que se analiza no nos encontramos ante un grupo terrorista preexistente sino que es la propia preparación del acto terrorista la que sirve para declarar la existencia de la organización, su calificación como terrorista y la condena de los acusados por pertenencia.

La conspiración exige concreción del acto delictivo, debe estar dirigida a un delito concreto, determinado y perfilado en todos sus aspectos, y además que éste sea viable. En el caso actual —como destaca la sentencia impugnada— el plan alcanzaba una acción con explosivos en el Metro de Barcelona, pero en el momento de la detención de los acusados, éstos no disponían

más que de una mínima cantidad de una sustancia que pudiera usarse como explosivo y de otros elementos, insuficientes aún para la confección de los artefactos, es decir los explosivos idóneos para la comisión del delito de estragos, no estaban a disposición del grupo y en la sentencia no hay referencia alguna a cuando y cómo se conseguirían, ni tampoco a cómo se utilizarían, por lo que en el momento de la detención no habría posibilidad alguna de producir objetivamente resultado delictivo.

(...)

Recurso interpuesto por Máximo, José Ramón, Bernabé, Luis Francisco y Florián.

Decimotercero.—El motivo sexto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación de precepto sustantivo donde los hechos que se declaran probados, en concreto los arts. 515 y 516 CP, pertenencia a organización terrorista como integrante. Alternativamente con la misma base procesal, por inaplicación del art. 576 CP, colaboración con banda armada.

Se señala en el motivo la falta de justificación de uno de los elementos esenciales del tipo penal cual es el elemento armas y todo lo más colaboración.

Como hemos señalado en las SSTS 503/2008 de 17.7 y 480/2009 de 22.5 La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea del terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan este tipo de conductas.

Así el Tribunal Constitucional abordó la ausencia de definición de delito de terrorismo ya que fue éste, precisamente, el argumento principal del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/88, de 25 de mayo de reforma del CP en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

La cuestión fue resuelta por la STC 89/93, de 12 de marzo. En ella se lee que el «terrorismo» (y también la actuación de «bandas armadas» o de «elementos rebeldes») «aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración —arts. 174.3 y 174.bis.a)—, ciertamente,

pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos —art. 57.bis.a) y art. 174. bis.b), que se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado “armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase”— o por infracciones penales determinadas (art. 233: atentado contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales)».

Y en ella se señala que la expresión «elementos terroristas» «está ya presente en el art. 1 LO 11/1980 y que la referencia a las “organizaciones terroristas” aparece, por su parte, en los arts. 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros, LO 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación, al igual que los hoy impugnados, por nuestros tribunales penales, en cuya jurisprudencia cabe ya identificar —como no podía ser de otro modo— una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la LO 3/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia, en efecto, la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas». Y que «es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo 27 enero 1977 para la represión del terrorismo, ratificado por España: BOE 8 octubre 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (f. j. 5.º), establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista *conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático* y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (S 30 agosto 1990: caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa».

Y aun antes de que la sentencia anterior dejara sentada la doctrina de que la falta de un con-

cepto de terrorismo no afectaba a la Constitución, defendiendo el carácter conocido de dicha noción y el valor de la jurisprudencia a la hora de elaborar uno, la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/84, de 26 de diciembre sobre actuación de *bandas armadas o elementos terroristas* y supresión de derechos y libertades en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que introdujo el art. 520 bis LECr. (prolongación de la detención) y reformó los arts. 553 y 579 LECr. (detención y registro inmediato), afirmaba «el carácter de constituir un *riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos* por el *terror* que su actividad creaba».

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, *como violencia social o política organizada*, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva».

Y en esta misma línea, señalando, como efecto de los grupos terroristas y de los que los sirven, *la intención* de causar mal —*intimidar*— a los habitantes de una población o de una colectividad, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 27-7-03, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herribatasuna, Batasuna, y Euskal Herritarrok, en el fundamento de derecho séptimo decía que «no menos claro sería el menoscabo de derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, especialmente de quienes residen en el País Vasco y viven bajo amenaza de muerte, de exilio o de graves males... reconociendo la sentencia impugnada como probados hechos imputados al partido concurrente en muchos de los cuales es evidente la

finalidad de intimidación a categorías o clases enteras de personas».

La sentencia n.º 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12-3-03, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, recuerda que «Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.* Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

Y recuerda que «los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del *orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución*, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del *modelo democrático* que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)».

Y señala que «lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro

que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión... Que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia... y lo mismo cabe decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático».

De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la *base del propósito de difundir una situación de inseguridad* por la repetición de actividades, *con una capacidad intrínseca* necesaria para *producir esas situaciones de terror en la colectividad*, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista *por la naturaleza de las acciones de quien las comete*, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

En la STS 33/93 de 25.1, se puede leer que «el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos».

La STS 2/97 de 29.11, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: «Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la vio-

lencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política».

Para la STS 546/2002 de 20.3, «El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador democrático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: *lex scripta, praevia y certa*. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (art. 3.1 C. Civil). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son por se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

Como se lee en la STS 633/2002 de 21.5: «El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organiza-

da existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian».

La STS 556/2006 de 31.5, señala que «el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. El segundo criterio reclama que las acciones incriminables objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquéllos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada».

Por su parte la STS 50/2007 de 19.1, concluye que «La doctrina examinada, tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la *finalidad* perseguida, lo que configurará la acción como *terrorista*, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto *terrorismo, organización o grupo* terrorista, no siempre se identifica con el de *banda armada*, sino que es la naturaleza de la *acción* cometida, la *finalidad* perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Por último la STS 503/2008 de 17.7, declara que «el concepto de terrorismo está asociado

a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo».

Y continúa diciendo: «... la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificarse, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organiza-

ción terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones examinadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

Asimismo, continúa diciendo la STS 17.7.2008 aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con

distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no solo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son in-

dependientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues «ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción», (STS n.º 119/2007).

En cuanto a la pretensión de que la conducta de los acusados se subsuma en el delito de colaboración del art. 576 y no en el de integración del art. 516.2 respecto al delito de pertenencia o integración en la STS 480/2009 de 22.5, hemos recordado como en la STS 134/2001 de 28.6, se decía: «La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576». La STS 1127/2002 de 17.6, señala como requisitos del delito de integración con banda armada, los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente expuestos, que exige, pues, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva actuar

con finalidad política, de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales).

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el art. 576 del Código penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al art. 516 del Código penal, salvo que tales actos sean *per se* constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

El elemento diferencial es, por consiguiente, un componente asociativo (ilícito), marcado por la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, que tendrá reflejo, no obstante, en la diferenciación penológica que se disciplina en el propio precepto (art. 516) entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones.

A su vez la STS 785/2003 de 29.5, señalaba al diferenciar una y otra figura, que: «En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo

que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que sí, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado — SSTS 1346/2001 de 28 de Junio y 1562/2002 de 1 de Octubre —».

En definitiva la pertenencia, dice la STS. 541/2007 de 14.6, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS 119/2007 de 16.2, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que al respecto, hemos establecido (Sentencia n.º 1.127/2002, de 17 de junio; o n.º 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento

de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Respecto al delito de colaboración con banda armada.

La sentencia de esta Sala 404/2008 de 5.6, ha señalado que el tipo delictivo descrito en el art. 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboración genérica que favorezcan el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que aquella obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, prescindiendo en todo caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTS 1230/1997, 197/1999 o 532/2003). Pero también se ha puntualizado (STS 800/2006, de 13 de julio), que el delito de colaboración con banda armada, organiza-

ción o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado —SSTS 1346/2001, de 28 de junio y 1562/2002, de 1 de octubre—.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquella, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración —entre otras, STS 29 de noviembre de 1997—, a) su carácter residual respecto del delito de integración; b) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con

un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito —nuclear o periférico— pero no el de la colaboración; c) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» y d) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999 de 16.2 y 1230/1997 de 10.10, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el art. 174 bis a) del Código Penal 1973 y ahora en el art. 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atacar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organi-

zación, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener—, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le proporcionan su voluntaria aportación.

Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/2003 y 240/2004), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto —todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado—, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración —SSTC 1346/2000, de 28 de junio, 546/2002, de 20 marzo, 17 de junio de 2002, entre otras—, o se trata de un hecho atípico.

Sentencia 1093/2010, Sala Segunda del TS, de 30 de diciembre

Ponente: **Luciano Varela Castro**

Resumen: **Intervenciones telefónicas**

Artículos: **18.3 y 120 CE, 579 LECrim y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

Se declara la nulidad de las intervenciones telefónicas por insuficiencia en la motivación del auto judicial habilitante. Se reproduce, asimismo, el voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Podemos así resumir los aspectos más relevantes de tal doctrina indicando las exigencias que son canon de obligada observancia para refrendo constitucional de la legitimidad de las intervenciones de comunicaciones telefónicas:

a) Resolución jurisdiccional. La legitimidad de la intervención de comunicaciones telefónicas exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso. Así lo recordábamos en nuestra Sentencia de 2 de abril de 2009 resolviendo el recurso: 172/2008 donde recogimos lo dicho por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 136 y 239 de 2006.

b) Dicha resolución ha de estar adecuadamente motivada. Es imprescindible a tal fin que el órgano judicial exteriorice —por sí mismo en la resolución judicial o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla— la existencia de los presupuestos materiales de la intervención.

En nuestra Sentencia de 5 de noviembre de 2009, resolviendo el recurso 419/2009 recordábamos la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia n.º 197/2009 de 28 de septiembre, conforme a la cual la resolución que acuerda la intervención, o sus prórrogas, debe explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia fi-

nalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

c) Que concurre la exigible proporcionalidad de la medida. Es decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad. (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 8; 82/2002, de 22 de abril F. 3; 167/2002, de 18 de septiembre F. 2; 184/2003, de 23 de octubre F. 9; 259/2005, de 24 de octubre F. 2).

d) La resolución deberá expresar los presupuestos materiales, de los que depende el juicio de proporcionalidad. Estos vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: 1.º la existencia de un delito; 2.º que este sea grave y 3.º sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril FF. 6 y 7; 167/2002, de 18 de septiembre F. 4; 184/2003, de 23 de octubre F. 9, dictadas por el Pleno de este Tribunal).

Sobre este elemento el Tribunal Constitucional ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril de 2010, que la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios

que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que «la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3). A este respecto, no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

A este respecto se reitera que es insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué

consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser.

e) Reiteradamente se excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

f) En cuanto al contenido de la resolución que autoriza la intervención se exige que se determine con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Tercero.—La resolución que autorizó las iniciales intervenciones de comunicaciones telefónicas es de fecha 3 de agosto de 2006. En lo que a la intervención concreta que ordena se refiere, la esquemática exposición de motivos justificadores se integra en esencia por una casi formularia remisión al oficio policial, de fecha 2 de agosto de 2006, en cuya virtud se incoó el procedimiento en el que tal resolución fue dictada.

(...)

Cuarto.—Sobre la decisión de esta intervención es necesario realizar el control de observancia del canon constitucional desde los parámetros que hemos dejado expuestos.

Indiscutido el carácter jurisdiccional de la resolución de 3 de agosto de 2006 y que la misma recae cuando, por razón del oficio policial, se procede a la incoación de un procedimiento

judicial, tampoco cabe dudar de que la decisión sería, en principio, proporcionada, desde la perspectiva de su necesidad y funcionalidad idónea, para el descubrimiento de las circunstancias relativas al delito tal como se sospecha cometido. Y lo es también sin duda en relación a la entidad del delito al que se pretende dirigir la investigación policial, que, desde la incoación del procedimiento citado, es también investigación judicial.

El debate se centra en la determinación de si la decisión puede considerarse motivada. En un doble sentido: exposición de motivos y existencia de los motivos expuestos.

(...)

Es respecto a las comunicaciones efectuadas a través de la línea NUM018 que surgen los reproches de franca y poco discutible ilicitud de la resolución judicial de 3 de agosto de 2006.

Porque, seleccionada esa línea como la utilizada por un individuo identificado como Roque, ni el oficio policial arroja datos que justifiquen constitucionalmente la intervención ni la motivación expresada en dicha resolución judicial satisface dicho canon constitucional.

Porque las afirmaciones de tal vinculación se justifican desde inferencias que:

a) o bien parten de bases no objetivas ni constatables, o

b) son fruto de razonamientos no acordes en su estructura racional a elementales exigencias de la lógica o a enseñanzas de la experiencia, porque los datos objetivos, externos, susceptibles de valoración por su constatabilidad en trance de control de la decisión, son insuficientes para justificar la proclamación de vinculación del denominado Roque con actos de tráfico de drogas.

En efecto no cabe considerar datos objetivos constatables las referencias a investigaciones cuyo contenido y concreto y directo resultado no se expone en absoluto. Así ocurre con la referencia del oficio policial a otra investigación, de la cual la solicitada sería derivación. Se hace referencia a un grupo organizado del que no se formula la más mínima indicación identificadora; se dice que se detectan contactos entre quien

después se identifica como Cayetano y personas integrantes de ese grupo, de cuyos contactos no se hace la más mínima indicación, por lo que no cabe verificarlos; se habla de que Grupos policiales operativos —en materia de drogas y de delincuencia organizada— han realizado gestiones de las que tampoco se expone dato alguno, no obstante vincular a ellas nada menos que el dato de la identificación de Cayetano, como protagonista de los contactos; se remite a informaciones anónimas de las que deriva la imputación al Roque la calidad de «persona que ocupa el puesto más alto en la pirámide» en la organización de importación de droga a España desde Sudamérica y la imputación también de D. Cayetano como su lugarteniente, llegando incluso a vincular a tal fuente informativa la afirmación de que éste es quien gestiona la ocultación, venta y cobro de la droga, en operaciones de las que tampoco se reporta ni el más mínimo de los datos; se pretende corroborada la información por la manifestación de una denunciante de un delito de homicidio que, en tal contexto, afirma que D. Cayetano se dedica al tráfico de drogas, pero sin que se recoja de esa denunciante ni el más ínfimo de los datos que permitan no considerar tal atribución como meramente gratuita, sino falsa, además de sospechosa dada la condición de hermana de la víctima del delito que imputa al citado D. Cayetano.

Por lo que se refiere a los datos efectivamente observados por los agentes, lo menos que cabe predicar de ellos es su equivocidad. La eventual relación del sujeto, que va a soportar la injerencia en sus comunicación telefónica, con actividades de tráfico de drogas resulta afirmada de manera gratuita y cuando menos compatible con otras conclusiones ajenas a actividades ilícitas, o a ilícitas pero diversas del tráfico de drogas que constituye el expreso fundamento de la injerencia.

(...)

Y si ello descalifica la sospecha sobre D. Cayetano, la descalificación es de mayor entidad, si cabe, cuando se extiende al identificado como Roque. Porque tales «datos constatados» se limitan a dar cuenta de dos encuentros con D. Cayetano y a que éste le dispensó el saludo con la advocación de «Roque». Nada añade el

dato de que le acompañen otras dos personas en uno de los encuentros si de aquéllos nada se indica que no sea que el vigilante policía los evalúe subjetivamente como «guardaespaldas». Como nada añade que el otro «vigilado» D. Cayetano tenga un encuentro con otras personas no identificadas, una vez que cesa su encuentro con el citado Roque, por más que en el viaje para acudir a ese encuentro adopte lo que se califican como medidas de seguridad, consistentes en paradas frecuentes o variaciones en la velocidad del vehículo en que se viaja.

No existe canon lógico ni máxima de experiencia que permita enlazar esos dos encuentros, incluso en tal contexto, con la atribuida condición de *jefe de una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas*.

Salvo que los policías solicitantes cuenten con información cuyo contenido y origen sus traen al conocimiento del Juez. O que se confiera solvencia ética y lógica a los juicios expresados por el oficio policial que nos convoca a extraer consecuencias de la mera condición de ciudadanos con «nacionalidad colombiana», de quienes, en general y sin rubor, se predica en el oficio policial que son personas «acostumbradas a desenvolverse dentro del mundo del tráfico ilícito de drogas, siendo su país de origen uno de los principales productores de cocaína a nivel mundial». Tal aserto y lógica argumental podría conducir a políticas sobre movimientos de ciudadanos difícilmente soportables en una sociedad democrática, que no parece necesario exponer aquí.

La conclusión deviene así nítida: La resolución de 3 de agosto de 2006 por la que se habilitó la intervención de diversas comunicaciones telefónicas era ilegítima constitucionalmente y, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no utilizable la información reportada.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR, EN EL RECURSO
DE CASACIÓN 11398/2009P.

Con pleno respeto a la decisión de la Mayoría de esta Sala Casacional en el asunto de

referencia, discrepo exclusivamente en cuanto a la declaración de la ilegitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas con las que dio comienzo la investigación de los hechos después enjuiciados, en donde se ocuparon importantes cantidades de la sustancia estupefaciente denominada cocaína.

En efecto, la Mayoría declara el indiscutido carácter jurisdiccional de la resolución judicial que adopta la medida, de fecha 3 de agosto de 2006, y que de lo que no «cabe dudar» es que «la decisión sería, en principio, proporcionada, desde la perspectiva de su necesidad y funcionalidad idónea, para el descubrimiento de las circunstancias relativas al delito tal como se sospecha cometido», y lo es igualmente por «la entidad del delito al que se pretende dirigir la investigación policial» (F.J. 4.º).

El debate, en efecto, se centra en la determinación de si la decisión puede considerarse *motivada*, aspecto éste en el que discrepo de la resolución judicial de la Mayoría.

Las líneas centrales de tal falta de motivación vienen reflejadas en el F.J. 3.º (y siguientes) de tal resolución judicial, considerándose por el que suscribe este Voto Particular como suficientes a los efectos de iniciar una investigación criminal con afectación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de nuestra Carta Magna), como la única alternativa posible, desde el punto de vista de la idoneidad y subsidiariedad de la medida, a los fines perseguidos de la represión delictiva en una sociedad democrática.

El escenario que se presenta al juez de instrucción en el oficio policial es una organización criminal dedicada a la introducción de cocaína desde Sudamérica, y particularmente desde Colombia. Fruto de las vigilancias y seguimientos policiales, se detecta la presencia de dos individuos que pudieran estar planeando tal introducción, acerca de uno de los cuales se conoce su identidad —se llama en efecto Cayetano— y del otro solamente se sabe que se dirige a él, el citado, con el nombre de «Roque». Las fuentes de tal conocimiento son las propias investigaciones de la policía judicial, previas a la petición de tal intervención telefónica, así como otras de carácter anónimo —confidencias— y

una denuncia personalizada (en su autoría) que atribuye al citado Cayetano su dedicación al tráfico de drogas, entre otros supuestos delictivos (también la inducción a un homicidio). Con estos datos, los agentes realizan seguimientos a ambos sospechosos, comprobando en efecto encuentros entre ambos, en uno de tales —en concreto, en un almuerzo—, Cayetano entrega al que llama «Roque» un paquete de tabaco de colores rojizos, destacando los funcionarios policiales que aparentemente no son fumadores ninguno de ellos, y que ello puede sugerir la entrega de una «muestra» de droga. Continúan las vigilancias, que son perfectamente descritas en el oficio policial, y que se reflejan con toda clase de detalles, tanto entre ellos, como con otros individuos «de aspecto sudamericano». Se investigan sus patrimonios, dando como resultado la carencia de cualquier tipo de actividad laboral, y sin embargo, mantienen un ostensible nivel de vida, a juzgar por los locales que frecuentan, restaurantes en donde se citan a comer, residiendo Cayetano en un recinto urbanizado de notoria categoría (con dotación de parking individual, piscina y personal de seguridad en la Costa del Sol) y vehículos de alta gama. Señala el oficio policial que las noticias anónimas se han corroborado con las vigilancias y seguimientos, aspecto éste también a lo que se refería la persona denunciante (que aludió a un presunto delito de tráfico de drogas), y ponen de manifiesto que, a juicio de los investigadores, el contenido del paquete de tabaco podría ser la muestra de la droga a entregar en la operación de un tráfico ulterior, y asimismo destacan las comprobadas maniobras con una furgoneta o con un vehículo Audi, reseñadas en el oficio, que a su juicio son maniobras de seguridad, propias de una persona que sospecha pueda estar siendo vigilada policialmente, así como que el nivel de vida que ostenta Cayetano, sin fuentes conocidas de ingresos, permiten inferir una dedicación al delito como modo de vida.

Estos datos, juicios de valor y comprobaciones previas, extensamente expuestos por la policía judicial, son a mi juicio suficientes para iniciar una investigación preliminar judicializada con afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, como único

modo de continuar con las pesquisas. Y ello, porque en este estadio inicial no han de ser exigidas pruebas concluyentes, sino indicios externos y objetivos que permitan la acreditación de la necesidad de enervar tal derecho constitucional para continuar con la investigación por medios más invasivos, pero necesarios, en términos de idoneidad, para profundizar en una averiguación delictiva, que —obvio es decirlo— ni siquiera han de justificar un Auto de imputación delictiva a título de indiciaria participación criminal, equivalente a un procesamiento. Y aquí no pueden escindirse los indicios frente a uno y otro sospechoso, sino que forman parte de una única investigación en la que ambos están involucrados (lo que se revela por sus continuos contactos y entrega de esa «muestra», que aun no probada en términos de una rigurosa convicción judicial, es posible en parámetros de racional probabilidad, en absoluto arbitraria). De manera que se contaba con datos suficientes, externos y objetivos: seguimientos, vigilancias, confidencias, denuncias formales, actitudes sospechosas, patrimonios de dudosa procedencia, nivel de vida no justificado, lo que da cuenta de que la investigación policial apuntaba a la comisión delictiva que se exponía en el oficio. De otro lado, los juicios de valor que la policía judicial proporciona ante el juez, como correspondientes a funcionarios expertos en la investigación criminal, han de ser tomados en consideración para comprender el significado de muchos de los aspectos fácticos que trasladan al instructor, como el indicado del paquete de cigarrillos por quienes no fuman, o la actitud que adoptan ante los posibles seguimientos policiales, poniéndose a cubierto de cualquier pesquisa directa o presencial por parte de la policía judicial. Finalmente, que no se conozca el nombre de uno de ellos, al que únicamente se sabe que le llaman «Roque», no es óbice alguno para no intervenir sus comunicaciones, cuando se da cuenta de su posición en el entramado delictivo —esto es, un escalón superior de jerarquía en la organización—, siendo lo cierto, de todos modos, que participa de tal forma en los encuentros con el anterior.

Por tales razones, a mi juicio, confirmando el criterio de la Audiencia, este motivo debió ser desestimado.

Sentencia 1154/2010, Sala Segunda del TS, de 12 de enero de 2011

Ponente: **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Desórdenes públicos. Prueba: grabaciones videográficas**

Artículos: **557 Código Penal y 702, 710 y 741 LECrim**

Se trata de una de las escasas sentencias que tienen ocasión de ocuparse con el delito de desórdenes públicos y sus elementos configuradores. Los hechos tuvieron relevancia en los medios de comunicación: la invasión de las pistas del Aeropuerto del Prat por un grupo de trabajadores, para cuya condena fue decisivo el visionado de material videográfico cuya nulidad, postulada por el recurrente, se desestima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, denuncian vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías, postulando la nulidad del material videográfico valorado en la sentencia, especialmente el DVD 3 de Antena 3 TV por falta del requisito de la legitimidad de la acción al producirse una infracción no subsanada del artículo 41 de la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea, ya que el cámara penetró en espacios restringidos del aeropuerto sin la debida autorización. Igualmente alegan que todo el material videográfico no cumple los requisitos de inmediatez, autenticidad e integridad. Argumentan que la exclusión de este material provocaría la imposibilidad de valorar la prueba antropométrica que se apoya en el mismo. También alegan que la sentencia no valora la prueba de descargo.

1. En cuanto al primer aspecto, ha de señalarse, en primer lugar, que no se ha producido, al realizar la grabación, ninguna vulneración de derechos fundamentales que, conforme al artículo 11.1 de la LOPJ, impidiera valorar como prueba lo grabado o las manifestaciones de quienes presenciaron los hechos, concretamente de quien los presenció y procedió a grabarlos con la cámara que portaba como informador gráfico (STS n.º 819/1996 y STS n.º 913/1996, entre otras). Concretamente, no se ha vulnerado en ningún aspecto el derecho a la intimidad

de ninguna persona, pues las grabaciones se realizaron en lugares públicos, aunque de circulación restringida, ni tampoco el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues ningún domicilio resultó afectado.

De otro lado, las normas que se dicen vulneradas por quien obtuvo las imágenes luego valoradas en la sentencia, (DVD n.º 3, de Antena 3 TV), están orientadas a garantizar la seguridad en las distintas zonas del aeropuerto, especialmente las destinadas a la rodadura de las aeronaves, prohibiendo, por razones obvias, la circulación libre de personas en los lugares donde operan las aeronaves. En el momento en que ocurren los hechos, la actuación de las personas que habían invadido las pistas impedía el movimiento y circulación de aviones en tierra, por lo que la presencia del cámara en esa zona, con la exclusiva finalidad de informar de lo que allí ocurría, aunque pudiera constituir una infracción administrativa, especialmente desde el punto de vista formal, no incidió en la alteración de la seguridad que ya habían causado quienes habían invadido las pistas, ni tampoco supuso la vulneración de derecho fundamental alguno de terceros. Por lo tanto, esa infracción, que de existir sería meramente formal, en nada afecta a la validez y eficacia probatoria del material obtenido o del testimonio del autor de la grabación sobre lo percibido directamente.

2. Alegan los recurrentes que todos los CD's y DVD's aportados a la causa no han sido puestos a disposición judicial en los plazos re-

lativamente breves a los que se refiere la jurisprudencia.

Aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas.

De tales alteraciones, en el caso, no existe indicio alguno, lo cual ha permitido en alguna ocasión a esta Sala rechazar la nulidad del material videográfico, consistente en grabación efectuada por las cámaras de los accesos a una entidad bancaria, que se postulaba por el recurrente basándose en la mera posibilidad de su alteración sin que existiera dato alguno que lo avalara (STS n.º 1336/1999). Y además, lo que resulta de mayor trascendencia, el contenido de las grabaciones ha sido contrastado y valorado en todo caso como coincidente con prueba testifical.

(...)

3. En cuanto a la autenticidad e integridad de las grabaciones, debe señalarse que, como ya se dijo más arriba, el Tribunal valora el contenido de aquellas vinculado a la testifical practicada, de tal manera que, en lo que se refiere a la grabación de Antena 3 TV, contó con la declaración del propio cámara, que afirmó que las

imágenes que aparecían en la cinta coincidían con lo que él había presenciado directamente; y respecto de las grabaciones de las cámaras fijas, utilizadas como prueba de la alteración causada en el funcionamiento del aeropuerto, su contenido es coincidente asimismo con la numerosa testifical que se reseña en la sentencia.

En lo que se refiere a la integridad de la grabación, es cierto que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio. En el caso, el Tribunal valora la grabación aportada por Antena 3 TV, muy especialmente en orden a la identificación de los acusados, aunque también a la prueba de su presencia en el lugar, y al momento temporal en que tal cosa ocurre. De lo que se trataba era de precisar quienes se encontraban entre los que habían invadido las zonas restringidas provocando, con su presencia y su actitud, la alteración del orden que se describe en la sentencia, o, en su caso, contribuyendo mediante su conducta al mantenimiento de la situación ya creada impidiendo de esa forma la restauración de la normalidad. Mientras que la conducta de quienes invadieron aquellas zonas queda probada por la prueba testifical, la grabación cuestionada solo se encamina a su identificación y a acreditar que, en el momento al que se refiere, esas personas formaban parte del grupo que ejecutó aquella conducta. No es preciso para ello disponer de la grabación íntegra del incidente. Y la autenticidad de lo grabado se basa en la declaración del testigo, valorada de forma razonable por el Tribunal, y coincidente con otras testificales de Guardias Civiles mencionadas en la sentencia. Ya esta Sala, en STS n.º 4/2005, aceptó la validez como prueba de las grabaciones videográficas realizadas por me-

dios de comunicación, aunque en su ejecución no existiera, por razones evidentes, ningún control judicial y aunque sean parciales respecto a la totalidad de los hechos ocurridos.

De otro lado, en ningún momento fue solicitado por la defensa el examen de las grabaciones íntegras, con la posible finalidad de verificar si en ellas se contenía algo de su interés. Tampoco solicitó su aportación. Es cierto, como argumenta, que no le corresponde proporcionar pruebas de cargo, ni tampoco la sanación de las aportadas por la acusación. Pero si pretendía utilizar como elemento de defensa parte de la grabación, hasta entonces no aportada, debió solicitarla.

Y, tal como hemos dicho más arriba, la grabación, como complemento y refuerzo de la testifical de quien la realiza, no precisa en este caso ser aportada en su integridad para ser valorada como prueba de cargo, en el aspecto limitado en que lo ha sido, pues en todo caso, tampoco se garantiza con ello que el testigo hubiera grabado más que aquello que presenció y que, además, consideró de interés, sobre lo cual, precisamente, ha prestado declaración. Ello, naturalmente, no excluye la posibilidad de interrogar al testigo sobre el conjunto de lo que hubiera presenciado, ni tampoco la eventualidad de valorar otras pruebas de cargo o de descargo referidas a los mismos hechos.

(...)

Cuarto.—En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 557.1 del Código Penal. Sostiene que el lugar ocupado por los trabajadores no es un espacio público, pues tiene lugar en una zona restringida de tráfico de aeronaves; que no concurre el elemento objetivo integrado por la necesaria violencia necesaria para colmar el concepto de «invasión» contenido en el artículo 557.1; y que falta el elemento subjetivo consistente en atentar contra la paz social, ya que cuando se producen los hechos imputados, entre las 13,00 y las 14,00 horas, el tráfico aéreo se encuentra ya cerrado y han finalizado los desembarcos de emergencia; y además, no existe una situación de peligro para las personas o sus bienes.

1. En lo que se refiere a la consideración del lugar de los hechos como espacio público, es claro que no se trata de un recinto privado, aun cuando su utilización esté severamente restringida por razones de seguridad. De otro lado, la invasión de lugares privados, o de los que no lo son aunque su uso se restrinja intensamente, puede tener serias repercusiones en el orden público en función de las características de su utilización ordinaria y de las consecuencias de que tal uso sea interrumpido, por lo cual aquella condición no determina ineludiblemente la atipicidad de la conducta, que lo que exige es una alteración del orden público.

En el caso, es claro que la invasión de las pistas produjo como efecto directo la imposibilidad de utilización del aeropuerto y del tráfico aéreo durante todo el tiempo en que se mantuvo, lo cual repercutió de forma muy grave en las condiciones de normalidad de la convivencia en los aspectos relativos a los derechos de las personas al desplazamiento libre y ordenado por vía aérea. Y no solo alteró el orden, sino que al hacerlo de forma tan relevante y profunda, afectó de forma grave a la paz social.

2. En cuanto a la concurrencia de violencia, que exige una parte de la doctrina como parte integrante del concepto de «invasión» al que alude el tipo, debe señalarse, en primer lugar que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no todas las acepciones del término «invadir» implican el uso de la fuerza, pues al lado de «irrumper, entrar por la fuerza», el DRAE recoge como segunda acepción «ocupar anormal o irregularmente un lugar». En segundo lugar, que, así como las dos primeras conductas típicas (causar lesiones o producir daños) implican de alguna forma el uso de la fuerza o violencia, no ocurre lo mismo con la obstaculización de las vías públicas o de sus accesos, respecto de las cuales solo se exige la creación de peligro para sus usuarios, lo que se puede causar con o sin el empleo de fuerza o violencia, por lo que nada impide entender que la alteración del orden con la finalidad de afectar a la paz pública puede producirse mediante la invasión de instalaciones o edificios sin necesidad del empleo de una violencia específica.

En el caso, debe tenerse en cuenta que la invasión de las pistas, realizada por un alto número de personas que se negaron a abandonarlas tras los requerimientos policiales, fue acompañada de la colocación en aquellas, por quienes las invadían, de jardineras, carros, vehículos de Iberia, escaleras, garrafas de agua, tractores, furgonetas, etc., que no podían ser retiradas mientras se prolongara la invasión, y que suponen el ejercicio de una cierta fuerza sobre las cosas orientada a conseguir el objetivo final de la acción.

Lo que resulta de importancia en el tipo, es precisamente la relevancia de la alteración de las condiciones normales de convivencia, siempre que se produzca por medio de una de las conductas descritas en el precepto.

3. En cuanto al elemento subjetivo, se ha discutido si la noción de orden público es coincidente con la de paz pública. A pesar de su proximidad y de las dificultades para su distinción, ésta resulta obligatoria dada la redacción del tipo, pues carecería de sentido identificarlos de forma absoluta para entender que la conducta típica consistiría en alterar el orden o la paz públicos, con la finalidad de alterarlos. Para ello bastaría con el dolo, como conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sin necesidad de admitir una redacción redundante como la que resultaría de tal interpretación.

Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que 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 n.º 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 con-

diciones 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—».

Parte de la doctrina entiende que esta finalidad de atentar contra la paz pública no es compatible con la existencia de otra finalidad que pudiera considerarse legítima. Otro sector doctrinal, al igual que la jurisprudencia mayoritaria, se inclina por entender que la concurrencia de una finalidad legítima, que por otra parte es habitual que exista en algunas clases de manifestaciones que suponen, al menos, una cierta alteración del orden, no impide la comisión del delito, al menos cuando sea evidente la existencia de posibilidades alternativas menos gravosas para la paz pública y cuando al mismo tiempo sea evidente que con la conducta se produce su alteración de forma grave al optar sus autores por procedimientos al margen de las reglas democráticas de convivencia.

En el caso, es claro que, teniendo en cuenta la importancia que en la sociedad moderna tiene el transporte aéreo de personas, los acusados no podían ignorar que, por más que inicialmente la cuestión se relacionara con un posible conflicto laboral, que de otro lado, aún no se había presentado realmente y que no llegó a concretarse, su conducta invadiendo las pistas o manteniéndose en ellas, provocaba, de forma inseparable a la acción, una gravísima alteración del orden en el funcionamiento normalizado del aeropuerto, que al impedir el uso correcto de las pistas impedía a su vez el aterrizaje y despegue de los aviones, así como el desembarco de pasajeros de los que ya habían tomado tierra, con los evidentes trastornos para los derechos de los viajeros al desplazamiento pacífico y ordenado, y para el mismo funcionamiento del transporte aéreo considerado globalmente.

Es evidente, también, que al alcance de los acusados, y de los demás que participaron en los hechos aun cuando no hayan sido identificados, existían otras alternativas para la reivindicación y defensa de sus derechos, entre ellas la huelga con respeto a las normas vigentes, sin que

fuera necesario desarrollar una conducta con tan graves consecuencias para los derechos de terceras personas. El ejercicio de determinados derechos, como el derecho de reunión o el de manifestación, fundamentales en una sociedad democrática, pueden ocasionar inconvenientes y molestias a otros ciudadanos y es preciso realizar una labor de ponderación entre los derechos de unos y de otros, admitiendo un cierto grado de inconvenientes en aras a la calidad democrática de la sociedad y al respeto al contenido esencial de aquellos derechos.

Pero las molestias no son equiparables a otras situaciones en las que, mediante actos que implican alguna clase de violencia sobre cosas o

sobre personas, se suprime la libertad de ejercicio de otros derechos por parte de terceros a través de una severa alteración del orden público.

La elección de tal forma de comportamiento, como la relatada en los hechos probados, implica la aceptación por parte de sus autores de las consecuencias evidentes, necesariamente unidas a aquel, en cuanto a la alteración del orden, de forma que debe concluirse que entre sus finalidades estaba también la afectación de la paz pública, entendida en la forma expuesta más arriba.

Por todo ello, el motivo se desestima en su integridad.

Sentencia 5/2011, Sala Segunda del TS, de 25 de enero

Ponente: **Francisco Monderde Ferrer**

Resumen: **Trastorno de personalidad**

Artículos: **21.1.º y 7.º, 97, 104 y 105 Código Penal**

Se aprecia como muy cualificada la atenuante analógica por el trastorno de personalidad padecido, instando no sólo a la rebaja de la pena sino a fijar la correspondiente medida terapéutica en ejecución de condena (pese a no calificarse al sujeto como inimputable o semimputable).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

3. De todo ello —*factum* y menciones de los fundamentos de derecho con valor fáctico— se colige que el tribunal *a quo* entiende que se da en el acusado «un trastorno de personalidad mixto con rasgos antisociales, paranoides y límites». De modo que se encuentra «en el límite con el trastorno delirante, lo que sugiere tendencia a ser un sujeto paranoide agudo, donde pueden darse ciertas ideas fuera de la realidad, interconectadas de una naturaleza persecutoria en este caso, pudiendo existir un trastorno de pensamiento e ideas de referencia».

La sentencia de instancia basándose en la observación conclusiva del dictamen médico

forense de que el acusado «en el momento de comisión de los hechos, tenía sus facultades intelectivo-volitivas conservadas», concluye que no se puede asociar ningún tipo de atenuación al estado presentado por el inculpado, y, por tanto da a entender no tiene ningún padecimiento psíquico merecedor de apreciación desde el punto de la responsabilidad penal, y por consiguiente de tratamiento médico-psiquiátrico. Lo cual —no puede obviarse— contradice la última conclusión del dictamen médico forense donde se precisa (de modo acorde a las consideraciones médico forense previas que realiza con más detalle) que «se considera adecuado que el informado siga tratamiento psiquiátrico periódico, con toma de psicofármacos y psicoterapia asociada, todo ello a nivel ambulatorio».

4. Jurisprudencialmente, sin embargo, sí que se ha reconocido efectos al cuadro de trastorno de personalidad descrito. La misma sentencia de instancia cita la STS 696/2004, de 27 de mayo, donde se dice que la doctrina de la Sala Segunda ha entendido en general los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes, no dan lugar a una exención completa o incompleta, sino en todo caso, a una atenuación simple y solo en aquellos casos en que se haya podido establecer relación entre el trastorno y el hecho cometido.

Desde luego, como observa la propia representación del recurrente, la falta de móvil racional, de motivación en la agresión efectuada contra el inmueble incendiado, revela precisamente la relación entre la patología diagnosticada y el hecho de autos.

Ante ello, debemos recordar que esta Sala, si bien ha asociado al trastorno de personalidad acompañado de otras patologías, la eximente incompleta de enajenación mental (Cfr SSTS n.º 15/2000, de 19 de enero; n.º 831/2001, de 14 de mayo; n.º 1298/01, de 28 de junio; n.º 1341/2001, de 4 de julio; ATS n.º 423/06, de 9 de febrero; STS n.º 540/07, de 20 de junio; o SSTS n.º 1692/02, de 14 de octubre; n.º 540/07, de 20 de junio; n.º 420/09, de 24 de abril; n.º 515/09, de 6 de mayo; n.º 468/09, de 30 de abril), ha apreciado en resoluciones como el ATS n.º 2310/200, de 21 de septiembre, la estimación de la circunstancia atenuante por analogía comprendida en el art. 21.6.ª CP, en relación con los art. 21.1.ª, y 20.1.º CP. Esta resolución nos dice que «la Sala, entiende, de conformidad con la doctrina psiquiátrica y con la novena revisión de la clasificación internacional de las enfermedades mentales elaborada por la OMS, que las *psicopatías* constituyen desequilibrios caracterológicos e integran enfermedades mentales de carácter endógeno, originadoras de trastornos de temperamento, de conducta y de la afectividad, con merma sensible de ésta, y que merecen en principio una atenuación de la pena, que como norma general estribará en la aplicación de una atenuante analógica».

Y, por su parte, la STS n.º 419/04, de 25 de marzo, apreció como muy cualificada la

atenuante analógica, tras estimar en la acusada graves trastornos depresivos y crisis de angustia, y, en definitiva, un episodio depresivo mayor con afectación de su personalidad. Cuadro que en nuestro caso, viene, esencialmente, a coincidir con el descrito por la psicóloga-forense y recogido por el tribunal *a quo* en el apartado III de su fundamento de derecho sexto.

Consecuentemente, el motivo ha de ser parcialmente estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia.

(...)

SEGUNDA SENTENCIA

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Por las razones expuestas en el fundamento jurídico tercero de la sentencia rescindente, donde se estimó la apreciación de la circunstancia atenuante muy cualificada por analogía con la eximente incompleta de alteración psíquica, prevista en el art. 21.6.ª CP, en relación con los art. 21.1.ª, y 20.1.º CP, art. 66, regla 2.ª y art. 56 del mismo Código, debemos sustituir la pena de 10 años impuesta por la procedente de 7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y se acuerda, de conformidad con la doctrina de esta Sala (Cfr. STS 628/2000, de 11 de abril; STS 1170/2006, de 24 de noviembre) y lo dispuesto en los arts. 97,104,105 y concordantes del CP, la sumisión del penado, por tiempo que no podrá exceder del de cumplimiento de la pena, conforme a los criterios de contradicción, asesoramiento técnico y eficacia, al tratamiento médico-psiquiátrico oportuno que se determine durante la ejecución de la sentencia (Cfr SSTS 1697/2000, de 9 de noviembre; 1979/2001, de 25 de octubre; 2037/2001, de 26 de octubre; 380/2002, de 27 de febrero; 1374/2002, de 28 de julio; 2066/2002, de 10 de diciembre; 779/2005, de 5 de mayo).

Sentencia 40/2011, Sala Segunda del TS, de 28 de enero

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Falsificación de tarjeta de crédito**

Artículos: **399 bis Código Penal**

Se aplica, por ser más favorable, el nuevo art. 399 bis CP, introducido por la LO 5/2010, relativo a la falsificación de tarjetas de crédito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La entrada en vigor el 23 de diciembre pasado de la reforma del C. Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha supuesto la modificación del tipo penal correspondiente a la falsificación de tarjetas de crédito. El nuevo texto legal crea una nueva Sección Cuarta («De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje») en el capítulo Segundo, relativo a las «Falsedades Documentales», que a su vez se halla comprendido en el Título XVIII: «De las falsedades». La reforma conlleva la modificación del art. 387 del C. Penal, en el que se hallaban hasta ahora comprendidas las falsedades de tarjetas de crédito, que se asimilaban así a la moneda metálica, pasando ahora en cambio a constituir una falsificación autónoma incardinada en el art. 399 bis, correspondiente a la Sección Cuarta.

En el nuevo art. 399 bis, apartado 1, inciso primero, se castiga con una pena de prisión de cuatro a ocho años a quien altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje. En el apartado 2 se aplica la misma pena a los sujetos que tuvieran tarjetas de crédito o débito

o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico. Y en el apartado 3 se castiga con una pena inferior —de dos a cinco años de prisión— a quienes, sin haber intervenido en la falsificación, usaren, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados.

Pues bien, en este caso la conducta del acusado ha de subsumirse en el apartado 1 del nuevo art. 399 bis del C. Penal, puesto que, valiéndose del instrumental que le fue intervenido, reprodujo y alteró tarjetas de crédito que después fueron utilizadas en la compra de billetes de avión. Y como la pena que señala el nuevo precepto a la conducta delictiva, de cuatro a ocho años de prisión, es sustancialmente inferior a la prevista en el anterior art. 387 del C. Penal (de ocho a doce años de prisión), es claro que procede aplicar la nueva norma.

En consecuencia, y como en la sentencia de instancia se aplicó al acusado, de acuerdo con los criterios de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales, la pena mínima del modificado art. 387 del C. Penal (ocho años de prisión), ahora deberá seguirse también el mismo criterio y aplicársele por tanto en la segunda sentencia a dictar la pena de cuatro años de prisión.

Sentencia 31/2011, Sala Segunda del TS, de 2 de febrero

Ponente: **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Imparcialidad del juzgador**

Artículos: **24.2 CE y 708 LECrim**

Tras exponer la doctrina general sobre el derecho al Juez imparcial la Sala declara su vulneración considerando objetivamente justificadas las dudas del recurrente ante las preguntas formuladas por la presidenta del Tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Examinaremos en primer lugar el cuarto motivo en el que el recurrente se queja de no haber sido juzgado por un Tribunal independiente e imparcial, pues su estimación supondría la anulación del juicio y de la sentencia y haría innecesario el examen de los demás motivos del recurso. Alega que el recurrente, haciendo uso de sus derechos como acusado, manifestó que solo contestaría a preguntas de la defensa, y que tras el interrogatorio la Presidenta del Tribunal se dirigió a él preguntándole si condenaba la violencia de ETA y al responder el acusado que no contestaría a esa pregunta, la Magistrada comentó, de malas formas, «Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta» a lo que el acusado respondió «Y yo que iba a hacerla». La pregunta, afirma, no tenía relación con los hechos del procedimiento. De ello deduce que la Magistrada dejó claro que tenía animadversión hacia el recurrente, que tenía prejuzgada su decisión y que, por lo tanto, no actuaba con total imparcialidad. Sostiene que en la sentencia tiene reflejo la percepción que la Sra. Presidenta y ponente de la sentencia tiene del recurrente y cómo le influye en su actuar y en su decisión.

1. El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un Juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución. Aunque la imparcialidad también venga asegurada en otro aspecto por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces *ad hoc*.

Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio respecto de la culpabilidad del acusado, bien sea derivado de su contacto con el objeto del proceso con anterioridad al juicio, o bien de su relación con las partes. El TEDH, en la sentencia del Caso Piersack c. Bélgica, de 1 de octubre de 1982, distinguió ya entre un aspecto subjetivo que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. El Tribunal aunque ha reconocido las dificultades para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y después de afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Sentencia *Hauschildt contra Dinamarca*), ha señalado que «En cuanto al tipo de prueba exigido, ha tratado de verificar, por ejemplo, el fundamento de las alegaciones según las cuales un Juez había dado muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o, movido por razones de orden personal, se las había arreglado para que se le asignara un asunto (Sentencia, previamente citada, *De Cubber*)». (STEDH de 6 enero 2010 Vera Fernandez-Huidobro contra España).

El Tribunal Constitucional, aunque ha aceptado la distinción la ha dotado de un contenido diferente, y ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones con las partes que puedan dar lugar a un previo posicionamiento sobre la cuestión, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26

de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2).

En cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto a la composición personal del órgano de enjuiciamiento, ni tampoco de atender sus dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales, sino que para que pueda afirmarse que un Tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas sobre la imparcialidad estén objetivamente justificadas. Aunque las apariencias son importantes, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt), las dudas sobre la imparcialidad, para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones sino que requieren una justificación objetiva. El Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad.

(...)

2. La LECrim, en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim, que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad (STS n.º 538/2008, de 1 de setiembre; STS n.º 1333/2009, de 1 de diciembre, entre otras) y solamente para solicitar aclaraciones, con mayor razón cuando se trata de los acusados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido inculpativo que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal

Constitucional, en la STC n.º 229/2003 y en la STC 334/2005, entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

3. Al recurrente se le acusaba de un delito de enaltecimiento del terrorismo por haber pronunciado, en un acto público, unas frases de cuyo contenido se desprendería un elogio hacia las acciones terroristas y sus autores en relación a la obtención de un eventual éxito en sus planteamientos políticos. En esta clase de delito es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas. Pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad criminal por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cual de los posibles significados ha sido utilizado en la ocasión a la que la acusación se refiere.

La trascendencia de la actuación de la Magistrada en orden a la queja aquí formalizada no puede examinarse reduciéndola, de forma aislada, a la pregunta formulada, sino que tiene que ponerse en directa relación con el comentario que realizó tras negarse el recurrente a contestarla, así como con la naturaleza de los hechos imputados y su calificación jurídica, y con el momento en el que, pregunta, respuesta y comentario, tienen lugar.

Cuando tiene lugar el incidente que se examina, solamente se había procedido al interrogatorio del recurrente por parte de su defensa, ya que, como se ha dicho, acogiendo a sus derechos como acusado había comunicado que no respondería a otras preguntas. En sus manifestaciones en el curso del citado interrogatorio había manifestado, tal como se recoge en la sentencia, que su intención no era enaltecer el terrorismo, ya que «solo pretendía apelar a una negociación pacífica, política y democrática, y solicitaba la liberación de los presos políticos vascos en España y Francia». Con independencia de la valoración de estas aclaraciones, que

correspondería realizar en la sentencia, de ello se desprende que su declaración tenía un contenido claramente exculpativo, atribuyendo a las palabras entonces pronunciadas un significado ajeno a lo que podría considerarse enaltecimiento del terrorismo y desde luego no coincidente con el que le asignaban las acusaciones. Como se ha expuesto antes, la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito.

La pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente que, a juicio de las acusaciones, constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo. Dicho con otras palabras, no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de las explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter de-

lictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.

Al valorar el conjunto de lo ocurrido debe admitirse, pues, que desde el punto de vista del recurrente existían razones objetivas para poder sostener que en ese momento la Presidenta del Tribunal y ponente de la sentencia estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podía reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad. Prejuicio que, como tal, se expresaba antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial, pues, como se ha dicho, aun no se había procedido siquiera a la práctica de la prueba y a dar al acusado la oportunidad de hacer uso de la última palabra. En otros términos, se exterioriza antes de que el juicio oral llegara a su fin.

En esas circunstancias, las dudas del recurrente sobre la imparcialidad de la Presidenta del Tribunal deben considerarse objetivamente justificadas.

En consecuencia, el motivo se estima, lo que determinará la anulación del juicio y de la sentencia, remitiendo las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen para que proceda al señalamiento de nuevo juicio por un Tribunal compuesto por Magistrados diferentes de los que han dictado la sentencia anulada.

Sentencia 124/2011, Sala Segunda del TS, de 25 de febrero

Ponente: **Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Estafa procesal**

Artículos: **248 y 250.1.7.º Código Penal**

Se expone la doctrina jurisprudencial relativa a la figura agravada conocida como «estafa procesal», objeto de reformulación en la reciente reforma del CP por la LO 5/2010.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Las objeciones que se hacen por el recurrente, en el presente motivo, a la existencia del

delito de estafa procesal no pueden distraer el orden del que se debe partir cuando se cuestiona esa figura delictiva, que exige en primer lugar precisar su concepto y requisitos que legalmen-

te le caracterizan y sólo posteriormente analizar los pronunciamientos judiciales que se invocan en apoyo del motivo y que se refieren a casos puntuales que no tienen por qué coincidir en el supuesto que ahora examinamos y que no pueden considerarse reglas legales aplicables a todos los casos.

El artículo 250.1.2.º del Código Penal, que se dice indebidamente aplicado, dispone que el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal. Tal redacción, que estaba vigente cuando se produjeron los hechos y se dictó la sentencia de instancia, ha sido modificada por la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, habiéndose incorporado la figura de estafa procesal, ya con este nombre, al número 7.º del apartado primero de ese mismo artículo con la siguiente redacción: *«el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un pronunciamiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero»*.

La vigente redacción, fruto de la reforma antes mencionada, contiene una definición de lo que se entiende por estafa procesal, recogiendo la posición de la jurisprudencia en aquellas sentencias que venían definiendo esta modalidad de estafa agravada.

La estafa procesal se incorpora a nuestra legislación en el año 1983, como una figura más de la estafa, pero con una agravación específica (arts. 528 y 529.2), porque el daño que supone al patrimonio del particular se une el atentado contra el Poder Judicial que se utiliza como instrumento al servicio de finalidades defraudatorias. Con anterioridad a esta incorporación la jurisprudencia ya había hecho expresa referencia a esta modalidad de estafa como es exponente la sentencia de 27 de octubre de 1978 en la que se declara que también puede existir fraude

procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, etc.

De esta última sentencia y de las que se mencionarán a continuación que señalan las características y requisitos de la estafa procesal, así como de su definición legal, no se infiere, como se alega, en primer lugar, en el presente motivo, que sólo sea posible la comisión de este delito por quien es demandante. Eso será lo normal, pero legalmente no es así exigido y no se pueden excluir otros supuestos en los que sin ser demandante se utiliza engaño para que el juez resuelva en perjuicio de la otra parte, resolución que no se habría dictado de no existir el engaño. Entre ellos se pueden citar, además de los casos de reconvencción, supuestos de jurisdicción voluntaria, como sucede en el presente caso.

Así lo ha reconocido jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la sentencias 1278/2004, de 5 de abril de 2005, en la que se declara que en el caso del expediente de dominio regulado por los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la posibilidad de comisión del delito de estafa (procesal), como acertadamente lo señala la Audiencia, no puede ser excluida en general; será necesario considerar en el caso concreto la relevancia de la prueba practicada en la toma de decisión del juez, que pudo haber sido inducido a error sobre la base de pruebas falsas y el auto mediante el que resolvió la transferencia del dominio constituiría, sin duda, una disposición patrimonial que recaería sobre el patrimonio de un tercero. Con igual criterio se manifiesta la Sentencia de esta Sala 930/2009, de 30 septiembre, en la que se declara la existencia de esta conducta delictiva en un expediente de dominio.

Lo que debe entenderse por estafa procesal y, en consecuencia, la definición de esta modalidad agravada de estafa ha sido examinada por numerosas sentencias de esta Sala. Así, en la sentencia 493/2005, de 18 de abril, se declara que la llamada estafa procesal (subtipo de estafa especialmente agravado en el artículo 250.2

del Código Penal) se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el titular del órgano jurisdiccional a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio).

En la Sentencia 35/2010, de 4 febrero, con referencia a otras sentencias anteriores, se señala que lo que caracteriza a esta modalidad es aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el Juez. Es necesario que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se realicen en su ámbito, posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez.

En parecido sentido se expresa la Sentencia 878/2004, de 12 de julio, en la que se señala que en esta modalidad agravada han de concurrir los siguientes elementos:

1.º Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial;

2.º Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el juez o tribunal que ha de conocer del proceso;

3.º El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses;

4.º Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (en el mismo sentido la STS. 1980/2002 de 9 de enero).

Las posibilidades de inducir a engaño a un juez aparecen más realizables en el proceso civil y en la posición de demandante, pero como antes se ha dejado antes expresado, no se puede excluir otra posición procesal ni los procedimientos de jurisdicción voluntaria ya que es perfectamente posible que en ellos, quien no era el promotor inicial, al oponerse con engaño, consiga que el Juez dicte una resolución judicial que claramente perjudique intereses económicos del promotor.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 612/2010, AP Alicante, Sec. 2.^a, de 3 de septiembre

Ponente: **Faustino de Urquía Gómez**

Resumen: **Delito urbanístico: previa condena por falta de desobediencia, *ne bis in idem***

Artículos: **634 Código Penal y 24 CE**

La excepción de cosa juzgada funciona en supuestos como el presente en el que los hechos objeto de acusación por delito contra la ordenación del territorio coincide, con las que sirven de base para una anterior condena por falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Segundo.—Con anterioridad a serle concedida al acusado la precitada licencia para vallado, el 9 de agosto de 2001, la Brigada de Urbanismo y Medio Ambiente de la Policía Local de Mutxamel comprobó que el acusado estaba realizando obras en dicho lugar, la Partida El Tossal Redó s/n, junto al número 143 de Mutxamel, tratándose de obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada, de unos 110 m² —folio 3 de las actuaciones, y testifical—. El mencionado lugar, esto es, la Partida El Tossal Redó s/n, junto al número 143 de Mutxamel, se halla calificado, según las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mutxamel de zona 13 o de especial protección —folio 3 de las actuaciones—.

Como consecuencia de lo antedicho, el Concejal-Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Mutxamel, ese mismo día, el 9 de agosto de 2001, dictó un Decreto de paralización inmedata de las obras en el que se refleja que éstas son realizadas por el constructor Jorge y el promotor Secundino, cometiéndose un error, pues el pri-

mero había causado baja como constructor el 30 de marzo de 2001 y el segundo no era promotor, sino que lo era el hoy acusado.

El precitado Decreto de 9 de agosto de 2001 fue entregado, notificado, por el Agente de la Policía Local de Mutxamel titular de carné profesional número NUM000, que pertenece a la referida Brigada de Urbanismo y Medio Ambiente de la Policía Local de Mutxamel, a quien aparecía en el mismo como constructor, esto es, a Jorge, comunicándole a éste la obligatoriedad de paralizar las obras. Jorge firmó en la propio obra como si fuese el constructor —folio 7 de las actuaciones—.

Tercero.—El 20 de agosto de 2001 el acusado se personó en el Negociado de urbanismo de la nombrada entidad local advirtiendo el error cometido, y manifestando que es él el promotor y es a quien se deben dirigir para cualquier cuestión relativa a las citadas obras de vivienda unifamiliar, ante lo cual, el 22 de agosto de 2001 por el mentado Concejal-Delegado de Urbanis-

mo del Ayuntamiento de Mutxamel fue dictado un Nuevo Decreto, subsanando dicho error, en virtud del cual se ordenaba la paralización inmediata de las referidas obras de vivienda unifamiliar, con el apercibimiento de que, en caso de no cumplir la orden notificada podría incurrir en una infracción penal (delito), y con el mandato de demoler lo construido ilegalmente —folio 11 de estos autos—.

Dicho Decreto de 22 de agosto de 2001 fue notificada por correo certificado con acuse de recibo, recibéndolo el 25 de septiembre de 2001 Crescencia, quien firmó la recepción de —folio 8 de estos autos—.

Además, el citado Agente de la Policía Local de Mutxamel titular de carné profesional número [...] —junto al Agente de la Policía Local de Mutxamel titular de carné profesional número [...]— y el Jefe del Área de Disciplina Urbanística comunicaron, el 21 de agosto de 2001, al acusado, personalmente, la obligatoriedad de paralizar tales obras de vivienda unifamiliar, y los mentados Agentes colocaron fueran de la valla, en lugar visible, un cartel de obra paralizada por infracción urbanística —testifical y folio 4 de estos autos—.

Cuarto.—El acusado, tras serle notificado a Jorge el Decreto de 9 de agosto de 2001, tras habersele comunicado por el citado Agente de la Policía Local de Mutxamel titular de carné profesional número NUM000 y el Jefe del Área de Disciplina Urbanística el 21 de agosto de 2001, personalmente, la obligatoriedad de paralizar dichas obras de vivienda unifamiliar, y tras serle notificado a Crescencia el Decreto de 22 de agosto de 2001, mantuvo en pie tal obra de vivienda, y, cuando menos, colocó puertas, marcos de ventana, rejas, y algún elemento ornamental —tal como una pequeña repisa—, ha enlucido la vivienda, realizando el enforjamiento de las paredes —testifical y folio 5 de estas actuaciones—, y excavó unas zanjas que han resultado haber sido realizadas para construir, dentro de la finca, la parcela, y en lugar próximo, mas no anexo, a la vivienda unifamiliar en cuestión, a escasos metros de ésta, una edificación auxiliar, esto es, unos barracones (unas cuatro salas), y la citada vivienda, en la actualidad, se halla, por lo menor por fuera,

terminada —testifical—»; HECHOS PROBADOS QUE SE ACEPTAN.

Segundo.—El fallo de dicha Sentencia recurrida literalmente dice: Absuelvo a D. Ernesto, D. Abel, D. Leoncio y D. Sixto y declaro las costas de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución impugnada, dando por reproducidos sus acertados razonamientos, pues como en la misma se indica los hechos que han sido objeto de imputación en este procedimiento coinciden íntegramente con los que se le imputaron y dieron lugar a la celebración del Juicio Oral n.º 272/03 celebrado ante el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Alicante, y que dio lugar al pronunciamiento de una sentencia condenatoria por una falta de desobediencia. La trascripción de los hechos que sirvieron de base a ambas actuaciones pone de manifiesto la identidad de los mismos, lo que justifica la aplicación de la excepción de cosa juzgada en la sentencia dictada por el Magistrado-juez de lo Penal n.º 2 de Alicante, que resalta como la diferencia entre ambas causas se limita a la calificación jurídica, pues en el primer procedimiento se acusaba de un delito de desobediencia y se condenó por una falta del art. 634 del CP; y en el procedimiento de que dimana la sentencia impugnada se acusaba de un delito contra la ordenación del territorio. La excepción de cosa juzgada trata de evitar que el imputado pueda ser enjuiciado más de una vez por los mismos hechos, estableciendo la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo que para apreciar esta excepción basta con que se produzca la identidad del hecho y la identidad de la persona inculpada, careciendo de relevancia el título jurídico en el que se fundó la acusación, sin que en ningún caso pueda repetirse un juicio para que la acusación tenga una nueva oportunidad de subsanar los errores u omisiones procesales en que haya podido incurrir en una causa anterior, lo que de ser permitido, vulneraría claramente el derecho de defensa del acusado.

Sentencia 338/2010, AP Madrid, Sec. 2.^a, de 7 de septiembre

Ponente: **Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia**

Resumen: **La diferencia entre resistencia y atentado**

Artículos: **550 y 556 Código Penal**

Conforme a la sentencia de la Audiencia, de los hechos resulta que se ha producido una actuación de oposición activa de carácter ofensivo por parte del acusado, llegando al contacto físico con la Policía, que excede del límite de la resistencia y llega a ser atentado, tal como se razona.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Entiende igualmente el recurrente que se ha aplicado indebidamente el art. 550 del C.P, por entender que los hechos deben encuadrarse en el art. 556 del C.P.

El art. 550 del Código Penal tipifica el delito de atentado que consiste en el acometimiento, intimidación grave o resistencia activa grave a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

De los hechos resulta que se ha producido una actuación de oposición activa de carácter ofensivo por parte del acusado llegando al contacto físico con el Policía, que excede del límite de la resistencia, y llega a ser atentado. No es un forcejeo, no es una mera desobediencia, sino una actuación grave contra agente de la autoridad, que al emplear la fuerza física contra este constituye el delito de atentado y no de resistencia como sostiene la parte recurrente.

La STS de 9.10.07 decía que «la jurisprudencia actual ha estimado atenuado la radicalidad del criterio anterior por entender que el delito de resistencia se caracterizaba por un elemento de naturaleza obstativa, de no hacer, de pasividad, contrario al delito de atentado que exigía, por el contrario, una conducta activa, hostil y violenta, dando entrada en el tipo de resistencia no grave» a comportamientos activos

al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho (SSTS de 3/10/96 o 11/3/97). La STS de 18/3/00, como recuerda la de 22/12/01, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física (...) de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 CP EDL1995/16398.

Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. La STS 996/2000 de 5 de junio, aplica el art. 556 un supuesto en que el detenido «aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia, dio un tirón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo, donde fue reducido por varios agentes, mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones», en similar sentido STS 370/2003 de 15.3.

Sentencia 116/2010, AP Jaén, Sec. 2.ª, de 9 de septiembre

Ponente: **Rafael Morales Ortega**

Resumen: **Demolición de lo edificado; delito urbanístico**

Artículos: **319.1, 2 y 3 Código Penal**

Resuelve de forma motivada la Audiencia la cuestión relativa a la posibilidad de que el Tribunal decreta la demolición de lo delictivamente construido con base a los principios de igualdad y proporcionalidad; pero no descarta que pueda hacerlo la autoridad administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Centrado así el objeto del debate en esta alzada y antes de proceder al análisis del motivo de impugnación expuesto habremos de resaltar, aun a fuerza de ser reiterativos con la extensa cita que de sentencias de esta Audiencia Provincial se hacen en la instancia, que es doctrina mantenida de manera uniforme y reiterada por las tres Secciones que la componen en orden a la facultad de demolición que contempla el art. 319.3.º CP, y con ello contestamos a los diversos argumentos expresan el criterio que mantiene el Ministerio Público, también reiterados en numerosos recursos por el mismo, que si bien es cierto que la sanción contenida en el apartado 3.º del artículo 319 constituye una consecuencia del delito de naturaleza civil, que forma parte del contenido de la reparación, pues queda encuadrada la sanción dentro del precepto penal que tipifica la figura delictiva, y por ello, es sanción derivada del ilícito penal, también es cierto que en el mencionado apartado de dicho precepto, se establece que la demolición de la obra es una consecuencia que «podrá» ser ordenada, no conteniéndose por tanto un mandato imperativo, pues no se dice «se acordará» la demolición, sino solo «podrá acordarse» literalidad del precepto que no deja dudas sobre el hecho de que la sanción es una facultad del juzgador que, como allí se expresa debe ser motivada cuando así se acuerde (SAP de Jaén, Secc. 1.ª de 24-9-09 ó Secc. 3.ª de 31-3-09), no bastando la tipificación penal de la

conducta o la simple ilegalidad de la edificación para decretar la demolición de la misma, debiendo ponderarse en el caso concreto la proporcionalidad de la misma atendiendo a la gravedad de los intereses comunitarios conculcados que el precepto protege y en consecuencia debiendo tener en cuenta para ello las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes (SAP de Jaén, Secc. 2.º de 13-11-07). Dicho de otro modo, como exponíamos en la sentencia de esta Secc.2.º de 5-12-07 «como ha reiterado esta Sala en numerosas ocasiones —SS. 7 de febrero de 2005, 4 de septiembre de 2006 ó 31 de mayo de 2007—, hemos de partir de la premisa ineludible del carácter facultativo de la aplicación de la misma, sin que argumentos genéricos resultan suficientes para su adopción, siendo procedente examinar, como se resalta en la instancia, las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto enjuiciado pues, por un lado, si se parte de que toda conducta penada lo es por haber rebasado la frontera de la mera infracción administrativa y pese al principio de intervención mínima merece ya un mayor reproche social para incluirla a priori en el ámbito de protección del derecho Penal, debería considerarse ya en sí misma con la suficiente entidad —al no ser subsanable— para proceder en todo caso a la demolición y no lo prevé así la norma. Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, si esa mera cualidad de ilegalizable hubiera estado en la mente del Legislador del CP 1995 y del de las sucesivas reformas del

que el mismo ha sido objeto desde su entrada en vigor, como única justificación de la demolición de las construcciones o edificaciones del art. 319 CP, hubiera recogido la imposición de la misma con carácter imperativo para todos los supuestos sin necesidad además de motivación alguna al devenir ya de todo punto irrelevante por encontrarse implícita en la finalidad protectora de la norma.

Deben ser por tanto otros los motivos que lleven a cualquier Tribunal a imponer dicha sanción, pues precisamente la justificación de la misma no es otra la protección de los intereses colectivos o de terceros y habrá de procederse en consecuencia con escrupuloso respeto al Principio de proporcionalidad al que alude el recurrente según cual sea el ataque a esos intereses comunitarios que necesariamente ha de revestir una especial gravedad además de tratarse de una construcción o edificación que integre el tipo penal».

Pues bien en las sentencias hasta ahora citadas y en otras muchas (SAP de Jaén, Secc. 3.ª de 19-5-09, por citar otra reciente), hemos mantenido igualmente, que de entre esas circunstancias objetivas, habrá de tenerse en cuenta la existencia de otras construcciones previas en la zona que es objeto de enjuiciamiento, como se hace en la instancia, máxime cuando las mismas se mantienen sin ser demolidas o se ha denegado la demolición en el ámbito penal en el que nos encontramos, en tanto que si se acordase la demolición en tales casos solicitada, estaríamos otorgando un trato desigual y discriminatorio a los acusados, sin que por otra parte resulte incoherente declarar que la obra realizada es ilegal y constitutiva de la infracción penal del artículo 319.2 del Código Penal, y no adoptar las medidas necesarias para suprimir dicha ilegalidad ya que la opción de demolición la sigue manteniendo la administración una vez ha quedado resuelta la vía penal, en base a las propias facultades que le asisten en el expediente abierto al efecto; sin que en ningún caso y por tal motivo, el acuerdo de no demolición, signifique como se alega, que el bien jurídico protegido por la norma quede indefenso o conculcado, ni que la sanción y reproche penal de la conducta no tenga virtualidad práctica pues

la jurisdicción penal ha actuado y sancionado una conducta ilícita que ha atendido contra la ordenación del territorio, si bien no se consideró procedente la demolición.

A la luz de dicha doctrina, la impugnación como ya se puede colegir de lo expuesto, habrá de ser rechazada a la vista de las circunstancias concretas que de forma pormenorizada aquella expone en el fundamento de derecho cuarto de su resolución como acreditadas y en cuyo análisis esta Sala no puede sino coincidir plenamente, pues es lo cierto que, al margen de la manifiesta ilegalidad de las edificaciones enjuiciadas —individualmente consideradas lógicamente porque se trata de conductas infractoras diferentes y diferenciadas—, los argumentos en los que se sustenta resultan insuficientes para adoptar el pronunciamiento que se pretende como ya hemos dicho, y como se pone de manifiesto en la propia ampliación al atestado n.º NUM034 del SEPRONA de la Comandancia de la Guardia Civil de Jaén, son numerosas las edificaciones existentes en la zona —f. 112—, lo que queda acreditado además con las fotografías aéreas obrantes a los f. 119 a 121, siendo así que no se puede obviar como igualmente razona la Juzgadora, el hecho de que en los autos de fecha 19-6-06 y 2-8-06 —fs. 1.226 a 1.230 y 1.537—, se ordena el archivo por prescripción del delito respecto de veinte y ocho edificaciones y la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Jaén, también citada en la instancia, en la que no se acuerda la demolición de una vivienda unifamiliar en el paraje «Las Herrerías». A todo ello habremos de añadir, que la Sentencia de esta Sala de 26-2-07, se pronunciaba ya en ese mismo sentido respecto de otra vivienda del mismo paraje, y en ella expresamente se decía por lo que aquí ahora interesa «En el supuesto de autos se trata de una vivienda de tipo residencial, ubicada entre otras muchas, en el sitio Las Herrerías, Camino Viejo de Torredelcampo, que cuenta con electricidad y agua procedente de un pozo, existiendo acceso asfaltado. En el paraje, como refiere la sentencia impugnada, existen numerosas edificaciones similares; entre las que una al menos ha sido objeto de un proceso similar al de autos, como se deduce del documento aportado con el recurso consisten-

te en una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. Uno de Jaén, de 20 de enero de 2006, en la que no se acuerda la demolición interesada por el Ministerio Fiscal al estimar el Juzgador la existencia de razones de equidad que no detalla, en atención a la consolidación de un núcleo residencial en la zona que lleva a pensar, que pueda ser un terreno recalificable, en la próxima elaboración del PGOU de la ciudad de Jaén. Este último argumento, con ser atendible como uno más, desde luego resulta insuficiente para fundar la decisión de no demoler, pues ya hemos dicho en numerosas sentencias que la ordenación del territorio que se protege con el tipo es la que está en vigor, sancionada con los vigentes planes generales de ordenación urbana, y no con los avances de modificación siempre sujetos a posibles alteraciones hasta su definitiva aprobación, sin que sea dable tener en cuenta lo que son solo meras expectativas.

Ahora bien, lo que es evidente, por más que la prueba pericial, en la que se basa la sentencia de instancia, resalte el daño ambiental que produce la edificación, a la vista de los planos y fotografías aportadas en las actuaciones y en el recurso de apelación, es que en la zona y paraje en cuestión se han levantado múltiples construcciones, de similares características, tratándose de un paraje muy próximo a la ciudad, y en el que en la zona concreta dónde se alza la edificación cuestionada, no se aprecia la existencia de arbolado, lo que en definitiva supone que la demolición interesada, de llevarse a efecto, difícilmente restauraría el aspecto y medio ambiente protegido por el tipo conculcado. Ello determinará, siguiendo el criterio contenido entre otras en las Sentencias de esta Audiencia Provincial núms. 197 y 209 de la Sección Primera, referidas a supuestos similares si bien en el paraje Vega de la Reina, en el que también se aprecia la existencia de múltiples construcciones similares, lo que llevó a rechazar la demolición solicitada, que se estime el motivo del recurso, pues se evidencia dicha medida desproporcionada con el perjuicio causado; debiendo, en conclusión, revocarse la sentencia en cuanto a la medida de demolición que contiene; debiendo comunicarse lo resuelto

al Excmo. Ayuntamiento de Jaén, a fin de constancia en su expediente administrativo, a los efectos oportunos».

De esta última resolución, poniéndola además en relación con las demás citadas, no se puede colegir otra cosa pues, que lo que la Magistrada-Juez de instancia hace es exponer fielmente el criterio que ya ha venido manteniendo esta Audiencia Provincial en supuestos similares al presente de edificaciones sitas incluso en el mismo paraje, de modo que no podemos como decíamos sino compartirlo y ratificarlo en esta alzada, máxime si tenemos en cuenta que la recalificación de la que ya se hablaba entonces, se encuentra ya en un estado más avanzado como lo demuestra la certificación de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Jaén obrante al f. 2.920, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jaén, se aprobó inicialmente la Revisión del PGOU de Jaén, en la que se delimita un área de suelo Urbanizable No Sectorizado, denominado SURNS-O.3 en el que queda incluida la parcela objeto de consulta, luego no es ya que no se cuente con dato alguno, ni en la copia de los expedientes administrativos aportados, ni en la totalidad de los autos, que introduzca los elementos de juicio necesarios para adoptar la decisión solicitada al margen de la ilegalidad de la edificación por el suelo en que se encuentra, ni tan siquiera un mínimo informe de valoración de la especial gravedad de la conducta que justifique la demolición, sino que por los todos los extremos analizados, como ya lo fueron en la instancia, lo que vienen a mostrar es cierta falta de proporcionalidad para la adopción de la demolición, que por otro lado, supondría vulnerar el principio de igualdad en cuanto que se adopta una decisión desigual para supuesto idénticos; todo ello -reiteramos-, sin perjuicio de que las respectivas Gerencias de Urbanismo con base a los informes técnicos y demás elementos de valoración con los que de seguro cuenta, proceda —como se mantiene en la instancia— si así resulta de los mismos, a dicha demolición en uso de las competencias que le vienen atribuidas.

Sentencia 386/2010, AP Tarragona, Sec. 2.^a, de 9 de septiembre

Ponente: **Samantha Romero Adán**

Resumen: **Concepto legal de edificación no autorizable**

Artículos: **131, 132 y 319.2 Código Penal**

Considera la Audiencia de Tarragona que la expresión «edificación no autorizable» no está exenta de dificultades de interpretación, habiéndose concluido que, por no autorizable debe entenderse lo que ni está permitido hoy ni lo estará en el futuro, por ser insubsanable o no convalidable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Finalmente, en cuanto a la infracción del artículo 319.2 CP debemos manifestar que, dicho precepto penal castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

Determinada la autoría, y resultando acreditada la ilegalidad de la construcción así como que ésta se ha realizado en suelo no urbanizable, por tratarse de una cuestión objetiva a determinar a partir de la legalidad urbanística vigente, queda por determinar otro elemento del tipo delictivo referente a la condición de autorizable o no autorizable de esa edificación.

La expresión «edificación no autorizable», no está exenta de dificultades de interpretación, habiéndose concluido que, por no autorizable debemos entender lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades de tal naturaleza, que ni siquiera quepa la posibilidad de posterior subsanación, autorización o convalidación.

En el supuesto que aquí nos ocupa, consta en la sentencia combatida que, según explicó

el perito Sr. Catases, la construcción efectuada por la acusada no sería susceptible de convalidación de acuerdo con lo previsto en el art. 24 del Pla Director de Coordinació del Delta de l'Ebre, aprobado por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya en fecha 5 de marzo de 1996, el cual, prevé la legalización de la construcción de viviendas familiares en fincas agrícolas. Así, el perito afirma que la edificación que nos ocupa no sería susceptible de legalización al no concurrir en la misma los requisitos exigidos por el precepto. Concretamente refiere que la superficie mínima de la parcela debe ser de 0,75 Ha y la superficie de la acusada es de 0,6188 Ha, no acreditando, a su juicio, su condición de agricultora dada la escasa superficie de su parcela, añadiendo a lo anterior que, en ningún caso debió concedérsele autorización para la construcción de un almacén agrícola en tanto que dicha licencia vulnera la normativa administrativa.

Al mismo tiempo debe señalarse, abundando en lo anterior que, según consta al folio 33 del informe, en el expediente municipal de concesión de la licencia no consta ninguna referencia a la actividad agrícola ni se justifica que la edificación guarde relación funcional directa con la explotación agropecuaria de la finca ni que disponga del carácter de accesoria respecto de la explotación ni que sea proporcional a la superficie, destino y capacidad productiva de la finca donde se ubica, observándose que, la ubicación del almacén en medio de la parcela

lesiona el valor productivo de las tierras desde un punto de vista agrícola. Por último, no se especifica en el expediente si la promotora dispone de otras fincas de explotación agrícola aparte de ésta.

De acuerdo con lo anterior, no podemos concluir, como hace la parte que la edificación ilegalmente realizada sea susceptible de legali-

zación, máxime cuando el perito cuestiona la concesión de la inicial licencia para la construcción del almacén por considerar que la misma no se ajustó a la normativa administrativa vigente.

Por todo ello, procede la desestimación del motivo invocado y la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

Sentencia 701/2010, AP Barcelona, Sec. 6.^a, de 13 de septiembre

Ponente: **Eduardo Navarro Blasco**

Resumen: **Condición de los interventores de RENFE a efectos de los tipos penales**

Artículos: **634 Código Penal**

No se niega —dice la sentencia— «que los interventores de RENFE puedan tener la condición de agentes de la autoridad en otros ámbitos, pero en el penal no pueden considerarse agentes de ninguno de aquellos a los que el art. 24 otorga la condición de autoridad, sin que sea admisible ninguna interpretación extensiva y contraria a reo del precepto, que además afectaría al principio de tipicidad estricta».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se aceptan y dan por reproducidos íntegramente los de la sentencia recurrida.

Segundo.—El recurso se limita a disentir de la argumentación en la que la sentencia se apoya para absolver al acusado de la falta contra el orden público. En concreto, el único elemento de discordia se refiere a si los interventores de RENFE ostentan o no la condición de agentes de la autoridad a efectos penales. La argumentación del apelante, a la que hay que reconocer calidad y coherencia jurídica, parte sin embargo de un concepto equivocado: considerar que el art. 634 CP es una ley penal en blanco respecto a la condición de los sujetos pasivos de tal infracción penal. Quizás por ello invoca determinadas normas del ámbito administrativo que otorgan ciertamente a los interventores de RENFE la

condición de agentes de la autoridad. Pero tal remisión se hace absolutamente innecesaria cuando el propio CP en su art. 24 incorpora una definición expresa tanto del concepto de autoridad como del concepto de funcionario público (del que consideramos además que puede prescindirse en el presente caso pues el tipo por el que se acusó, a diferencia de lo que sucede en el delito de atentado, omite cualquier referencia a los funcionarios, limitando el sujeto pasivo del tipo a la autoridad y sus agentes) a los efectos penales. No se niega aquí que los interventores de RENFE puedan tener la condición de agentes de la autoridad en otros ámbitos, pero en el penal no pueden considerarse agentes de ninguno de aquéllos a los que el art. 24 CP otorga la condición de autoridad, sin que sea admisible ninguna interpretación extensiva y contraria a reo del precepto que además afectaría al principio de tipicidad estricta.

Sentencia 494/2010, AP Gerona, Sec. 3.^a, de 13 de septiembre

Ponente: **Manuel María Jaén Vallejo**

Resumen: **Falta de dejar sueltos animales dañinos ¿genera responsabilidad civil?**

Artículos: **621 y 631 Código Penal**

Da la razón la Audiencia a la recurrente (y estima parcialmente su impugnación) cuando afirma que, al no haber sido objeto de acusación ni de condena la falta de lesiones imprudentes, no es posible un pronunciamiento sobre responsabilidad civil, que no es posible articular a través del tipo penal del art. 631.1 Código Penal por el que ha sido acusada y condenada en la instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El segundo motivo lo basa la recurrente en la improcedencia de la responsabilidad civil acordada, por cuanto que el tipo penal de la falta del art. 631.1 CP es un tipo de peligro o de mera actividad, al que no se puede anudar la indemnización por las lesiones sufridas por la denunciante, acordada en la Sentencia apelada, que sólo hubiera sido posible de haberse acusado por una falta de lesiones imprudentes del art. 621 CP.

a) El tipo penal contenido en el art. 631.1 CP es un tipo de peligro y, en particular, de peligro abstracto, pues se castiga el simple hecho de dejar suelto o en condiciones de causar mal «animales feroces o dañinos»; la razón es que ello se considera, por la experiencia general, que es peligroso para las personas, es decir, el hecho mismo descrito en la norma, en abstracto, se considera peligroso y, por precaución, el legislador prohíbe el comportamiento descrito en aquel precepto, sin que sea necesario que se produzca una situación de peligro real (sí exigido, en cambio, en los llamados tipos penales de peligro concreto).

Lo anterior significa que, en realidad, el tipo penal del art. 631.1 CP se realiza infringiendo la prohibición dirigida a los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal, sin que sea necesario que esta conducta llegue a poner realmente en peligro a las personas,

porque lo que el legislador quiere evitar es que se produzca aquella situación.

b) En el presente caso, no sólo se llegó a producir una situación de peligro, sino que éste se llegó a realizar en el resultado de lesiones de la denunciante que se describe en la Sentencia impugnada, por lo que es claro que hubo también otra norma vulnerada por la denunciada, concretamente aquella que prohíbe lesionar a otro, sea dolosa o imprudentemente, con la característica en el presente caso de que ello habría tenido lugar no por acción, sino por omisión, aspecto del caso que ni ha sido examinado en la Sentencia impugnada, ni ha sido objeto tampoco de acusación por el Ministerio Fiscal, por lo que difícilmente se puede declarar un resarcimiento por las lesiones producidas a la denunciante en base a una responsabilidad civil derivada de la anterior infracción, cuando resulta que ésta no ha sido objeto de verificación ni, por tanto, de condena.

A propósito de la cuestión planteada, debe recordarse que con la introducción en el CP del art. 11 en 1995, el legislador estableció los criterios que determinan las condiciones que permiten afirmar que no impedir un resultado es equivalente a su producción activa. Y un caso claro en el que ello es posible es el de la posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente. En esta categoría entran en consideración los deberes surgidos del propio texto del

art. 11, segundo párrafo b) CP. Es decir, se trata en primer lugar de la vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones («acción u omisión precedente» dice la ley). Estos supuestos se conocen como casos de «ingerencia» y tienen su fundamento en el principio *neminem laedere* es decir, del principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás. Se trata, por lo tanto, del deber que surge de la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad en el tráfico, destinadas a que la fuente de peligro, en el caso objeto de enjuiciamiento la posesión de un animal feroz o dañino, no lesione bienes ajenos. Cuando por ausencia de estas medidas la fuente de peligro produzca un resultado típico, en el presente caso lesiones, la omisión se podrá

afirmar que es equivalente a la realización activa del tipo.

En el presente caso, nada de lo anterior se ha podido comprobar en la instancia, pues no formó parte de lo debatido en el juicio, por lo que no es posible afirmar una responsabilidad civil en base a unos presupuestos que no se han podido afirmar.

Por tanto, lleva razón la recurrente cuando afirma que al no haber sido objeto de acusación ni de condena la falta de lesiones imprudentes, no es posible un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, que no es posible articular a través del tipo penal del art. 631.1 CP por el que ha sido acusada y condenada en la instancia.

El motivo, pues, debe estimarse y, en consecuencia, al ser improcedente en esta vía penal el resarcimiento civil a favor de la lesionada, procede dejar sin efecto dicho pronunciamiento.

Sentencia 195/2010, AP Madrid, Sec. 4.ª, de 13 de septiembre

Ponente: **Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias**

Resumen: **Responsabilidad civil de los padres por los delitos cometidos por los hijos: moderación**

Artículos: **61.3 Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) y 218.1 y 2 Ley de Enjuiciamiento Civil**

Recoge esta sentencia un supuesto en el que la Audiencia estima parcialmente el recurso al atemperar la responsabilidad civil de las representantes legales del menor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 61.3 LORPM, al no haber quedado acreditado que éstos hubiesen favorecido la conducta del menor con daño o negligencia grave.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el recurso se alega por el recurrente, infracción procesal por incongruencia de la sentencia y falta de motivación de la misma, vulnerando el artículo 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, subsidiariamente solicita que la indemnización se adecue al baremo del 9 marzo 2004, aplicando el mismo por analogía, considerando que la indemnización

debería de ser de 370,05 € por los 15 días de incapacidad a razón de 24,67 € día, y 668,94 € por el perjuicio estético que considera ligero, atribuyendo a dicha secuela, un punto, lo que supone un total de 1038,99 €, y solicitando la minoración de dichas cantidades conforme al artículo 61.3 de la LO 5/2000.

Ya este tribunal, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el primer motivo del recurso alega-

do, en la sentencia de fecha 21 septiembre 2009 que estimó el recurso de apelación en su día interpuesto contra la sentencia de fecha 27 febrero 2009 recaída con anterioridad en la presente pieza de responsabilidad civil.

Si bien hubiera sido de desear, que la sentencia que hoy se recurre, hubiera profundizado con más entusiasmo en los extremos expuestos, tanto por el recurrente en el recurso, como por este tribunal en la sentencia 181/09 de fecha 21 septiembre 2009 a la que anteriormente aludíamos, no es menos cierto que con la exigua motivación realizada en la sentencia que hoy se recurre, podemos resolver el recurso interpuesto y todo ello en aras de evitar más dilaciones en la tramitación de la presente causa.

La recurrente fue condenada como autora de un delito de lesiones con utilización de armas al causar a la actora, las expuestas en la relación histórica de hechos probados, cuando esta última intentó mediar en una pelea en la que la recurrente se hallaba inmersa. Consecuencia lógica de las lesiones causadas a la actora, es la indem-

nización de estas, debiéndose de confirmar las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, por considerar la cuantía fijada, adecuada a la gravedad de las lesiones causadas y secuelas, sexo femenino de la lesionada y el perjuicio estético causada a ésta, máxime cuando la perjudicada presenta sendas cicatrices en región molar de 0,5 cm y en región retro auricular izquierda de 1,5 cm.

Procede no obstante, atemperar la responsabilidad civil de sus representantes legales en un 50%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.3 LORPM, al no haber quedado acreditado que éstos hubieren favorecido la conducta del menor con daño o negligencia grave.

Asimismo, procede dejar sin efecto la mención realizada en el fallo de la sentencia recurrida, respecto de BARNA BOX SL por no tener relación con los hechos enjuiciados.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que el recurso debe de ser estimado parcialmente, sin hacer imposición de costas en esta alzada.

Sentencia 1327/2010, AP Madrid, Sec. 27.^a, de 13 de septiembre

Ponente: **Lourdes Casado López**

Resumen: **La «relación de pareja» estable como presupuesto de los tipos de violencia de género**

Artículos: **153.1 y 3 Código Penal**

Alega la parte recurrente que la relación del agresor con la víctima era intermitente, con convivencia en determinados períodos o intervalos. La Audiencia examina detalladamente esta cuestión, pero confirma la sentencia dictada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Se invoca en segundo lugar error en la apreciación de la prueba por aplicación indebida del artículo 153 del Código Penal.

En primer lugar considera que no se ha producido acreditación de la calificación como relación de pareja con proyecto de vida común o estable. Cuestionando que nos encontramos ante una relación de las tuteladas en el artículo 153 CP, alegando que la relación era intermiten-

te, con convivencia en determinados periodos e intervalos.

Este Tribunal, especializado en violencia de género, ya ha declarado en varias ocasiones (entre otras, sentencias n.º 152/2007, de 27 de febrero y n.º 328/07 de 30 de marzo) que «Sin duda, no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos judiciales al entender que

determinadas relaciones de noviazgo, sin que medie convivencia entre los novios, deben quedar amparados en el ámbito de protección penal y procesal de la violencia de género. Será una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación».

A través de las sucesivas reformas por Ley Orgánica 14/99 y 11/03 se ampliaron los sujetos pasivos del tipo penal en estudio, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales apreciados. Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad, por voluntad del legislador, se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico. En la actualidad, y es cuestión que no ofrece duda (tanto por la propia redacción del Código Penal, como la interpretación jurisprudencial al respecto), en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como pareja de hecho. Y se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban, en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en la matrimonial), por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar concreta.

Como dice la SAP Vizcaya, Sec. 6.ª, núm. 31/2007, de 22-1, después de las modificaciones operadas por la LO 13/2003 y LO 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afectividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas de la redacción legal en el juego de los artículos 153 y 173.2 CP. El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matri-

monial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en la que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Los preceptos mencionados no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental, que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona en los que suele producirse la aparición de la violencia de género. (SAP Vizcaya 22 de enero de 2007 citada).

En este sentido se pronuncian entre otras, SAP Zamora, Sec. 1.ª, 2/2006, de 6 de febrero, SAP Ávila, Sec. 2.ª, 202/2005, de 20 de diciembre o SAP Barcelona, Sec. 5.ª, 919/2005, de 29 de noviembre que orientan la asimilación a la relación matrimonial en el sentido señalado. Por su claridad, pueden mencionarse los términos de la segunda de ellas:

«El acomodo de situaciones semejantes a la descrita, en el presupuesto típico de ligamen por “... análoga (al matrimonio) relación de afectividad aun sin convivencia” es admitido por la doctrina mayoritaria siempre que esas situaciones gocen de cierta duración y vocación de permanencia, que traspasen lo meramente episódico y la relación de simple amistad, conclusión que es predicable de la que nos ocupa, pues se desarrolló durante seis meses y fue una relación sentimental, sin que a ello obste que no existieran “planes de futuro” pues, de ser así, pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, como la realidad social pone de manifiesto, y no implica merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña; en definitiva, se exige una relación con cierta intención de permanencia y

quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos».

Sentado lo anterior, no cabe duda que en el presente caso nos encontramos ante una relación que colma las exigencias del tipo del artículo 153 CP. El acusado en el acto del juicio oral admite que fueron pareja sentimental conviviendo en total unos siete meses. La denunciante afirma con rotundidad en el acto del juicio oral que fueron pareja hasta que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento.

Así las cosas, con independencia del nombre que se pueda dar a esta relación, no cabe ninguna duda de la existencia de la afectividad que caracteriza una relación de pareja, en un grado más que suficiente como para concluir en la apreciación de la analogía a la que se refiere la ley penal.

En segundo lugar y en este epígrafe se invoca la falta de aplicación del artículo 153 CP por la falta de discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de hombres sobre las mujeres.

Al respecto, hemos de señalar que el elemento finalístico que se invoca, y al que se ha hecho referencia en alguna de las sentencias de Audiencias Provinciales, como la que se cita, no constituye ninguno de los elementos configuradores del tipo penal aplicado —maltrato en el ámbito de la violencia de género, del art. 153.1—, que no exige, en consecuencia, la prueba de las razones últimas en el obrar del sujeto, ajenas al proceso penal, como en la mayor parte de las infracciones penales —así, al derecho penal le resulta ajeno el destino que el autor de un delito de robo pretenda dar al botín de su acción depredadora—, sino que, objetivamente, y de forma intencionada y voluntaria, haya perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada.

Cuando el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, delimita el objeto de la Ley, estableciendo que «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce so-

bre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aún sin convivencia», está delimitando el ámbito de actuación de los poderes públicos en la lucha por la erradicación de tal clase de violencia, en las distintas áreas de actuación que configuran la «Protección Integral» que reclama su propia denominación.

Es al legislador, pues, a quien va dirigido el mandato de actuar contra la violencia de género que, conforme a la ya dilatada experiencia jurídica y a los distintos Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, constituye una expresión, la más cruel, de la manifestación de una concepción de la mujer como subordinada al hombre, y sujeta a su obediencia y sumisión, en sus relaciones de pareja, para cuyo mantenimiento se ejerce, precisamente, una violencia que, por ello, requiere una respuesta penal específica, más grave, y especializada en cuanto a los instrumentos que han de destinarse a la más eficaz protección de las víctimas. Dicho mandato se plasma en los instrumentos normativos que articulan la protección o tutela integral a las víctimas de tales hechos, de la que forma parte la respuesta penal que se estima más adecuada contra los autores de los delitos que exteriorizan la violencia de género, y, así, el legislador, expresando la soberanía popular que representa, formula los tipos penales que definen las conductas delictivas a las que, objetivamente, les aparece, la sanción penal que determina.

En consecuencia, ese elemento finalístico no constituye un requisito fáctico necesitado de prueba, en la configuración del tipo penal, basando la acreditación de la acción expresiva de la violencia, y las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima, para que se estime la procedencia del delito por el que el recurrente ha sido condenado.

El recurso no discute ninguno de los elementos fácticos, sino únicamente, las razones últimas de esa acción, que, como se ha expuesto, deben quedar al margen del tipo de la infracción penal, resultando, así, plenamente correcta y adecuada la calificación jurídica de los hechos efectuada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal.

Sentencia 1328/2010, AP Madrid, Sec. 27.^a, de 13 de septiembre

Ponente: **Jesús de Jesús Sánchez**

Resumen: **Violencia de género: no se requiere un elemento finalista**

Artículos: **153, 173.2, y 617 Código Penal**

Ante la alegación de la parte recurrente de que la agresión no se habría producido en un contexto de dominación o de ejercicio de miedo frente a la perjudicada, recuerda la Audiencia que el elemento finalístico que se invoca no constituye ninguno de los elementos del tipo penal de violencia de género que tiene en consideración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Resolveremos en primer término la alegación del recurrente relativa a la presunta violación del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 25 de la Constitución, en relación con el artículo 153.1 del Código Penal, toda vez que considera el recurrente que en el presente caso, la supuesta agresión, que por otra parte niega haber ejecutado, no se habría producido en un contexto de dominación o de ejercicio de miedo frente a la perjudicada.

Al respecto, esta Sección, especializada en violencia de género, ha venido manteniendo que el elemento finalístico que se invoca no constituye ninguno de los elementos del tipo penal aplicado —maltrato en el ámbito de la violencia de género, del art. 153.1 CP—, que no exige, en consecuencia, la prueba de que las razones últimas en el obrar del sujeto, ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales, sean causar una situación de miedo o de dominación a la víctima, sino que, objetivamente, y de forma intencionada y voluntaria, ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada. De manera que el tipo del artículo 153 CP requiere únicamente la acreditación de la acción expresiva de la violencia y de las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima, para que se estime la procedencia del delito por el que el recurrente ha sido condenado, sin

que sea precisa la prueba además de la intencionalidad de la conducta agresiva.

En el art. 153 CP se trata de conductas en principio incardinables como faltas tipificadas en el art. 617 CP cuando los sujetos pasivos sean ninguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2 del Código Penal, que en tales casos, el legislador ha elevado a delito para evitar que se produzcan zonas de impunidad, incrementando el rigor punitivo en los supuestos de violencia de género y doméstica. Por ello desde el punto de vista del tipo objetivo se precisa que la acción de causar menoscabo psíquico o físico constitutivo de falta por cualquier medio o de golpear o maltratar de obra sin acusar lesión; y en segundo término que la víctima sea una de las personas comprendidas en el art. 153 en relación con el 173.2 CP. Desde el punto de vista subjetivo, el tipo solo requiere el dolo entendido como ánimo genérico de atentar contra la integridad física o psíquica.

Interpretación que viene avalada por la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo de 2008, por la que se ha declarado la plena constitucionalidad del art. 153.1 CP, que viene a descartar la necesidad de exigir en este delito un elemento finalista que el propio precepto no incorpora, de modo consciente, de manera que, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltratare de obra sin causar lesión, cualquiera

que sea la causa y el contexto de dicha. En este sentido, son relevantes los votos particulares de los Excmos. Sres. D. Javier Delgado Barrio y Jorge Rodríguez-Zapata que se inclinan por haber dictado un fallo interpretativo, en el que se combinara la argumentación de la sentencia con la prueba en cada caso concreto del abuso de poder al que alude el artículo 1 de la Ley Integral.

La STC 59/2008 rechaza la inconstitucionalidad del precepto por dos argumentos esenciales: En primer lugar, la diferenciación de la pena es razonable porque persigue incrementar la protección de la igualdad, integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas, y porque esta legítima finalidad se consigue con la razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, tomando en cuenta su significado social objetivo, al considerar que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. La mayor sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, sino porque la conducta tiene un mayor desvalor al constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

Y, en segundo lugar, no se vulnera el principio de culpabilidad porque no se trata de una presunción en contra del imputado, sino de la constatación razonable de su lesividad por el especial desvalor de la propia y personal conducta del agresor.

En este sentido, el FJ 9 dice «que no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las rela-

ciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece».

De manera que, como veníamos manteniendo, el tipo del art. 153 CP no exige el tipo

ningún otro ánimo especial o distinto referido a la prueba de que las razones últimas en el obrar del sujeto, que son ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales sino únicamente se acredite que objetivamente

y de forma intencionada y voluntaria, ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada. Lo que nos lleva a la desestimación de este motivo.

Sentencia 340/2010, AP Orense, Sec. 2.^a, de 13 de septiembre

Ponente: Manuel Cid Manzano

Resumen: **Afectación de la imputabilidad del acusado por drogadicción: robo**

Artículos: **21.6, 22.8, 237, 242.1 y 2 Código Penal**

Examina esta sentencia de la Audiencia Provincial de Orense los requisitos generales para que la drogadicción tenga efectos penológicos en la esfera penal: biopatológicos, psicológicos, temporal y normativo, concluyendo que en el caso concreto que cae en consideración (un delito de robo) no concurren dichos presupuestos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La drogadicción se ha venido considerando por la Jurisprudencia que incide en la responsabilidad penal SSTS16/2009 de 27.1; 672/2007 de 19.7; 145/2007 de 28.2; 1071/2006 de 9.11, 282/2004 de 1.4, y así se destaca que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2.^a del Código penal.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, son de distinta índole:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') Que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la

responsabilidad criminal, y b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que «no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto».

En cualquier caso es preciso que para su apreciación como atenuante que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha

norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las *actiones liberae in causa*).

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

En el supuesto de autos solo consta la adicción por referencia del penado al Centro de desintoxicación sin que haya quedado acreditada la intensidad ni la vinculación con su conducta penalmente relevante.

Las SSTS 22.5.98 y 5.6.2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada «a causa» de aquélla (SSTS 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado «delincuencia funcional» (STS 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La doctrina de la Sala 2.^a ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.2 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS 19-01-2005).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20.2.^o del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, compren-

der la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

No acreditadas estas circunstancias nada hay que añadir a lo expuesto en la resolución impugnada, ya que no consta que el acusado

tuviera gravemente afectadas sus facultades intelectivas y/o volitivas, al no presentar alteraciones sensorio perceptivas, llegando a afirmar en juicio una de las perjudicadas que aquel se encontraba tranquilo cuando «negoció» con el mismo.

Sentencia 485/2010, AP Tarragona, Sec. 4.^a, de 13 de septiembre

Ponente: **María Teresa Vicedo Segura**

Resumen: **Violencia en el ámbito familiar: concepto penal de relación de afectividad**

Artículos: **153.1 y 617.2 Código Penal**

En el caso examinado en esta sentencia considera la Audiencia que no han quedado acreditados los elementos cualificadores de la relación personal que permita subsumir la misma, a efectos penales, como análogo a la conyugal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Muestra la parte recurrente su disconformidad con la afirmación de la relación de pareja que se contiene en la sentencia, presupuesto de la calificación jurídica de los hechos por los que es condenado el acusado y que el Juez describe en el apartado de Hechos Probados describiendo a la Sra. Rosana como «compañera sentimental» del acusado.

El apelante considera que la prueba practicada en el plenario al respecto resulta insuficiente, habiendo negado el acusado haber mantenido una relación sentimental con la Sra. Rosana, quien se acogió a la dispensa legal del artículo 416 LECrim.

El presupuesto aplicativo del artículo 153 CP reclama la existencia de una previa relación de afectividad entre víctima y victimario análoga a la matrimonial, aún sin convivencia, que no puede observarse en el supuesto que nos ocupa.

La asimilación que a los efectos típicos contemplados en el artículo 153 CP, realiza el legislador del matrimonio a las relaciones afectivas análogas, reclama que en éstas, aún cuando hayan ya cesado en el momento de los hechos, se identifiquen durante su desarrollo las notas de la continuidad y de estabilidad.

Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido. La continuidad es compatible, obviamente, con rupturas más o menos breves que no impidan reconocer la existencia de un proyecto de vida en común. Por su parte, la estabilidad comporta una idea de permanencia en el tiempo. El problema que surge es cómo determinar si una pareja es estable o no.

El legislador prescinde de cualquier criterio objetivo de determinación como lo es la referencia a transcurso de plazos, fórmula que, sin embargo, ha sido incorporada a la LAU y a las diversas regulaciones autonómicas de las uniones de hecho. Ello obliga a acudir a la valoración de la voluntad o intención de estabilidad de los vinculados que, como todo elemento o dato subjetivo, ha de acreditarse acudiendo a elementos y circunstancias externas que han de ser tratadas como indicios. Su pluralidad y lógica concomitancia es lo que permitirá, a la postre, considerar acreditada la estabilidad —por ejemplo, otorgamiento de contratos comunes de arrendamiento o adquisición de vivienda, otro tipo de negocios comunes, existencia de cargas asumidas por los dos, cambios recientes de residencia, cuentas bancarias compartidas, etc.— Si

bien es cierto que el legislador ha prescindido de la convivencia como dato definitorio de la relación equiparable al matrimonio, no cabe duda que la convivencia en un mismo domicilio, si bien no es una nota constitutiva ni decisiva de la equiparación de la relación afectiva con la matrimonial, sí permite apreciar con mayor facilidad las notas definitorias de continuidad y estabilidad exigibles para la transferencia de valor normativo. Como elemento que refuerza los anteriores cabe hacer referencia a la notoriedad que supone el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja y, por ende, su consideración como tal por el entorno.

En definitiva, como apuntábamos, la relación equiparable debe contener elementos que, en términos sociales y normativos, permitan identificar una misma razón protectora lo que solo se da si la relación afectiva no matrimonial comporta elementos que la hagan materialmente similar al matrimonio.

Las relaciones personales y las percepciones subjetivas de las mismas ofrecen siempre un alto grado de relatividad. No basta, desde luego, convenir sobre la existencia de una relación sentimental o afectiva para, sin otra consideración, otorgarle el mismo valor normativo que legalmente se atribuye al matrimonio. Insistimos, la

relación personal debe identificar rasgos de particular intensidad y, sobre todo, notas cualificadoras derivadas de la presencia de un proyecto exteriorizado de vida en común, aún cuando no reclame convivencia.

En el caso que nos ocupa, no han quedado acreditados dichos elementos cualificadores de la relación. No se contiene su descripción en los hechos probados —espacio donde deben fijarse de forma clara y conclusiva todos los elementos fácticos sobre los que debe recaer el juicio de tipicidad— afirmando que el acusado se encontraba en compañía de su compañera sentimental Rosana, sin que tampoco la fundamentación jurídica de la sentencia contenga ninguna descripción ni individualización de los rasgos y condiciones de desarrollo de dicha relación que permita identificar las notas de la continuidad y estabilidad similares al matrimonio.

Si ello es así, resulta evidente que desaparece el presupuesto subjetivo de la supraprotección que exige la norma, debiendo recalificar los leves maltratos habidos como subsumibles en una falta del artículo 617.2.º CP, procediendo a la fijación de la pena en el límite medio de veinte días de multa, atendidas las circunstancias concurrentes en la producción de los hechos, con una cuota diaria de seis euros.

Sentencia 274/2010, AP Zaragoza, Sec. 6.ª, de 13 de septiembre

Ponente: **José Alberto Nicolás Bernard**

Resumen: **Utilización de tarjeta de crédito ajena: absolución**

Artículos: **390.1.3.º, 392 y 623.4 Código Penal**

El acusado valiéndose de la tarjeta de crédito de un compañero de trabajo, compró un ramo de flores destinado a su novia. Declara la Audiencia no haber estafa, por no ser el engaño «adecuado», ni falsedad por ser algo burdo y ostensible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La cuestión objeto de controversia se construye al hecho de si merece reproche penal el que un individuo haga uso de una tarjeta de crédito que no le pertenece para efectuar

compras en un establecimiento en el que no le requieren un documento de identidad cuando va a pagar con dicha tarjeta y estampa una firma en el documento expedido por la máquina de transacción telemática que en nada se corresponde

con la del titular existente en el reverso de la tarjeta.

Pues bien, la jurisprudencia, en sus primeros estadios vino a reprochar tal conducta con independencia de que se produjera la imitación o no de firmas auténticas o si existiera o no exhibición del documento personal identificativo, en una interpretación rigorista de condena a estas conductas. Por todas Vid. STS de 4 de diciembre de 2000 al establecer que «Por otra parte hemos de reconocer que a diferencia de la mendacidad falsaria, materializada en el documento, el engaño propio de la estafa se determina por el total comportamiento inductor del error, incluida la posesión y exhibición de la tarjeta ajena como si fuera propia; y que con relación a la total acción considerada en su conjunto es como debe valorarse su idoneidad y suficiencia para provocar el error del engañado, quien pudo en efecto, ante la exhibición de la tarjeta, haber exigido la identificación del poseedor», Sin embargo, en casos como el que aquí se enjuicia el Alto Tribunal cambió de criterio, siendo proclive a la absolución de tales conductas. De este modo, en la STS de 2 de noviembre de 2001 se especifica:

«Estas tarjetas de crédito tienen un lugar determinado donde el titular ha de poner su firma, precisamente para que, al firmar luego en el establecimiento comercial correspondiente, el empleado de la casa vendedora o suministradora pueda comprobar la identidad entre la firma que allí pone el cliente en el documento de venta que en ese momento se confecciona, y la que se halla inserta en la tarjeta que se ha exhibido y que se ha utilizado en la máquina correspondiente para tal confección. Es un deber elemental del empleado de la casa vendedora realizar esa comprobación. Para eso contiene la tarjeta la firma del titular, para evitar que pueda ser utilizada, como aquí ocurrió, por persona distinta. Y tal comprobación aquí no se hizo, porque, si la hubiera realizado, aunque hubiera sido de modo rápido y somero, indudablemente tal empleado se habría dado cuenta de la diferencia existente con la que contenía la tarjeta que pertenecía a una señora que se llamaba Inocencia y firmaba sólo con el apellido, mientras que Silvia había puesto el nombre de «Inocencia». Ni siquiera

imitaba la firma de la titular de la tarjeta, aparte de otras circunstancias que, a mayor abundamiento, pone de relieve la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1.º, circunstancias que no dejan lugar a dudas acerca de la insuficiencia del engaño utilizado para inducir a error a nadie que se hubiera molestado en realizar la mencionada comprobación, como era obligado por el oficio que estaba desempeñando la persona engañada.

En conclusión, faltó el elemento esencial y primero en toda estafa, el «engaño bastante para producir error en otro». La sentencia recurrida actuó correctamente al absolver del delito de estafa (...)

Y por lo que al delito de falsedad se refiere, por unas razones similares también hemos de considerar adecuada la absolución realizada en la instancia.

La falsedad, por su mismo concepto, implica dos elementos: 1.º Una mutación de la verdad. 2.º Que sea tal que pueda engañar, es decir, que de algún modo lo que no es verdadero pueda parecerlo, porque una alteración de la verdad que lo sea de modo manifiesto, de forma tal que cualquiera que se acerque al objeto falsificado sin esfuerzo alguno pueda percatarse de ello, carece de aptitud para incidir en el tráfico jurídico al que ese objeto puede referirse. Concretamente tratándose de falsedad documental si la alteración la puede conocer la persona a la que va dirigida a primera vista, por tratarse de algo burdo y ostensible, hay que decir que no existe el correspondiente delito.

Como bien dice la sentencia recurrida nos encontramos ante un caso muy especial, pues por la propia manera de producirse los hechos, antes explicada, junto al documento falsificado (el que sale de la máquina y firma el comprador) se encuentra el original de la tarjeta de crédito en el que aparece la firma auténtica de la verdadera titular, la que se pretende suplantar. Con la particularidad de que el empleado tiene obligación de comparar una y otra para ver si coinciden, de modo que la diferencia manifiesta que aquí existió, lo era en tal grado que si este empleado realmente las hubiera mirado para hacer ese obligado cotejo, necesariamente tendría que haberse dado cuenta de que la firma del

documento no había sido puesta por la misma persona que la había consignado en la tarjeta.

Tampoco hubo delito de falsedad».

Segundo.—En el caso de autos, además de no serle requerido al acusado su DNI para identificarlo como titular de la tarjeta, la firma estampada en el documento que obra en el folio 26 (justificante mercantil de compra) en nada se corresponde con la firma del perjudicado que aparece en el reverso de la tarjeta (al folio 29). Por otro lado, ni siquiera fue comprobado en la tarjeta el nombre del supuesto pagador «Maximo», identificación de connotación

árabe, debiendo resultar contradictorio para la vendedora que quien suplanta a este titular sea ecuatoriano y que tenga rasgos propios que en nada se corresponden con aquella etnia o raza, cautela mínima que tampoco fue observada por aquélla. Por estas razones, cabe concluir que no hubo engaño bastante, consustancial a la estafa, y la firma en el documento mercantil provoca una alteración burda y ostensible, perfectamente detectable, que impide hablar también del tipo previsto y penado en el artículo 390.1.3, en relación con el artículo 392, ambos del CP. Procede, en consecuencia, la absolución del acusado.

Sentencia 101/2010, AP Badajoz, Sec. 1.^a, de 14 de septiembre

Ponente: **Matías Rafael Madrigal Martínez-Pereda**

Resumen: **Medida de alejamiento: consentimiento de la persona protegida**

Artículos: **14.3, 20.5 y 468.2 Código Penal**

Aunque con numerosas vacilaciones, parece abrirse camino la doctrina jurisprudencial conforme a la cual el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal, ni siquiera en los supuestos de medidas cautelares de alejamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En cuanto al consentimiento de la ex pareja y testigo, es de todos conocida la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (Pte. Jiménez García) que vino a señalar que si bien «No cabe duda de la naturaleza de pena —pena privativa de derechos— que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 CP, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la LO 14/1999, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el art. 468 CP» y que «Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe

decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar».

Sin embargo «No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende —y esto es lo característico— de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima —en cuya protección se acuerda— de mantener su vigencia siempre y en todo momento».

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, a pesar del consentimiento de la otra parte, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia o el contacto, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación

necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 CP, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos», como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2) y 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27), entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

Concluyendo la meritada sentencia con que «En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener —en su caso— otra medida de alejamiento».

En cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle, solicitar su presencia e incluso reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la

medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.

La doctrina expuesta, fue no obstante, matizada por las sentencias de 20 de enero de 2006 al indicarse en la misma que ya se señala en la sentencia anteriormente transcrita, que «ya se afirma, con carácter general, que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y “lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”. Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo».

Y más recientemente la sentencia de 19 de enero de 2007 al establecer que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal —que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla— pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS n.º 1156/2005, de 26 de septiembre y n.º 69/2006, de 20 de enero)» pero es que, además y en todo caso, la cuestión que se aduce ha sido resuelta definitivamente por el Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2008, al establecer que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal, ni siquiera en los supuestos de medidas cautelares de alejamiento.

Siendo, pues, indiferente el consentimiento o voluntad de las partes a efectos de la comisión del delito del artículo 468.2 del Código Penal, la condena del recurrente ha de ser ratificada.

Sentencia 537/2010, AP Barcelona, Sec. 2.^a, de 14 de septiembre

Ponente: **José Carlos Iglesias Martín**

Resumen: **Drogas: principio activo en los casos de tetrahidrocannabinol**

Artículos: **368 Código Penal**

Aun cuando en algunos casos la ausencia de concreción del porcentaje de THC en sustancias derivadas del cannabis pudiera conducir a la atipicidad de las conductas a través de las cuales se traficaba con ellas, dice esta sentencia que la reiterada y consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la indicada materia, apoyada en criterios científicos, debe llevar a la condena del acusado en este caso tal y como se razona.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Aun admitiendo que alguna resolución previa de este tribunal pudiera haber llevado a la conclusión de que la ausencia de concreción del porcentaje de THC en sustancias derivadas del cannabis pudiera en algunos casos conducir a la atipicidad de conductas a través de las cuales se traficaba con ellas, la reiterada y consolidada jurisprudencia de la Sala Penal del T.S. sobre la indicada materia, apoyada en criterios científicos, debe llevar a estimar el recurso del M. Fiscal, todo ello conforme se razonará acto seguido.

La citada Sala Segunda del Alto Tribunal, entre otras en sentencia n.º 796/2009, de 15 de julio, expuso dentro de su fundamento de derecho séptimo lo siguiente: «... El producto objeto del tráfico pertenece a la planta “cannabis sativa”, considerada como droga incluida en las listas I y IV, del Convenio Único de Estupefacientes de 1961, cuyo cultivo está además expresamente prohibido por el art. 8.º de la Ley 17/67, de 8 de abril sobre estupefacientes y previsto como hipótesis típica punible. Siendo de destacar, además, que la riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga (sentencias de 20 de mayo, 11 de junio y 30 de septiembre de 1993), siendo sólo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto su condición de sustancia

prohibida y su capacidad de lesión del bien jurídico de la salud que el precepto pretende tutelar lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el THC como sustancia activa.

Hemos declarado frecuentemente (véase por todas STS de 6 de junio de 2000 y 12 de junio de 2002), que, “a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o ‘cannabis sativa’, son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite)”. Es decir, que toda planta “cannabis sativa” o “cáñamo índico”, por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados. Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como su-

cede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

Pero también lo es que una doctrina jurisprudencial consolidada precisa que para la aplicación del subtipo de notoria importancia, cuando se trata de cantidades moderadas de hachís (entre uno y cinco kgrs., de acuerdo con los módulos anteriores al acuerdo plenario de esta Sala de 19 de octubre de 2001, y entre dos y medio y doce kilogramos y medio, conforme a dicho acuerdo), se hace necesario conocer la concentración de principio activo pues si ésta fuese muy reducida (por debajo del 4%) nos encontraríamos ante una sustancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud, a la griffa o marihuana (S 14-06-2001, núm. 1140/2001, entre otras).

En tal caso el subtipo agravado no resulta aplicable en cantidades inferiores a los cinco Kgrs. (12,5 kgrs, tras el acuerdo plenario de 19 de octubre de 2001), conforme a una doctrina reiterada en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 25 de abril de 1994, 28 de abril y 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1996, 18 de mayo, 23 de julio y 12 de septiembre de 1997, 4 de junio de 1998 y 14 de junio de 2001, núm. 1140/2001, entre otras.

Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud). Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de marihuana, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.

Pese a que se han pretendido contraponer estas dos declaraciones jurisprudenciales (la

irrelevancia general de la pureza en los derivados del cannabis y su relevancia en supuestos muy concretos o excepcionales), como si obedeciesen a criterios o doctrinas diferenciadas, no cabe aceptar esta supuesta contraposición, salvo en resoluciones aisladas, pues ambas declaraciones jurisprudenciales son complementarias y no contradictorias.

Es claro, como señala la S 14-06-2001, núm. 1140/2001, que la concentración de principio activo cumple un papel muy diferente en las drogas derivadas del cannabis sátiva (marihuana, griffa o Kif, hachís, resina, aceite, etc.) que en las drogas que son resultado de un proceso químico de elaboración como la heroína o la cocaína. En éstas el porcentaje o grado de pureza debe aplicarse sobre el total de droga en bruto ocupada para determinar la cantidad de droga pura de que se trata y saber si es o no de “notoria importancia” pues en función de la pureza de la sustancia pueden elaborarse mayor número de dosis: doscientos gramos de cocaína pura no se considera jurisprudencialmente un alijo de notoria importancia, y en consecuencia la ocupación del mismo alijo una vez mezclado (800 gramos, con una pureza del 25%) tampoco puede ser sancionado con la aplicación del subtipo agravado, aun cuando aparentemente supere el umbral de 750 gramos que este Tribunal utiliza actualmente para determinar la notoria importancia.

En cambio en el caso de los derivados del “cannabis sátiva” la proporción de principio activo (THC, tetrahidro-cannabinol) no tiene la misma relevancia, pues no determina en absoluto la “pureza” de la droga, ya que no existen productos con un contenido de principio activo del 100%. Es por ello por lo que, como regla general, dicha proporción es innecesaria para la aplicación de la agravación de notoria importancia, ya que ésta se determina en función, en todo caso, del peso de la droga ocupada en estado bruto y de la naturaleza del producto (12,5 kilogramos para la griffa, 2,5 kgs. para el hachís y 500 gramos para el aceite).

Cuando la cantidad de hachís intervenido es muy elevada se aplica la agravante de notoria importancia aunque no se haya determinado la concentración de THC, pues en estos casos aún cuando la ausencia del dato del porcentaje de

principio activo se interpretase en beneficio del reo, “ello sólo supondría que la sustancia pasaría de hachís a griffa o marihuana por su menor contenido de THC, en cuyo caso la notoria importancia se aplica, según reiterada jurisprudencia, a partir de los cinco kgs (hoy 12,5), por lo que la apreciación de la agravante específica habría sido también legalmente correcta”, (sentencia 1729/2000, de 6 de noviembre)...».

Proyectando ello al caso de autos ha de indicarse que con arreglo al informe pericial emitido por el Jefe de Servicio de Química del Instituto Nacional de Toxicología (folios 35 y 36) la sustancia que les fue remitida y que según el relato fáctico de la sentencia apelada fue transmitida por el acusado Sr Íñigo a un tercero a cambio de diez euros, resultó ser marihuana con un peso neto de 1'581 gramos, detectándose en ella la presencia de Delta 9 Tetrahidrocannabinol, determinando tal peso neto del estupefaciente, atendida la presencia en el mismo del reseñado principio activo, que se superase la dosis mínima psicoactiva de 10 mg necesaria para entender que existió riesgo para la salud, de ahí que la conducta deba considerarse típi-

ca, resultando el acusado responsable del delito tipificado en el art 368 del C. Penal en la modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, sin que en su actuación concurriese circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, debiendo serle impuesta la pena de un año de prisión y multa de diez euros con un día de responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, obrando incorporado a la causa como prueba documental precio medio de las dogas en el mercado ilícito, siendo de 3'59 euros el gamo de marihuana, con lo que la sustancia intervenida en el caso de autos tenía un valor aproximado de seis euros, procediendo la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del acusado del territorio nacional, al que no podrá regresar en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena, dada su situación de residente ilegal y la carencia de arraigo en nuestro país, habiendo sido objeto de debate en el juicio las circunstancias concretas que justificarían la sustitución, dándose audiencia al acusado y a su abogado defensor en cuanto a la sustitución interesada.

Sentencia 303/2010, AP Castellón, Sec. 1.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **Esteban Solaz Solaz**

Resumen: **Robo; uso de armas; pistola simulada «soft air»**

Artículos: **241 y 242 Código Penal**

Pretende el recurrente condenado una atenuación de su responsabilidad alegando que la pistola exhibida era de juguete, por lo que no sería de aplicación el subtipo agravado de uso de armas o instrumentos peligrosos. También solicita una atenuación de la pena por la «menor entidad» de la intimidación ejercida. La Sala rechaza ambas peticiones por los motivos que sucintamente expone.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo acusa la errónea aplicación del subtipo agravado del artículo 242.2 CP y la consiguiente aplicación del artículo 242.3 o 242.1 CP. Sostiene el recurrente

que para la aplicación del tipo agravado del art. 242.2 CP es necesario hacer uso de armas o medios igualmente peligrosos y el arma hallada en el domicilio del recurrente es un arma de juguete que no es peligrosa y por tanto no encierra

riesgo y no creó una situación de riesgo para la vida, la integridad o la salud, por lo que es de aplicación al presente caso el subtipo agravado referido, debiendo aplicarse el tipo básico o el privilegiado del art. 242.3 CP ya que la cuantía de lo sustraído fue 1800 euros y la intimidación fue menor al limitarse los autores a pedir el dinero sin gritos y sin que utilizaran amenazas ni actos de violencia o intimidación explícita.

Pretende el recurrente, en primer lugar, que se aplique el tipo básico del robo con intimidación (art. 242.1 CP) por considerar que la pistola empleada era de juguete, carente de peligrosidad, por lo que no concurren los requisitos para la agravación.

La pistola que usó el acusado en el «atracó» a la sucursal bancaria el día de los hechos —pues basta su exhibición, como elemento intimidatorio, para aplicar el subtipo agravado del art. 242.2 CP (SSTS, Sala 2.ª, Núm. 382/2005, de 24 Mar. y Núm. 207/2006, de 7 Feb.)- era una pistola simulada de sistema «Soft Air» preparada para disparar balines de 12 gr. de peso y 6 m.m. de diámetro —informe pericial de balística (F. 397-399), es decir, capaz de efectuar disparos de aire comprimido con balines, por lo dicha pistola no era ningún juguete, como sostiene el recurrente, sino una verdadera arma, aunque no de fuego, que trataba de reproducir o imitar a una pistola semiautomática «walter» calibre 9 mm «parabelum», por lo que tratándose de una verdadera arma con aptitud para lanzar proyectiles, siquiera de «balines», por lo que por su propio concepto de arma y por su mayor peligrosidad, integra el tipo agravado previsto en el art. 242.2 CP. En cualquier de los casos, el coautor del robo no identificado portaba y usó al momento

de cometer el robo, una «porra eléctrica» que puede y debe ser considerado como un «instrumento peligroso» que igualmente integra el tipo agravado del art. 242.2 CP, y esta circunstancia de agravación se comunicó al otro partícipe que no portaba la «porra eléctrica», el ahora acusado ahora recurrente, porque conocía su existencia y su uso para cometer el delito (SSTS, Sala 2.ª, Núm. 517/2002, de 18 Mar. y Núm. 838/2004, de 1 Jul.).

En relación con la aplicación del subtipo atenuado del art. 242.3 CP que pretende por último el recurrente, es cierto que dicha atenuación puede ser aplicable a los supuestos de exhibición de armas, aunque con criterio restrictivo, siempre teniendo en cuenta la cantidad de lo sustraído y la menor entidad de la violencia o intimidación (STS, Sala 2.ª, núm. 883/2001, de 17 Mayo), pero no es éste el caso en que nos ocupa, pues no es de menor entidad la intimididad la amenaza de disparar una pistola o aplicar una «porra eléctrica» a los empleados de una sucursal bancaria a los que se exige, bajo la intimidación de estos medios peligrosos, el dinero depositado en dicha entidad el cual, por lo demás, supera con creces la menor cantidad sustraída exigida para la aplicación de este precepto (se sustrajeron 1.800 euros), pues sin pretender un encorsetamiento del arbitrio del Tribunal, suele atenderse, como criterio de gravedad, a la cifra de 400 euros, que es la que el legislador señala como línea divisoria, en ciertos delitos contra el patrimonio, de modo que las cantidades próximas a esa cifra o superiores a ella, como es el caso que nos ocupa, no deberán reputarse amparadas por la norma privilegiada.

El motivo, por consiguiente, se desestima.

Sentencia 123/2010, AP Huesca, Sec. 1.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **Antonio Angos Ullate**

Resumen: **Alevosía o abuso de superioridad. Asesinato**

Artículos: **16, 139.1.ª y 241.1 y 2 Código Penal**

Condena la Audiencia al acusado por intento de asesinato al estimar que concurren todos los elementos de la alevosía (no simplemente abuso de superioridad) al anular las posibilidades defensivas de la víctima, según se razona en el Fundamento Jurídico que transcribimos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Único.—(...)

2. Al llegar al hotel, el acusado se introdujo en su interior por una ventana de la cocina tras romper su malla mosquitera. A continuación, después de pasar por uno de los dos comedores, se dirigió al hall, en donde, sentado en un sofá viendo la televisión, se encontraba el mencionado Urbano, de 69 años de edad en esa época, a quien se acercó sigilosamente por la espalda. El empleado del hotel no se dio cuenta de la presencia del intruso hasta que le agarró del cuello con una servilleta del mismo hotel que sujetó con la mano izquierda, al mismo tiempo que, con la otra mano, le colocaba un cuchillo de grandes dimensiones cerca también del cuello mientras le gritaba «¡el dinero, el dinero!, ¿dónde está el dinero?, ¡dame el dinero que tengas!» Con el fin de zafarse del ataque, la víctima asió la hoja del cuchillo con la mano derecha, pero el acusado tiró del cuchillo y consiguió que Urbano abriera la mano después de recibir una herida sangrante de tres centímetros de longitud en la zona palmar, de modo que el empleado optó por ceder y se ofreció a entregar el dinero de la caja de seguridad ubicada al lado de la mesa de recepción, en una zona del mismo vestíbulo del hotel.

3. Urbano, sin dejar de estar controlado con la servilleta que el acusado cogía desde atrás y atemorizado con el cuchillo, se sentó en la silla de recepción y le entregó todo el dinero en billetes que se hallaban guardados en la caja de caudales, cuyo importe de 1.000 euros no satisfizo las exigencias económicas del inculcado, por lo que, a fin de tranquilizarlo, el empleado del hotel le ofreció las monedas para el cambio contenidas en bolsas de plástico, momento en que se giró con las bolsas en la mano y pudo ver el rostro del acusado. Alberto las recogió y, pocos segundos después, sorprendentemente, sin dejar de sujetar la servilleta y diciendo «¿y ahora qué?, ¿vas a llamar a la Policía?», con ánimo de acabar con la vida de Urbano, le dio un tajo de 14 centímetros de longitud en el cuello, en su región lateral derecha superior, por encima

de la servilleta, con el cuchillo que el encartado portaba en la mano derecha, lo que provocó al herido un profuso sangrado.

4. Inmediatamente, Alberto huyó corriendo del lugar atravesando el comedor de no fumadores y la cocina. El lesionado le persiguió gritando y arrojándole los objetos que encontraba durante la persecución, si bien el acusado logró escapar por la parte de atrás del edificio con el dinero en billetes, pero no así con las bolsas de monedas, que se le cayeron durante la huida y pudieron ser recuperadas posteriormente en el mismo hotel. La víctima volvió al mostrador de recepción y, mientras sujetaba la sangrante herida con una mano, pidió auxilio por teléfono y también a gritos. Las voces de socorro fueron oídas por cuatro miembros de la Guardia civil que precisamente estaban pernoctando en el hotel, los cuales bajaron rápidamente de sus habitaciones y ayudaron al lesionado, primero colocando uno de ellos la mano en la herida del cuello y luego, una toalla. Pasados unos minutos, llegó la atención médica de urgencias.

5. El corte de 14 centímetros en el cuello seccionó completamente la vena yugular externa y parcialmente la glándula parótida y el músculo esternocleidomastoideo. Requirió para su curación sutura en el quirófano, pruebas complementarias y rehabilitación. La herida habría sido mortal por shock hipovolémico, debido a la pérdida de sangre, si Urbano no hubiera recibido auxilio urgente del modo indicado, a tal punto que llegó a tener convulsiones antes de ser trasladado al hospital. La herida en la mano derecha, lado cubital palmar de 3 centímetros, produjo sección parcial del plexo braquial derecho, y también requirió para su curación tratamiento facultativo después de la primera asistencia.

6. El lesionado tardó en curar 315 días, de los cuales estuvo 4 días ingresado en el hospital y 311 días impedido para sus actividades habituales. Le quedan como secuelas limitación de la movilidad de la columna cervical; parálisis del nervio circunflejo; parestias en miembros superiores y nervio radial; estrés postraumático con insomnio pertinaz; limitación en todos los movimientos del cuello; abducción menor de

90 grados en hombro derecho; parestia radial en brazo derecho; así como una cicatriz de 14 centímetros en el cuello.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de los siguientes delitos:

(...)

B) Un delito de asesinato, cualificado por la alevosía, en grado de tentativa acabada, previsto y castigado en los artículos 138 y 14 del mismo cuerpo legal. La tentativa tuvo naturaleza de acabada (similar a la frustración del Código penal de 1973), o de gran desarrollo en la ejecución —el autor desplegó todos los actos conducentes a la consumación delictiva, y, sin embargo, no se produjo por causas ajenas a su voluntad—, a diferencia de la tentativa inacabada o inidónea, cuando la actividad desplegada por el delincuente no revela gran energía criminal. En este caso, la víctima estuvo muy cerca de la muerte, como se desprende de los hechos declarados probados, la cual se habría producido, desde luego, sin la atención, primero, de los guardias civiles; después, de los servicios de urgencia que acudieron al lugar; y finalmente, de los facultativos del hospital.

La alevosía presenta en este caso ciertas peculiaridades. Como dice el artículo 22-1.ª del Código penal, hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofen-

dido. En el supuesto de autos, de las tres clases de alevosía definidas jurisprudencialmente (la proditoria o aleve —en forma de emboscada o acecho—, la súbita o inopinada y la de aprovechamiento o prevalimiento), el inicial ataque con la servilleta del hotel y el cuchillo responde a la alevosía sorpresiva o súbita, en la que el acusado actúa deliberadamente con sigilo y por ello consigue someter al empleado del hotel por la espalda y de improviso, sin que la víctima se dé cuenta del ataque hasta que ya está cometido. A partir de entonces, no podemos decir que haya técnicamente dos fases de la agresión, sino una acción continuada y sin interrupciones desde su iniciación que concluye cuando el acusado degüella a la víctima, porque el inculpaado la controla ininterrumpidamente, y sin posibilidad de defensa. El corte en el cuello se produce, por tanto, en esa situación, de manera que no podemos hablar de alevosía sobrevenida sino de un ataque alevoso que finaliza con el degüello. Concurren, en suma, todos los elementos de la alevosía (y no solo del abuso de superioridad), puesto que el acusado persiguió y consiguió ese doble fin asegurativo: la ejecución del hecho y la anulación de las posibilidades de defensa, las que estaban eliminadas desde el primer ataque, máxime cuando la última acción es si cabe más sorpresiva dentro de la situación de víctima controlada e indefensa, después de que el autor haya obtenido ya el botín. La posterior actuación del lesionado ya no es propiamente defensiva frente a la agresión, sino un intento de capturar al culpable y que, además, estaba indefectiblemente abocado al fracaso habida cuenta de la gravedad de la lesión en el cuello.

Sentencia 185/2010, AP La Coruña, Sec. 1.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **Juan Luis Pía Iglesias**

Resumen: **Petición de nulidad implícita. Indefensión. Derecho a la prueba**

Artículos: **634 Código Penal, 238 y 240 Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 a 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

Admite la Audiencia la alegación de que se ha producido indefensión por no haberse practicado determinadas pruebas cuya pertinencia y utilidad califica sencillamente como obvias. Declara así que se ha producido un insubsanable quebrantamiento de normas procesales con efectiva indefensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La implícita petición de nulidad que supone la alegación de indefensión por no haberse practicado algunas pruebas ha de aceptarse, porque como se decía en el auto de fecha 15/07/2010 dictado en este recurso, eso sólo dependía de la apreciación de indefensión efectiva, toda vez que la pertinencia y utilidad de las pruebas rechazadas era sencillamente obvia, independientemente de cuál fuese su valoración.

Tal indefensión se ha demostrado como inequívoca pues las pruebas son idóneas para aclarar en gran parte lo ocurrido más allá de las referencias testificales mucho menos objetivas, así que al impedirse la práctica de esas pruebas se ha vulnerado el derecho de defensa, junto con los arts. 969, 785 y concordantes de la LECrim.

En otro orden de cosas, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, carece de requisitos básicos que deben concurrir al no detallar ni por aproximación lo que efectivamente se considera probado, lo cual ocasiona una indefensión objetiva que obligaría siempre a anular la sentencia en cuestión, dicho sea para que no se reproduzca tal situación.

Segundo.—Al concurrir un insubsanable quebrantamiento de normas procesales con efectiva indefensión, en los términos especificados en el apartado precedente, procede efectuar la correspondiente declaración de nulidad de las actuaciones.

Tercero.—La cobertura legal de la nulidad solicitada se deduce de lo establecido en los arts. 238, 240, ss. y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los arts. 225 a 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que han entrado en vigor *ex* Disposición Final 17.^a de dicha Ley Rituaria, desde la vigencia de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre.

Cuarto.—Aun declarándose la nulidad de las actuaciones, no puede eludirse la constatación de indicios de criminalidad en la conducta observada por el ahora apelante durante la celebración del juicio de faltas, de modo que procede deducir testimonio del acta del juicio y de esta sentencia para su remisión al Juzgado Decano para que, previo reparto, se proceda en derecho a la depuración de tales indicios.

Vistos los artículos citados y demás preceptos legales.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la nulidad de las actuaciones a partir de la celebración del juicio de faltas inclusive, reponiendo los autos al estado que entonces mantenían, con remisión del procedimiento al Juzgado *a quo* para que proceda a su tramitación conforme a Derecho en los términos de la fundamentación de esta sentencia.

Dedúzcase testimonio del acta del juicio y de esta sentencia y remítase al Juzgado Decano para que, previo reparto, se proceda en derecho a la depuración de tales indicios.

Sentencia 307/2010, AP Madrid, Sec. 23.^a, de 14 de septiembre

Ponente: Adoración María Riera Ocariz

Resumen: **Desobediencia: es inexcusable que la orden desobedecida sea legítima y dada por autoridad competente**

Artículos: 634 Código Penal y 120.3 CE

Cuestiona la sentencia de apelación que exista una orden legítima emanada de quien tiene facultades para ello: en este caso, la orden parece que se da a una concejal de un Ayuntamiento para que abandone el edificio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Sí existen serias dudas, en cambio, sobre el encaje de la conducta atribuida a la apelante en el tipo penal descrito en el art. 634 del CP.

La apelante es concejal del Ayuntamiento de Móstoles, miembro de la Corporación Municipal en el grupo de la oposición y, por tanto, representante de sus electores con toda la legitimidad que otorga una elección democrática. Su presencia en el Centro Cultural Caleidoscopio se debe al llamamiento de alguna de las personas encerradas en ese centro; en este sentido hay que recordar que la testigo Catalina, una de las personas encerradas, afirma que ella personalmente llamó a Bárbara para que acudiera al centro. El cargo de la apelante y su condición de representante elegida democráticamente la legitimaban para mediar en el conflicto que había provocado esa situación, cualquiera que fuera ese conflicto, cuestión que no se ha aclarado.

En este contexto, la infracción que se atribuye a la apelante es no haber abandonado el centro cuando la funcionaria de Policía Local NUM001 le ordena que se marche, pues hasta ese momento Bárbara no tuvo impedimento alguno ni recibió orden de policía alguno que le impidiera la entrada en el centro cultural. La apelante abandonó el centro finalmente, pero cuando ella lo consideró conveniente, unas tres horas después de llegar y de hablar con las personas encerradas.

La desobediencia leve penada en el art. 634 del CP comparte la misma estructura que el delito de desobediencia grave previsto en el art. 556 del mismo Código, cuya diferencia es exclusivamente cuantitativa, y se caracteriza por los siguientes elementos: a) por una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento b) el conocimiento de esta orden por el destinatario, y c) la con-

ducta omisiva de éste que la desatiende y no la cumple (en este sentido, SSTS de 23-3-2007, 1-12-2003 o 21-1-2003). La misma jurisprudencia aclara que constituyen falta las conductas de mera pasividad o negativa a obedecer y a atender el requerimiento del agente; si existe una conducta contumaz o rebelde, incluso con forcejeo, estaríamos ante el delito de resistencia y cuando hay ataque o acometimiento surge el delito de atentado (en este sentido las SSTS 4-11-1998, 310-1996 y 8-2-1994).

En el caso que ahora nos ocupa surgen muy serias dudas sobre la concurrencia del primer elemento, esto es, la existencia de una orden legítima procedente de una autoridad competente, que es el objeto del incumplimiento; existen serias dudas, porque ni siquiera se ha aclarado quién ordenó que la concejal debía abandonar el edificio, en el que entró sin que ningún agente se lo impidiera, ya que la agente NUM001 refiere que a su vez ella cumple órdenes de sus superiores, sin más especificación, que le dicen que la Sra. Bárbara debe abandonar el edificio. Y en segundo lugar, porque resulta más que dudoso que un miembro de una Corporación Municipal elegida democráticamente no pueda entrevistarse con los ciudadanos a los que representa para mediar en un conflicto, especialmente, porque si el problema había surgido con el Ayuntamiento de Móstoles (el centro cultural pertenecía o dependía del Ayuntamiento, ver fs. 30 y 31), serían los integrantes de esa Corporación Municipal los llamados a solucionarlo.

Si a todo ello se une que la presencia de la concejal no provocó ninguna alteración del orden público ni aumentó la tensión o agravó el conflicto, resulta muy difícil justificar la orden de abandonar que recibió la apelante, por lo que no es posible apreciar en su conducta las características de la falta de desobediencia por la que ha sido condenada.

Sentencia 299/2010, AP Palma de Mallorca, Sec. 2.^a, de 14 de septiembre

Ponente: **Eduardo Calderón Susín**

Resumen: **Delitos contra la propiedad intelectual: requisito de la «confundibilidad»**

Artículos: **270 y 274 Código Penal**

Aborda esta sentencia la polémica cuestión del llamado «juicio de confundibilidad» que debe sustentar el riesgo de confusión entre los productos genuinos de los falsos en los delitos contra la propiedad intelectual. No siguen un criterio unánime las Audiencias Provinciales en este punto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El segundo motivo cursa también «por error en la apreciación de la prueba», consistente en un erróneo juicio de confundibilidad, sosteniéndose que no existía riesgo de confusión de los productos.

Parte al efecto, tras transcribir el tenor literal del artículo 274.1.^a del Código Penal, de la afirmación de que «es evidente que en los productos intervenidos y los originales existen elementos suficientes para evitar la confusión entre éstos y registrados», para a continuación reconocer que «realmente no existe unanimidad ni en la doctrina ni en la práctica judicial en cuanto al contenido del juicio de confundibilidad entre los productos originales y los supuestamente infractores», y acogerse a la tesis de que el juicio de confundibilidad no es sólo respecto de la marca sino también del producto y de que el bien jurídico protegido es también el interés de los consumidores; por cierto no se hace cita en el recurso de ninguna sentencia, cuando sí que las hace la sentencia recurrida para apoyar su decisión en las tesis más restrictivas, y con abundancia también las impugnaciones que del recurso se formalizaron por todas las acusaciones particulares.

De la no unanimidad de las Audiencias Provinciales nos hemos hecho eco en esta Sección Segunda de la de Baleares, y hemos expuesto (así por ejemplo, en nuestras sentencias 46/2006, de 27 de febrero, 89/2006, de 8 de mayo, 153/2006, de 3 de julio y 107/2007, de

14 de marzo) nuestra postura señalando que en el apartado 2 del artículo 274 del Código Penal se efectúa una remisión al apartado 1 respecto a la calidad de los signos distintivos —y no de los productos— para que la comercialización de la imitación pueda ser objeto de delito; que por tanto el artículo 274 no se refiere a signos distintivos semejantes, sino que exige un plus, que sean confundibles, término que para su interpretación correcta hay que ponerlo en relación, por tratarse de una ley penal en blanco, con la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, en cuyo artículo 34 y al tratar el contenido de la marca señala que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico, y en el apartado segundo aclara que el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada; b) cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca; y c) cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca

o, en general; cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.

Y se colegía de todo ello que los términos en los que ha de operar el requisito de la confundibilidad y por ende de la comparación a los efectos de la infracción de los derechos del titular de la marca inscrita, a salvo de lo establecido para la marca notoria, se produce en dos ámbitos diferenciados; uno y primero, entre el signo inscrito y la marca imitada y no entre los productos que los identifican y que permiten asociarlos con un determinado fabricante, pues el riesgo o peligro de confusión comprende el de asociación entre el signo y la marca; y, el segundo, que precisa que los bienes o servicios sean idénticos o semejantes, respecto de aquellos otros para los que el fabricante ha registrado genéricamente la marca (por ejemplo ropa, complementos, perfumes, relojes, bisutería, etc.), pues en otro caso la protección sólo opera a favor del titular de la marca notoria y con los requisitos que establece la norma transcrita; de

ahí, que el propio artículo 274 apartado primero in fine aclare que el signo o marca utilizada confundible debe servir para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de la propiedad industrial se encuentre registrado.

Hemos también dejado algún resquicio para fundamentar pronunciamientos absolutorios con base en criterios de antijuricidad material, que en modo alguno serían de aplicación al presente caso en el que se intervinieron tantos miles de bolsos.

Además, todo ello vendría referido a la propiedad industrial, y no a la intelectual, en cuyo ámbito nos hemos inclinado por una postura inflexible alineándonos con las Audiencias que destierran la lenidad en el llamado «top manta» (que además no es el caso) que otros Tribunales consienten basándose en el principio de intervención mínima del derecho penal; además en la propiedad intelectual (en el artículo 270) no se contiene en su tenor literal referencia alguna a la similitud o a la confundibilidad.

Sentencia 123/2010, AP Pontevedra, Sec. 4.^a, de 14 de septiembre

Ponente: **María Cristina Navares Villar**

Resumen: **Nulidad de actuaciones por efectiva indefensión; escrito de alegaciones no incorporado a los autos**

Artículos: **970 LECrim y 238 y 240 Ley Orgánica del Poder Judicial**

La recurrente, a través de procuradora y al amparo del artículo 970 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presentó un escrito de alegaciones para el juicio de faltas el día anterior a éste; a pesar de ello, el escrito no se incorporó al acta, ni se dio cuenta a la parte denunciante ni al Fiscal para su conocimiento. Se considera que se ha generado, efectivamente, indefensión y se decreta la nulidad de actuaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El Art. 970 de la LECrim, establece que «Si el denunciado reside fuera de la demarcación del Juzgado, no tendrá obligación de concurrir

al acto del juicio, y podrá dirigir al Juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, así como apoderar a abogado o procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere»; en el supuesto examinado, consta acreditado a través de la pro-

pia citación judicial, que la denunciada, al tiempo de celebración del Juicio de Faltas, residía en Portugal, en concreto, en Vilanova Gaia-Oporto, por lo que, sin duda alguna, podía hacer uso de la posibilidad regulada en el citado artículo.

La normativa establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 283 sobre la presentación de escritos establece que «los Secretarios pondrán diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio. En todo caso, se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten con expresión de la fecha y hora de presentación».

La Ley de Enjuiciamiento Civil, norma supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 135, al regular la «Presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales» establece que «cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido». Así pues, la referida norma expresamente determina que tales escritos se presentarán en la Secretaría o en la Oficina o registro central de los Juzgados o Tribunales.

Por su parte, el párrafo 3 del mismo artículo dispone que «los Secretarios Judiciales o los funcionarios designados por ellos pondrán diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a plazo

perentorio», y se «dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten con expresión de la fecha y hora de presentación».

En consonancia con la normativa expuesta, en el caso concreto, la recurrente, a través de Procuradora, presentó escrito de alegaciones dirigido al Juzgado de Instrucción N.º 1, al amparo del Art. 970 de la LECrim, el día anterior al señalado para la celebración del Juicio de Faltas, esto es, el día 16 de septiembre, en el «Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Pontevedra, Registro General, Servicio de Notificaciones» según reza en el cuño de entrada, registrándose con el n.º 3290, por lo que, habiéndose celebrado el Juicio de Faltas el día 17 de septiembre de 2009 a las 13:27 horas, dicho escrito de alegaciones presentado por la denunciada en plazo hábil, debió ser incorporado al acta del Juicio, dando cuenta al denunciante y al Ministerio Fiscal para su conocimiento y a fin de evitar eventuales indefensiones; el que no se recepcionara en el Juzgado de Instrucción o no se diera cuenta del mismo hasta las 13:30 horas del propio día 17 de septiembre, —según diligencia del Secretario—, es una circunstancia ajena a la denunciada, ahora recurrente, cuyas consecuencias negativas no se pueden erigir en su contra, pues, de otro modo, se estaría vulnerado su derecho de defensa.

Constatada, en suma, la existencia de indefensión material para la recurrente, procede declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que se cometió la falta, debiendo celebrarse nueva vista oral con incorporación del escrito de alegaciones presentado por la denunciada.

Sentencia 127/2010, AP Pontevedra, Sec. 4.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **María Nelida Cid Guede**

Resumen: **Tutela judicial efectiva: falta de disposición de la grabación del juicio por parte del recurrente**

Artículos: **453 Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 CE**

Lo esencial —se afirma— es que el Secretario judicial recoja el contenido del juicio en su correspondiente acta y que el acta se pueda completar e incluso sustituir por medio de la grabación; en el presente supuesto, el recurrente alegaba indefensión por no haber tenido a su disposición la grabación del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Debe rechazarse la alegación efectuada relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber dispuesto la recurrente de la copia de la grabación de juicio, porque si bien es cierto que podría producir indefensión la falta de soporte de grabación del acto de juicio, en el que consten las pruebas en las que el Juez basa su convicción, en el presente supuesto consta el acta levantada al efecto por el Secretario judicial en la que se hace referencia al desarrollo y contenido de las citada pruebas, por lo que ninguna indefensión se causa a la recurrente, que pudo articular debidamente los motivos de impugnación de la Sentencia.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 453 de la L.O.P.J. establece: «1. Corresponde a los secretarios judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido», y el Art. 788.6 de la LECrim dice: «Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los abogados de la acu-

sación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario». Asimismo, el art. 788 de la LECrim. señala que «Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario».

De lo expuesto se deduce que lo esencial es que el Secretario Judicial recoja el contenido del juicio en su correspondiente acta, como ha sucedido en el caso de autos y el acta se puede completar o incluso sustituir por un medio de reproducción, teniendo igual validez. Por lo tanto, lo importante es que el contenido del juicio sea recogido por el Secretario, ya en acta escrita ya en soporte mecánico, y si aparece el acta escrita del juicio como acontece en el presente caso, ninguna infracción de norma procesal se ha producido y ninguna indefensión, de ahí que proceda desestimar dicho motivo de impugnación.

Sentencia 64/2010, AP Salamanca, Sec. 1.^a, de 14 de septiembre

Ponente: **Idefonso García del Pozo**

Resumen: **Lesiones por imprudencia: empujón que causa graves lesiones; absolución**

Artículos: **621.3 Código Penal**

En la propia configuración típica de los tipos de lesiones por imprudencia y a los solos efectos penales, deben incardinarse exclusivamente los supuestos de culpa lata en los que se origina un resultado delictivo por imprudencia grave y de culpa leve (imprudencia leve constitutiva de falta), pero no de culpa levisísima que quedará circunscrita a la esfera civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

(...) no toda infracción de la norma de cuidado comportará automáticamente responsabilidad penal si de ella derivan los ulteriores requisitos del actuar negligente. El Derecho Penal integra un sector del ordenamiento jurídico presidido por el principio de intervención mínima en cuanto último reducto al que cabe acudir cuando las cuestiones o conflictos no pueden ser solventados en otros campos del Derecho, debiendo dejarse constancia al hilo de ello de que no toda actuación culposa de la que se derive un resultado dañoso determinará que el autor de la acción u omisión incurra en infracción penal, siendo paradigma de ello el que junto a la culpa penal coexista la civil, regulándose ésta, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o «aquiliana», en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, viniendo a disponer el precepto citado que todo aquel que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estará obligado a reparar el mal causado. Al hilo de ello, es doctrina y jurisprudencia pacífica, vertebrada alrededor del principio de ultima «ratio» del sistema punitivo (de la que es exponente a nivel legislativo la reducción de las figuras penales imprudentes y de la propia configuración típica de la falta de imprudencia con resultado de lesiones) la que entiende que en la esfera penal se incardinan exclusivamente los supuestos de culpa lata (imprudencia grave constitutiva de delito) y de culpa leve (imprudencia leve constitutiva de falta) pero no la culpa levísima que quedará circunscrita a la esfera civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad...».

(...)

En el presente supuesto, no puede compartirse el criterio de la sentencia impugnada al considerar los hechos que en la misma se declaran como probados constitutivos de una falta de simple imprudencia con resultado de lesiones, prevista en el artículo 621. 3, del Có-

digo Penal, teniendo en consideración la totalidad de circunstancias en que los mismos se produjeron. Así consta igualmente acreditado: 1.º) que el denunciante Sebastián con anterioridad a acudir a la discoteca Topas, propiedad del recurrente Gregorio, había ingerido diversas bebidas alcohólicas (cuya cantidad y clase no se halla perfectamente determinada) y que como consecuencia de ello se encontraba en estado de intoxicación etílica; así resulta incluso de sus propias manifestaciones y de las declaraciones del testigo que le acompañaba, al reconocer ambos que con anterioridad a acudir a la discoteca habían tomado bebidas alcohólicas tanto cenando (e incluso antes) como después de cenar, y fundamentalmente de las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil, los que en el acto del juicio oral afirmaron que el denunciante se encontraba bajo la influencia del alcohol, que no hacía más que dar voces y que no atendía a razones; 2.º) que fue éste el motivo por el que el imputado Gregorio no le permitió el acceso a la discoteca, dado que al encontrarse en mal estado por las bebidas alcohólicas bien podía caerse por las escaleras de bajada a la discoteca o bien podía molestar a los otros clientes que ya se encontraban en el interior de la misma; y 3.º) que el denunciante insistió en acceder a la discoteca porque ya se encontraban en el interior de la misma las dos personas que le acompañaban. Por lo que, aun admitiendo que en estas circunstancias de insistencia del denunciante en entrar en la discoteca el denunciado pudiera llegar a empujarlo, tal acción ha de considerarse carente de relevancia penal en cuanto la misma vino motivada por la actuación del denunciante al no hacer caso a la indicación del denunciado prohibiéndole, — en uso de su derecho y en actuación totalmente justificada por el estado de aquél —, el acceso a la discoteca y cuando además no tuvo otra finalidad que impedir tal acceso, según afirma el propio denunciante en su declaración prestada en el acto del juicio oral, al afirmar que «considera que el empujón fue para que no entrara y se marchara», lo que viene a corroborar también en su declaración el testigo Pedro Antonio,

el cual manifestó que «le comentó que le había ido como a parar y por eso se cayó al intentar entrar en la discoteca»; y así lo viene a reconocer ya la misma sentencia impugnada cuando en la declaración de hecho probados afirma que «... el imputado empujó a Sebastián para quitárselo de encima al intentar acceder por la fuerza...».

Por consiguiente, ha de ser acogido este motivo de impugnación y en consecuencia, si

los hechos imputados al recurrente, y que se declaran probados en la sentencia de instancia, no pueden ser considerados como constitutivos de la falta de simple imprudencia prevista en el artículo 621. 3, del Código Penal, revocada la sentencia impugnada, procediendo, por tanto, absolver libremente al imputado Gregorio de la referida falta, lo que hace innecesario entrar en el análisis del recurso interpuesto por el denunciante Sebastián así como de la adhesión al mismo del Ministerio Fiscal.

Sentencia 586/2010, AP Valencia, Sec. 3.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **Lucía Sanz Díaz**

Resumen: **Robo: uso de medios peligrosos; destornillador**

Artículos: **70, 242.1.3 y 242.3 Código Penal**

Considera esta sentencia aplicable al caso el subtipo atenuado del artículo 242.3 Código Penal, siendo de destacar —dice la Sala— sin restar importancia a los hechos cometidos por los acusados, que no constan las dimensiones del destornillador exhibido, no habiendo sido utilizado éste más que para intimidar, no resultándose lesionada ninguna de las víctimas de los robos, ni apreciándose desproporción de fuerzas por parte del sujeto activo respecto a los perjudicados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Solicita el apelante sea dictada una sentencia por la que, revocando parcialmente la recurrida, no le sea aplicado a los acusados el subtipo atenuado del artículo 242.3 Código Penal, fundamentando su pretensión en la circunstancia de considerar que en la ejecución de los robos de autos se hizo uso de un destornillador, lo que constituye instrumento peligroso, con el que se intimidó a las víctimas, las que se sintieron atemorizadas, además de suponer un riesgo potencialmente grave para la integridad física de las mismas.

Subsidiariamente, solicitó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.1.2.ª, en relación con 242.1.3 C. P., que la pena a imponer al acusado Matías sería, por cada delito, la de dos años menos un día, en vez de la de dos años.

Segundo.—Entablado así el recurso y, a la vista de los términos de la sentencia dictada, en relación con las pruebas practicadas en el plenario, se impone la desestimación del motivo articulado, compartiendo la Sala el criterio sustentado por la Juez de instancia, cobrando relevancia, a los fines que interesa a la presente resolución, los siguientes extremos, a saber:

1. En primer lugar, que conforme tiene establecido el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala 2.ª T.S. de fecha 27-2-1998, con respecto al delito de robo con violencia o intimidación, debe hacerse una interpretación flexible cuando, en casos excepcionales de menor entidad criminal y escasa potencialidad lesiva, pueda resultar excesivamente severa y desproporcionada la pena de 3 años y 6 meses de prisión, que es la pena mínima imponible cuando se han uti-

lizado armas u otros medios peligrosos (SSTS 417/1999, 16-3; 796/1999, 20-5).

2. En segundo término, que la apreciación del subtipo atenuado del artículo 242.3 del C.P. está sujeta a una doble condición: de un lado, la menor intensidad del ataque o coacción personal y, de otra parte, la escasa cuantía del perjuicio irrogado, pues se trata de un tipo pluriofensivo frente a la persona y la propiedad, debiendo cuidarse especialmente el principio de proporcionalidad (SSTS 207/2006, 7-2; 380/2000, 28-7), viniendo determinada la rebaja de la pena por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, lo que se desprende de los términos legales «entidad de la violencia o intimidación» y «circunstancias del hecho» (STS 664/1999, 26-4), encontrándose entre éstas últimas, el número de autores (si fueron 1 o varios), así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado; el número de personas atacadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse; y el valor de

lo sustraído (SSTS 758/2002, 22-4; 1388/2002, 16-7).

3. Por último y partiendo de la doctrina expuesta, resulta ajustada al supuesto enjuiciado el subtipo atenuado, siendo de destacar que, sin restar importancia a los hechos cometidos por los acusados, no constan las dimensiones del destornillador exhibido, no habiendo sido éste utilizado más allá de la exhibición del mismo para intimidar, no resultando lesionada ninguna de las víctimas de los robos, no apreciándose, finalmente, la presencia de una desproporción de fuerzas por parte del sujeto activo con respecto a los perjudicados y así, es de ver que, en el robo perpetrado el día 14-4-2009 en la farmacia sita en Alcasser, C/ Dr. Fleming núm. 6, el autor era una persona y los perjudicados 4, al paso que en la sustracción cometida el día 16-4-2009 en el establecimiento Bluestervideo, sito en Picassent, Avda. Norte, núm. 21, el atacante era uno, frente a una víctima, siendo de destacar que tampoco la cantidad sustraída era de entidad pues, mientras que en aquel hecho se llevó el autor 60,00 euros, en el segundo fueron 125,00 euros.

Sentencia 34/2010, AP Zamora, Sec. 1.ª, de 14 de septiembre

Ponente: **Luis Brualla Santos-Funcia**

Resumen: **Violencia en el ámbito familiar: derecho a no declarar y presunción de inocencia**

Artículos: **153 y 173.2 Código Penal; 416, 710 y 741 LECrim y 24 CE**

En el presente supuesto la presunta víctima se acogió a su derecho a no declarar en virtud de la facultad que le otorga el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, aunque tanto el parte facultativo con el informe médico forense objetivaron un resultado lesivo no queda —a juicio de la Audiencia— acreditada la mecánica de su producción y menos su autoría. El resto de la prueba practicada resulta insuficiente para sostener el relato de hechos que se consideraron probados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el presente supuesto, en el que la presunta víctima se acogió a su derecho a no declarar en virtud de la facultad que le otorga el art. 416 de la LECrim., y al ser hijo del denunciado, la Juez de instancia fundamentó su fa-

llo condenatorio en las declaraciones del único Guardia Civil que fue oído en el acto del juicio en la que reprodujo las declaraciones efectuadas ante los actuantes por el lesionado en el momento de acudir a su llamada de denuncia, observando el hematoma que este padecía y que objetivaron por otra parte, y junto a otras lesiones tanto

el médico-forense como los facultativos que le asistieron, así como en la propia declaración durante la en la que admitió que tuvo una discusión y forcejeo con su hijo, aunque negó que le agrediera y lo lesionara.

Pues bien, aunque tanto el parte facultativo como el informe médico forense objetivaron un resultado lesivo, pero no la mecánica de su producción y menos su autoría, lo cierto es que el resto de la prueba practicada resulta insuficiente para sostener el relato de hechos que se declaran probados.

Como se establece en la más moderna jurisprudencia (S. 10/feb/2009), que es seguida en las resoluciones de las Audiencias (Segovia, Salamanca), la libre decisión de los testigos en el acto del Juicio Oral que optaron por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECrim., en relación con el art. 416 de la LECrim., constituye el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. Añade dicha resolución que el no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior, en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.

Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa. Y si bien es cierto que la dispensa

ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez, sí impide que se transforme su inicial valor como mera diligencia sumarial y sin valor de prueba, en una verdadera prueba de cargo testifical, una vez que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

En consecuencia, y como también se recoge en la doctrina jurisprudencial expuesta en la anterior resolución, tampoco es factible la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario a la actividad probatoria del Juicio Oral por la vía del art. 730 de la LECrim., que permite sean leídas a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral, la cual concluye que este precepto, que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial, excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe ser interpretado extensivamente ni más allá de lo que exige su propia condición de excepción.

Además, su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas, como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario, o por causas sobrevenidas, como pueden ser los casos de testigos desaparecidos, fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, exigiéndose la imposibilidad material de la reproducción de la declaración testifical. Por tanto, el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, lo que no sucede cuando la falta de declaración del testigo presente en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por su parte de un derecho reconocido por la Ley.

El criterio antes expuesto ha sido mantenido por la jurisprudencia (SS. 17/dic/97, 27/nov/2000, 12/jun/2001), en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales

de los testigos que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

Si en base a la anterior doctrina no es posible conformar prueba de cargo alguna con la lectura de las declaraciones sumariales de los testigos que se han acogido a la dispensa de no declarar, consecuencia lógica es que tampoco puedan serlo las declaraciones que esos mismo testigos hayan podido realizar en la instrucción de las diligencias previas a la celebración del acto de Juicio. Los agentes que instruyeron el atestado serán, por tanto meros testigos de referencia, que no podrán aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen son sólo las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar.

Estos testimonios de referencia, a pesar de ser admitidos por el art. 710 de la LECrim., sin embargo tienen una limitada eficacia demostrativa respecto del hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas, a tener por probado sin más lo afirmado por aquél de quién lo oyó, equivaldría a atribuirle todo crédito probatorio, privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción. Por ello, el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por

otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, que podrá ser considerada sólo cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical; y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad a la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

Esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, a los testimonios indirectos o de referencia, ha de ser material, lo que no ocurre en el caso presente, ya que los testigos directos comparecieron a Juicio, pero se negaron a declarar ante el Tribunal al ejercitar libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su ascendientes o su cónyuge a las personas en que concurran tales condiciones de parentesco.

Por todo ello, y ante el vacío probatorio existente, debe estimarse el primer motivo de impugnación alegado, y en consecuencia, absolver al recurrente del delito por el que fue condenado en la instancia, no procediendo entrar en el análisis del motivo de recurso alegado con carácter subsidiario.

Sentencia 90/2010, AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 15 de septiembre

Ponente: **Luis Casero Linares**

Resumen: **Plantación de marihuana: alegación de autoconsumo**

Artículos: **368 Código Penal y 741 LECrim**

No es negado por los acusados que realizaron una plantación de marihuana en la casa que tenían alquilada, pero se invoca que faltan indicios de que esa droga estuviere destinada a terceros, una vez manifestado por los acusados el ser consumidores y el estar destinadas las plantas a ese consumo propio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

La falta de prueba de actos concretos de tráfico conduce a que tal destino deba deducirse de otros indicios, tal como establece nuestra jurisprudencia, y en el presente caso el único posible es la cantidad de droga aprehendida, pues en los registros practicados no fueron hallados otros datos de los que pudiera deducirse ese destino de tráfico, tales como balanzas, anotaciones, distribución en dosis, etc.

En orden a esa cantidad de droga, es cierto, como se destaca por la defensa, que existen distintos pesajes, pues mientras que la Guardia Civil señala que el total de lo aprehendido pesaba 27 kilos (los 22 kilos a los que se alude en el folio 27 de las actuaciones está referido sólo a lo hallado en el domicilio de Marta) en el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno de Toledo se dice que lo entregado pesa 31 kilos. Ante tal disparidad hay que decir que el pesaje oficial y a tener en cuenta es el que se efectúa en esa Área de Sanidad, pues desconocemos el método de pesaje de la Guardia Civil (normalmente no muy ortodoxo, como la experiencia nos demuestra), además de que hablamos de pesos brutos en los que también puede influir los envoltorios utilizados. Pero lo que resulta más importante, es que no se ha acreditado que en ningún momento se haya roto la cadena de custodia de la droga y, por tanto, que pudiera existir algún tipo de error. Si observamos el folio 114, donde se recoge el formulario de entrega, vemos como la droga está referenciada por el número del atestado, por el nombre de los imputados y el juzgado que instruye las diligencias, y tales datos se corresponden con la realidad del procedimiento.

El informe concluye que el peso neto de la droga, es decir seco, sin raíz ni tallos primarios, es de 7.082 grs. de cannabis sativa, y a tal conclusión debe atenderse pues expresamente las partes renunciaron a la declaración en el plenario de la perito.

Ahora en el recurso se trata de introducir la duda sobre tal conclusión desde dos alegaciones, como son: la impugnación del informe pericial y la disconformidad del mismo con las apreciaciones policiales.

Si bien es cierto, como se dice en el recurso, que en el escrito de conclusiones provisionales se impugnó expresamente el informe de sanidad, también lo es, como se descubre en la grabación del juicio, que llegado el momento de la ratificación de tal prueba pericial, por la Fiscalía se afirmó que se renunciaba a la misma si la pericia no era impugnada de contrario, mostrándose conforme la letrada de la defensa. Tanto es así que en su informe no hace referencia alguna a impugnación del informe, sino que simplemente afirma que debe ser analizado detenidamente por la Juez al resaltarse esa diferencia en los pesajes. No cabe, por lo tanto, ahora alegar la impugnación.

En cuanto a la segunda cuestión, se dice que por la Guardia Civil se manifestó que normalmente las plantas suelen quedarse en un 10% de su peso una vez secas, lo que se afirma no concuerda con el resultado del informe pericial.

Ante tal alegación debe decirse que la prueba pericial es la que realiza el laboratorio especializado en ello, y que sus resultados podrán ser contradichos por otras pruebas de igual cualificación técnica, pero no por una mera manifestación de los agentes de la Guardia Civil, de los que desconocemos su cualificación para hacer tales afirmaciones.

Tercero.—La conclusión de todo lo anterior es que lo acreditado es que la droga aprehendida pesó 7.082 grs. y de esa cantidad debemos partir.

A pesar de que los acusados son cuatro la cantidad aprendida es tan notoria que sobrepasa los criterios jurisprudenciales para considerar que estemos ante un supuesto de autoconsumo (acopio entre 5 y 10 días), pues la división de la droga entre los acusados nos da 1.770,5 grs. para cada uno, además en personas que no podemos negar que no fumen marihuana pero que tampoco han acreditado su adicción a tal sustan-

cia o, al menos, su nivel de consumo para justificar tal acopio. A este respecto sólo tenemos las declaraciones de los acusados y unas analíticas que se realizaron el 26 de junio de 2006 que dan positivo a cannabis y que no acreditan sino que antes de practicárselas consumieron tal sustancia. Únicamente Arsenio presenta un informe de la UCA de Puertollano, señalando que acudió a ese servicio en enero de 2008 por problemas relacionados con el consumo, lo que se acredita por dar positivo al cánnabis en los controles que se le han practicado, sin mayor especificación.

A efectos comparativos sólo hay que ver que el acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 establece como de notoria importancia la tenencia de 10 kgr. de marihuana, cuando con relación

al hachis lo que establece son 2,5 kgr., considerando que no estamos en autoconsumo a partir de unos 50 grs., es decir hay que multiplicar esta cantidad por 50 para llegar a la agravante. Haciendo un cálculo similar estaríamos en unos 200 grs. en relación a la marihuana a partir de los cuales debe descartarse el autoconsumo. Como el Tribunal Supremo establece sus cálculos para determinar la notoria importancia a partir del informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, considerando como tal el multiplicar por 500 la dosis media de consumo diario establecido por ese Instituto, el resultante es de una dosis de 20 grs. diarios, con lo que se llega a la misma conclusión de unos 200 grs. como acopio a partir del cual debe descartarse el autoconsumo, cantidad muy alejada de la que poseían los acusados.

Sentencia 969/2010, AP Madrid, Sec. 17.^a, de 15 de septiembre

Ponente: **José Luis Sánchez Trujillano**

Resumen: **Robo o robo de uso; intención del autor**

Artículos: **24 CE; 714 LECrim y 263 Código Penal**

Opta la Audiencia por el tipo menos perjudicial, que habría de ser el robo de uso, y se acaba penando por falta, porque, siendo uno de los elementos del tipo el valor del coche, sólo de modo presuntivo se podría llegar a la conclusión de que el vehículo sobre el que se hubiera materializado la acción sobrepase el límite de la falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No puede prosperar el recurso por el primer motivo porque se ha realizado determinada actividad que habría de considerarse de prueba —fundamentalmente la declaración de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carné profesional [...]— cuyo resultado habría de ser razonablemente incriminatorio respecto de los recurrentes.

Habría de carecer de fundamento la afirmación de que no consta en la causa una pericia de dactiloscopia porque, además de lo que luego se dirá, el hecho habría de considerarse flagrante

—en los términos en los que se expresa el art. 795.1 1.º LECrim.— no resultando necesaria la práctica de dicha diligencia cuando, aún reconociendo el perjudicado que el coche no lo llegaron abrir y que abre y cierra perfectamente la cerradura, el atestado indica cómo encajaba el destornillador en la mencionada cerradura.

En el sentido indicado, habría de haber prueba y la misma habría de acreditar la participación de los recurrentes en el hecho.

Sin embargo, sí tiene razón el recurrente en la cuestión que plantea —como ya lo hiciera en su momento en el informe— de que no se sabe cuál era la intención de los autores ni, por tanto,

la infracción que se habían propuesto cometer lo imputados.

En efecto, del elenco de infracciones que pudieran perpetrar a raíz de la acción específicamente realizada, se opta por el robo sin argumentar el motivo de desestimar los otros delitos que la acción pudiera haber posibilitado —como lo habrían de ser a los daños o el robo o hurto de uso de vehículo de motor—.

Cierto que la defensa, en la medida en que hace tal afirmación, habría de haber apoyado la misma en un tanto de prueba pero no es menos cierto que, negando la participación en el hecho Domingo —único de los acusados que compareció al acto del juicio— se habría de negar la mayor —la participación— y correlativamente el propósito que hubiera de guiar una acción que no se admite.

Así las cosas, no sería razonable optar por los daños que se apuntan —cfr. art. 263 del Código Penal— porque, consistiendo los mismos en la causación de determinados desperfectos, el modo razonable de haberse realizado dicho delito hubiera de haber sido a través de un acto diferente de que de aquel que, realmente, se cometió.

Y, dicho ello, tan razonable habría de ser la imputación de robo como la de robo de uso de vehículo de motor.

En cualquier caso, se arranca de la imputación de robo porque la acción realizada, la introducción del destornillador en la cerradura del coche —recuérdese la coincidencia a que antes se ha hecho mención y que se contiene en el atestado— habría de suponer un comienzo de la acción típica contemplada en el art. 238.3 del Código Penal.

Y siendo tan razonable uno como otro tipo, este órgano *ad quem* ha de optar por el menos perjudicial que habría de ser la imputación de robo de uso —recuérdese tan razonable como el robo y así se expresó uno de los testigos, el funcionario con carné profesional NUM000 al comienzo su declaración de que vieron a unos individuos «... intentando forzar un coche para robarlo o robar lo que había en su interior...»— y que habría de serlo por falta porque, siendo uno de los elementos del tipo el valor del coche, sólo por un acto de presunción— razonable pero presunción, al fin y al cabo, sin ningún apoyo— se podrían llegar a la consideración de que el vehículo sobre que se hubiera materializado la acción habría de exceder de 400 euros.

Sentencia 206/2010, AP Oviedo, Sec. 3.ª, de 15 de septiembre

Ponente: Manuel Vicente Avello Casielles

Resumen: Delitos contra la fauna: caza con lazo

Artículos: 336 y 337 Código Penal

En este caso concreto, teniendo en cuenta que el dispositivo de caza empleado por el acusado era un lazo construido a base de cables metálicos con un nudo corredizo en el que el animal quedaría atrapado desde el momento en que cualquier parte del cuerpo fuese cogida por el nudo (sin posibilidad de soltarse, dada la resistencia del material empleado) resulta evidente para la Audiencia, que se trata de un medio no selectivo de caza. Se confirma la condena recurrida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Respecto a la indebida aplicación del artículo 336 del Código Penal, alegada por el recurrente, hemos de señalar, que el artículo

336 es una norma parcialmente en blanco, técnica admitida por el TC en su sentencia 127/90, en la que junto a los explosivos y el veneno, se tipifica la utilización de «otros instrumentos o artes

de similar eficacia destructiva para la fauna». Corresponde pues, a los Jueces y Tribunales, integrar tal norma con la legislación sectorial en la materia y decidir cuáles de los métodos de caza prohibidos por la legislación tienen esa similar eficacia destructiva.

A ese respecto, la Audiencia Provincial de Asturias ya se ha manifestado al respecto de los lazos en el sentido de equiparlos al veneno en cuanto método indiscriminado y no selectivo de caza, pues al igual que aquél, escapa al control de quien lo emplea. Ni se controla qué animal comerá el veneno, ni qué animal caerá en el lazo, en el que puede caer especies amenazadas e incluso en peligro de extinción, y, así de hecho, han caído en lazos varios osos en Asturias.

Por ello la Audiencia provincial de Asturias, Sección 3.ª, en Sentencia n.º 240/01, ha establecido «que los lazos son un medio de caza no selectivo y por tanto incluido en el artículo 336 del Código Penal». Dicha sentencia confirmaba otra del Juzgado del lo Penal n.º 4 de Oviedo, en cuyos fundamentos consta: «Tales hechos son constitutivos de un delito contra la fauna, previsto y penado en los Arts. 336 y 337 del vigente Código Penal, en cuanto sancionan, el primero de ellos, al que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna. En el presente caso, el medio empleado por el acusado fueron dos lazos de acero, y la cuestión se centra entonces en determinar si su utilización es susceptible o no de integrar el tipo penal en cuanto su eficacia destructiva puede ser equiparada a la del veneno o los explosivos. La respuesta a esta cuestión exige una labor interpretativa no exenta de dificultades, por tratarse de una figura delictiva de nuevo cuño que aparece por primera vez en el actual Código Penal, y que debe partir en todo caso de la importancia que el bien jurídico protegido, el medio ambiente y el equilibrio ecológico de las especies animales y vegetales, ha adquirido en los últimos años, debido fundamentalmente a la toma de conciencia por parte de los poderes públicos de la necesidad de una protección enérgica y decidida frente a los ataques que sistemáticamente venían produciéndose por la actuación del hombre atacando el

equilibrio ecológico y el hábitat natural de las especies y provocando en algunos casos su desaparición y en otros una amenaza por su misma subsistencia. Este es el marco en el que debe situarse y entenderse la protección reforzada que el legislador ha decidido establecer al tipificar como delictivas conductas que anteriormente merecían a lo sumo la consideración de simples infracciones administrativas. La premisa fundamental para el intérprete debe ser, por tanto, la necesidad de proteger todas las formas de vida, especialmente animal, frente a ataques ciegos e indiscriminados que ponen en grave riesgo su supervivencia. Desde esta perspectiva, y aún cuando la interpretación de una expresión como la que contempla el mencionado art. 336 al referirse a los instrumentos o artes empleados para caza de similar eficacia destructiva para la fauna a la que deriva del empleo de venenos o explosivos deba ser una interpretación restrictiva, pues así lo impone la propia configuración de tal conducta como delictiva, la ausencia de una mayor precisión a la hora de concretar esas conductas, fruto de la imposibilidad de abarcar todas las formas de caza, presentes o futuras, conocida o por conocer, que pudieran merecer la consideración de altamente destructivas para la fauna, no debe llevar, sin embargo, a que la interpretación sea tan estricta que la previsión normativa al sancionar tales conductas quede totalmente vacía de contenido. Se impone, por tanto, partir de un criterio que, basado en la identidad de razón en la prohibición de métodos de caza similares al empleo de venenos y explosivos, permita descender al supuesto concreto, y en tal sentido debe considerarse que se trate de medios indiscriminados, generalizados o masivos, en definitiva aquellos que escapan al control de quien los usa y son susceptibles de causar un grave daño, bien de orden cuantitativo, por afectar a un número importante e indeterminado de animales, o bien cualitativo, por alcanzar de forma indiscriminada a varias especies, distintas de las que el sujeto que los utiliza se proponía cazar. Así, la S.A.P. Badajoz (Sección 2.ª) 22-2-200 habla de medio masivo y no selectivo y la sentencia de la Audiencia Provincial de Aragón (Sección 2.ª) 22-2-2000 se refiere al uso de instrumentos o artes que no permitan discriminar la

especie capturada o que ocasionen una masiva destrucción de la misma.

Partiendo de estas premisas, y si se examinan las distintas normas incorporadas a nuestro ordenamientos jurídico durante los últimos años para la protección de la naturaleza y de la vida animal y vegetal, se comprueba que existe una constante prohibición de tales medios o procedimientos para la caza. Así, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y Fauna Silvestres prohíbe en su Art. 34.a) la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, mencionando en particular venenos o trampas, y el Art. 3 del R.D. 1095/1989, de 8 de septiembre, sobre Declaración de especies objeto de caza y pesca y Normas para su protección, desarrolla el precepto anterior y señala que en aplicación del Art. 34.a) de la citada Ley se consideran procedimientos masivos y no selectivos prohibidos para la captura o muerte de animales los que se relacionan en el Anexo III, entre ellos lazos y anzuelos, sí como todo tipo de trampas y cepos, y otros faros, linternas, espejos y otras fuentes luminosas, cebos, gases o sustancias venenosas y explosivos.

Anteriormente, ya el Convenio de Berna de 19-9-79 relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y Medio Natural en Europa, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante Instrumento de Ratificación de 13-5-86, imponía en su Art. 8 a las partes contratantes la prohibición de todos los medios no selectivos de captura y muerte (...), en particular los enumerados en su Anexo IV, que incluía, para mamíferos, como medios de caza prohibidos, los lazos además de los explosivos y el veneno, distinguiendo en cuanto a las demás trampas según que se empleasen o no para la captura o la muerte masiva o no selectiva. En idénticos términos cabe señalar la Directiva del Consejo 92/43/CEE de 21-5-92, transpuesta a nuestro ordenamiento por el R.D. 1997/1995, de 7 de diciembre, que en su Anexo VI incluye como medios no selectivos de caza, respecto de los mamíferos, las trampas no selectivas en su principio o en sus condiciones de empleo además de venenos y cebos envenenados. Finalmente, cabe citar también la Ley

2/1989, de 6 de junio, de Caza del Principado de Asturias, cuyo art. 24.1 prohíbe la tenencia y utilización de todos los procedimientos de caza masivos o no selectivos, estableciendo de forma específica en su Art. 25.a) el empleo de lazos.

Descendiendo al supuesto concreto, y teniendo en cuenta que en este caso el dispositivo empleado por el acusado era un lazo construido a base de cables metálicos con un nudo corrediizo en el que el animal quedaría atrapado desde el momento en que cualquier parte del cuerpo fuese cogida por el nudo, sin posibilidad de soltarse dada la resistencia del material empleado, resulta evidente que se trata de un medio no selectivo para la caza, ya que no sólo los jabalíes, que posiblemente eran los animales que aquél se proponía cazar, sino cualquier otro animal de similar o superior tamaño, podrían verse atrapados en el lazo, y en este sentido es significativo que especies consideradas en peligro de extinción como el oso pardo se hayan visto afectadas por este tipo de trampas, como evidencian las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Cangas del Narcea como Diligencias Previas 654/99 y que obran incorporadas a la causa mediante testimonio, y el informe e la fundación Oso Pardo, que en su página web (www.fundacionosopardo.org) señala que los lazaos de acero son muy peligrosos para los osos y pueden causar bajas importantes entre la población, indicando además que en el periodo comprendido entre 1980 y 1994 se registraron 36 muertes de oso en el Occidente cantábrico, de los que 13 (es decir, un 36%) murieron en lazos. Habrá de convenirse, por tanto, con la S.A.P. Tarragona (Sección 2.ª) 22-2-2000 anteriormente citada, que el empleo de lazo constituye un medio de similar eficacia destructiva para la fauna que el veneno, pues si algo caracteriza al uso del veneno para la caza es la imposibilidad de discriminar la especie animal que se ve finalmente afectada por el mismo, extremo que es plenamente compartido por el uso del lazo ya que, en tal trampa puede caer cualquier animal de un tamaño similar o menor al del jabalí convirtiéndose así el lazo en un instrumento de eficacia destructiva indiscriminada de la fauna, motivo por el que ha de considerarse comprendido dentro del tenor literal del Art. 336 del Código Penal. Por lo demás, es claro que tal delito se consuma con el empleo de los medios

o métodos descritos en el tipo penal, sin que sea necesaria a la muerte o captura de los animales, lo cual entraría ya en la fase de agotamiento y podría dar lugar a la apreciación del subtipo agravado que contempla el propio precepto penal en su inciso final si el daño causado fuera de notoria importancia, basando confrontar la conducta descrita en el tipo con la que sancionan los preceptos inmediatamente anteriores, los Arts. 334 y 335, para advertir que en este caso no se exige que el autor haya cobrado ninguna pieza de caza para que el delito se consuma, bastando para ello

el empleo de los medos referidos como procedimiento para cazar o pescar poniendo así en concreto peligro la protección de la fauna. Asimismo, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3.^a, en Sentencia n.º 270/01, ha establecido que los lazos son un medio de caza no selectivo y por tanto incluido en el Art. 336 del Código Penal, y prácticamente todos los Juzgados de lo Penal de Asturias, incluido este de Langreo, han dictado Sentencias condenatorias, por colocación de lazos, considerando tal conducta incardinada en el Art. 336 del Código Penal.

Sentencia 654/2010, AP Vizcaya, Sec. 2.^a, de 15 de septiembre

Ponente: **María José Martínez Sainz**

Resumen: **Desalojo forzoso de pleno municipal: desobediencia, atentado, desórdenes públicos**

Artículos: **8, 551, 556, 558, 590 Código Penal**

Al hilo de los acontecimientos ocurridos en un Ayuntamiento del País Vasco con diversos incidentes (lectura de un manifiesto, desalojo del pleno de algunas personas e incidentes en el exterior) pasa revista la Audiencia de Vizcaya a la aplicación que de los tipos de desobediencia grave, atentado y desórdenes públicos, hizo el Juzgado de lo Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Interponen recurso de apelación, D.^a Lidia, D. Ambrosio y D. Jose Francisco contra la sentencia dictada en primera instancia el 30 de abril de 2010 en el Juzgado de lo Penal n.º1 de Barakaldo al haber resultado condenados en relación a unos hechos ocurridos el día 16 de junio de 2007 en el Ayuntamiento de Zalla, con ocasión de la constitución de la Corporación Municipal.

La primera de las recurrentes fue condenada como autora de dos delitos, uno de desórdenes públicos del art. 558 CP a la pena de 4 meses de prisión e inhabilitación especial y, otro, de desobediencia grave del art. 556 CP a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial. El segundo, también como autor de dos delitos, uno de desobediencia grave del art. 556 CP a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial y, otro, un delito de atentado de los arts.

550 y 551 CP a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial. Finalmente el tercero fue considerado autor de un delito de atentado de los artículos 550 y 551 CP a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial.

Los tres recurrentes muestran su conformidad con el relato de hechos probados de la sentencia apelada por lo que los motivos de discrepancia respectivamente alegados por cada uno de ellos son de alcance jurídico y no de valoración probatoria por tanto.

Entramos a analizar cada uno de ellos de forma individualizada.

El recurso de D.^a Lidia esgrime dos motivos para solicitar la revocación de la sentencia: infracción de precepto penal por aplicación del art. 558 CP, al tipificar su conducta como delito de desórdenes públicos y vulneración del art. 8 CP al no haber aplicado el concurso de normas concurrente. En base a ello pide la revocación

de la sentencia apelada y su sustitución por otra de contenido absolutorio con todos los pronunciamientos favorables.

No discutiendo la recurrente el relato de hechos probados de la sentencia ha de partirse como incuestionado por tanto que su participación en los hechos fue de la forma reflejada en la resolución apelada Y así, se considera probado que encontrándose la Sra Lidia sobre las 12:00h del día 16 de junio de 2007 entre un grupo de personas vinculadas al partido político ANV cuyas candidaturas habían sido ilegalizadas, procedieron a interrumpir constantemente con gritos el pleno en el que se estaba constituyendo la corporación municipal del Ayuntamiento de Zalla, impidiendo el normal desarrollo del Pleno, intentando en concreto D.^a Lidia en varias ocasiones, por la fuerza, acceder a su sillón lo que motivó que intervinieran agentes de la Policía Municipal para hacerla desistir de su actitud. Continúa el relato de hechos probados que como los gritos no cesaban y ella quería leer un comunicado el Alcalde de Zalla le permitió su lectura con la obligación de que posteriormente debían abandonar el Pleno. Finaliza los hechos probados de la sentencia el relato de dicho episodio con lo siguiente: una vez leído el comunicado por la Sra Lidia y como quiera que las personas que estaban perturbando el orden de la sala no se marchaban, tuvieron que intervenir los agentes tanto municipales como de la Ertzantza para que se produjera el desalojo.

La sentencia en su fundamento de derecho primero efectúa una valoración del contenido de las pruebas de carácter personal practicadas en el Juicio, junto con la versión de los acusados; en particular, respecto a la participación de D.^a Lidia, analiza la testifical del Alcalde de Zalla, D. Jose Ángel, el concejal D. Jose Pablo, los ertzainak con números profesionales NUM004 y NUM005 y el agente de policía municipal de Zalla n.º NUM006. Y concluye que las mismas conducen a considerar probados que los hechos se produjeron de la forma antedicha en el interior del salón de Plenos del Ayuntamiento de Zalla y que los mismos son constitutivos de un delito de desórdenes públicos del art. 558 CP al haber quedado acreditado «... que la acusada el día de los hechos acudió al Pleno del Ayunta-

miento con otro grupo de personas, y una vez en el interior profirió gritos e intentó en varias ocasiones acceder a un sillón que no le correspondía, interrumpiendo constantemente a fin de impedir que dicho acto se llevase a cabo hasta que tuvieron que ser desalojadas del salón de plenos».

Discrepa la recurrente de dicha conclusión al considerar que se incardinó indebidamente esa conducta en el art. 558 CP como delito de desórdenes públicos cuando en realidad la entidad y naturaleza de los hechos no permiten subsumirlos ni en dicho artículo como delito ni tampoco como una falta de desórdenes públicos del art. 633 CP ya que «la alteración del orden careció de entidad bastante para considerarla perturbación del acto público», citando en apoyo de su postura la sentencia del TS 1321/1999 de 27 de septiembre en que los acusados fueron finalmente absueltos en su caso, según refiere, «sustancialmente igual» al que nos ocupa. La fundamentación jurídica de dicha Sentencia del TS es propiamente la que se utiliza de forma literal para argumentar en su parte sustancial el primer motivo del recurso.

No comparte, no obstante, la Sala la consideración de que los hechos revisados entonces en dicha resolución por la Sala 2.^a TS y los ocurridos el 16 de junio de 2007 en el salón de plenos del Ayuntamiento de Zalla sean idénticos. Salvo error por parte de este Tribunal, los hechos objeto de enjuiciamiento via recurso por el Tribunal Supremo se trataban de gritos e insultos vertidos en la vía pública en la jornada de inicio de una campaña electoral, con motivo del acto de pegada de carteles por parte de una determinada formación política y las quejas y oposición a ello por parte de un grupo numeroso de personas integrantes de otra formación de distinta tendencia política, llegando a parar el acto de pegada de carteles durante más de diez minutos. No se produjeron por tanto durante el desarrollo propiamente dicho de un acto público de una Corporación Local para su constitución tras la celebración de elecciones, como fue en el presente caso, ni consta que tuviera que intervenir finalmente la fuerza pública a requerimiento de la autoridad para que abandonaran el lugar donde debía continuar el referido acto.

No han de ser necesariamente iguales la valoración y efectos jurídicos en ambos casos. En la participación considerada como probada en la sentencia que nos ocupa se comparte la consideración de la Juez de instancia de incardinarla en un delito de desórdenes públicos del art. 558 CP por cuanto que se aprecia que concurrieron en la conducta de D.^a Lidia los elementos exigidos legal y jurisprudencialmente para la aplicación del tipo, tanto de carácter objetivo como subjetivo. En concreto, en el ámbito objetivo, tratándose de un delito de resultado, al haber producido con su actuación una perturbación del orden en un acto público de la Corporación Local de Zalla que, aunque el tipo admite su comisión individual, lo llevó a cabo apoyada en un grupo de personas que la acompañaban; y en el subjetivo, al concurrir el dolo de alterar el orden dada la actitud que se recoge como probada de interrumpir de forma consciente con gritos el desarrollo del pleno, intentado la Sra Lidia «... en varias veces por la fuerza acceder a su sillón teniendo que intervenir los agentes de la policía municipal para que desistiera en su actitud» según se recoge en el relato de hechos probados de la sentencia.

Asimismo dicha conducta de perturbación del orden merece ser calificada como grave, lo que descarta la tipificación de la misma como falta del art. 633 CP, al haber sido continuada y persistente la actitud de perturbadora hasta el punto de que no solo consiguió con su proceder obstativo al normal desenvolvimiento del pleno que se le permitiera por parte del Alcalde leer en dicho acto público el comunicado que llevaba escrito, sino que incluso una vez leído tuvieron tanto ella como los restante integrantes del grupo, que ser desalojados por la policía al no hacerlo voluntariamente, (a idéntica conclusión se llega en la STS ROJ 3860/2010 de 2 de julio).

Solución distinta sin embargo merece la alegación efectuada en segundo lugar por la recurrente relativa a una posible vulneración del art. 8 CP para el concurso de normas al haberse tipificado los hechos como dos delitos, uno el de desórdenes públicos analizado, y otro, de desobediencia grave del art. 556 CP.

Nada dice la sentencia para argumentar la aplicación de dicho tipo delictivo y de la propia

valoración probatoria efectuada para considerar aplicable el delito de desórdenes públicos se desprende que son los mismos hechos probados que sirven de base para aplicar el art. 558 CP los que la Juzgadora considera también incardinables en el art. 556 CP. No se trataría en este caso, sin embargo, de un concurso de normas sino de un concurso ideal de delitos del art. 77 CP por cuanto que, contrariamente a lo argumentado en el recurso, aún encontrándose ubicados ambos delitos dentro del Título XXII «delitos contra el orden público», el tipo de desórdenes públicos no es especial respecto al que podría considerarse general de desobediencia grave, ya que el elemento definidor del primero es la causación de un desorden grave en determinados lugares, siendo en cambio el del segundo, el menoscabo del principio de autoridad ejercido legítimamente. No hay relación por tanto de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad posible entre ambos, como sí la hay en cambio entre el art. 558 y el precedente 557 de desórdenes públicos así como entre el delito de desobediencia y el de atentado del art. 550 CP.

Expuesto lo anterior, no obstante, no procede aplicar en este caso a la conducta de D.^a Lidia también el tipo penal de desobediencia grave del art. 556 CP por cuanto que ni el relato de hechos probados de la sentencia ni en la fundamentación jurídica de la misma se destina una mínima explicación acerca de cuáles fueron los hechos concretos en que consistió la necesaria conducta de firme y contumaz oposición por parte de la acusada a la órdenes dadas, ni si dichas órdenes desoídas fueron las emitidas por el Alcalde o por los agentes de la autoridad que acudieron al lugar a requerimiento de éste. Del examen de las testificales practicadas en la instancia no se desprende que una vez consiguió la acusada leer el comunicado ante el Pleno con la autorización del Alcalde, mantuviera una actitud persistente de desobediencia a la autoridad, ni del alcalde, ni los agentes. Por ello, su actitud de negarse a abandonar el salón de plenos en el que estaba iniciándose la constitución de la corporación, pese a las indicaciones que reiteradamente se le dieron en dicho sentido por parte del Alcalde se considera que ha de quedar consumida por el tipo de desórdenes públicos como un elemento integrador de dicho tipo penal. Procede por ello

revocar la condena del delito del art. 556 CP respecto a ella.

Segundo.—El Recurso de D. Ambrosio fundamenta su apelación en dos motivos: vulneración de precepto penal por inaplicación del art. 556 CP frente al art. 550 CP y vulneración del art. 8 CP por no aplicación de las reglas previstas para el concurso de normas. En base a ello solicita que se le absuelva de los delitos de desobediencia grave y atentado condenándole en su lugar como autor de un delito de resistencia del art. 556 CP.

Por su parte, también el recurso de D. Jose Francisco argumenta su petición de revocación de su condena como autor de un delito de atentado del art. 550 CP a fin de ser sustituida por otra en la que se le considere autor de un delito de resistencia del art. 556 CP, en considerar que se ha producido vulneración de precepto penal por inaplicación del art. 556. Entraremos a analizar de forma conjunta la petición efectuada por ambos de revocación de la condena por un delito de atentado y condena en su lugar como autores ambos de un delito de resistencia del art. 556, ya que la argumentación esgrimida en defensa de dicha petición es idéntica en ambos casos.

No discrepándose tampoco por ninguno de ellos con la valoración probatoria de la sentencia apelada, se consideran probados los siguientes hechos cronológicamente producidos a continuación de los protagonizados por D.^a Lidia en el interior del salón de plenos del Ayuntamiento, ya en la calle: «... Una vez en el exterior del edificio consistorial y con ocasión de una concentración autorizada de un grupo de personas vinculadas con los anteriormente desalojados del interior del Ayuntamiento, el acusado Ambrosio se quedó en una zona que impedía la entrada y salida del Consistorio, siendo requerido en varias ocasiones por el agente de la ertzantza con n.º NUM004 a fin de que se retirase del lugar, haciendo aquel caso omiso. Cuando el agente se aproxima para retirarle de la zona, Ambrosio le propina un fuerte empujón, motivo por el cual resultó detenido. En ese momento, el también acusado Jose Francisco... intentó evitar la detención de Ambrosio empujando por la espalda al agente de la ertzantza n.º NUM004. A consecuencia de estos hechos el agente no sufrió lesión alguna».

En base a dichos hechos, la sentencia incardina penalmente la conducta de D. Ambrosio como autor de un delito de desobediencia grave del art. 556 CP y de un delito de atentado de los arts. 550 y 551, al haber inicialmente hecho caso omiso a la órdenes que se le dieron de retirarse del lugar y empujar fuertemente al agente que se acercó a él para retirarle contra su voluntad. Asimismo considera constitutiva de un delito de atentado la acción protagonizada por el Sr. Jose Francisco consistente en empujar por la espalda al agente que estaba intentando retirar del lugar al otro acusado.

No se comparte, no obstante, por la Sala el criterio jurídico de la instancia respecto a la calificación jurídica de la conducta de ambos recurrentes.

El art. 556 CP, de resistencia a la autoridad o sus agentes en los casos no comprendidos en el art. 550 CP, regula un supuesto residual con relación a los delitos de atentado. Resulta ilustrativo citar aquí la reciente sentencia del TS ROJ 3676/2010 de 30 junio, que traza la línea divisoria entre las tipicidades del art. 550 y 556 CP. Literalmente se recoge en la misma lo siguiente: «...podemos concluir que integrarán el delito del art. 556: a) la resistencia pasiva grave. Si fuera leve podría integrar la falta del art. 634 C.Penal. b) la resistencia activa no grave. Para integrar el atentado del art. 550 C.P. deben concurrir en la resistencia simultáneamente las notas de activa y grave. Así pues, frente a la radicalidad del criterio de que cualquier resistencia activa que suponga tomar la iniciativa el acusado para actuar contra la autoridad y sus agentes debería subsumirse en el art. 550, el Código de 1995 ha dado entrada a un tipo de resistencia activa no grave que no comporta el acometimiento al funcionario. En conclusión, podemos afirmar, que dentro del art. 556 CP tienen cabida junto a los supuestos de resistencia pasiva otros de resistencia activa que no estén revestidos de la nota de gravedad, produciéndose una ampliación del tipo genérico de resistencia compatible con actitudes activas del acusado, pero ello cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del funcionario o agente, como sería el caso de intentar detener a un sujeto el cual se opone dando patadas o manotazos contra el policía, pero cuando en los casos en

que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo, el tipo que debe aplicarse es de atentado, doctrina consagrada por innumerables sentencias de esta Sala (ver S.T.S. n.º 7110/2001 de 4 de mayo; n.º 1828/2001 de 16 de octubre; n.º 361/2002 de 4 de marzo; n.º 670/2002 de 3 de abril; n.º 819/2003 de 6 de junio; n.º 370/2003 de 15 de marzo; n.º 742/2004 de 9 de junio; n.º 894/2004 de 12 de julio; n.º 911/2004 de 16 de julio; n.º 1156/2004 de 21 de octubre; n.º 709/2005 de 7 de junio; n.º 776/2005 de 22 de junio; n.º 912/2005 de 8 de julio; n.º 24/2006 de 19 de enero; n.º 607/2006 de 4 de mayo; n.º 1222/2006 de 14 de diciembre; n.º 136/2007 de 8 de febrero; n.º 418/2007 de 18 de mayo; n.º 452/2007 de 23 de mayo y 778/2007 de 9 de octubre).

Aplicando dicha doctrina al presente caso la acción perpetrada por el Sr. Ambrosio consistente en «hacer caso omiso», como literalmente se afirma en los hechos probados de la sentencia apelada, a las indicaciones dadas en varias ocasiones por los agentes a fin de que abandonara el lugar en el que se encontraba así como la de «propinar un fuerte empujón» al agente que se acercó a él para retirarle de la zona, siendo apoyado por su abogado allí presente D. Jose Francisco, quien, a su vez, propinó un empujón al agente actuante «para intentar evitar la detención» sin que conste en las actuaciones una mínima objetivación lesiva, merecen el calificativo resistencia activa no grave y por lo tanto han de ser incardinados como un delito de resistencia a los agentes de la autoridad del art. 556 CP. Y ello porque concurrieron en ambas conductas los elementos exigidos para la aplicación del tipo de resistencia: a) carácter de agente de la autoridad en el sujeto pasivo conocido indubitablemente por el sujeto activo; b) actuación por parte del agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones; c) no extralimitación en las mismas; d) actitud por parte del sujeto activo de pertinaz oposición al ejercicio de la autoridad por parte del sujeto pasivo, llegando a propinarle un fuerte empujón cuando se acercó a él para obligarle a cumplir la orden de retirada del lugar y; e) por último, dolo específico de menoscabar el principio de autoridad exteriorizado en la conducta de impedir su normal ejercicio.

Tampoco se considera que la conducta inicial de D. Ambrosio no acatando las órdenes que se le daban de abandonar el lugar merezca calificación distinta por un delito de desobediencia grave del art. 556 CP como hace la sentencia apelada, ya que la desobediencia se diferencia de la resistencia en que ésta es una acción eminentemente física de oposición, resuelta y eficaz, al cumplimiento de aquello que la Autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones, mientras que la desobediencia se ha venido considerando más bien una omisión espiritual, de pura inercia ante el mandato recibido, sin actuación activa ninguna tendente a su neutralización. Resulta evidente a juicio de la Sala que la conducta del Sr. Ambrosio el día de los hechos fue tendencialmente dirigida desde el principio a mostrar oposición física a las órdenes de retirada del lugar, no cabe hablar por tanto de desobediencia.

Debe por ello estimarse el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Ambrosio, revocando su condena como autor de un delito de atentado y otro de desobediencia grave y condenándose en su lugar como autor de un delito de resistencia del art. 556 CP a la pena de 7 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tomando en consideración para la graduación de la pena las circunstancias de lugar y tiempo así como la persistente actitud de abierta oposición a la actuación policial.

Igualmente ha de revocarse respecto a D. Jose Francisco su condena como autor de un delito de desobediencia grave del art. 556 CP considerándole en su lugar autor de un delito de resistencia del mismo precepto penal, manteniendo los efectos penológicos recogidos en la sentencia apelada al considerar la imposición del límite mínimo legalmente previsto de 6 meses de prisión igualmente adecuado a las circunstancias en que se produjeron los hechos y la naturaleza de actitud mantenida por el Sr. Jose Francisco intentando evitar como abogado la detención de su cliente Sr. Ambrosio por parte de los agentes, siendo probablemente dicho ánimo prevalente sobre el dolo que igualmente concurrió de apoyar con su conducta el comportamiento de obstrucción persistente a la actuación policial.

Revista de

**Derecho
Penal**

CRÓNICA LEGISLATIVA

ENERO

- Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE del 27).
 - Actualiza las cuantías indemnizatorias para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).
 - Se revisan las cuantías de las tablas indemnizatorias referentes a:
 - Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales) (Tabla I).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte (Tabla II).
 - Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales) (Tabla III).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla IV).
 - Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones) (Tabla V).
- Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE del 29).
 - Se delimita la definición del **censo electoral** así como los plazos de censo cerrado y de envío de información de los Ayuntamientos y de los Consulados a las Delegaciones de la Oficina del Censo electoral.
 - Se reforma el procedimiento de votación del censo de **españoles residentes en el exterior**.
 - Reducción de la **publicidad** durante la campaña electoral.
 - En cuanto a la **jornada de votación**, se amplía la edad para poder pertenecer a las mesas electorales (70 años).
 - Se adoptan medidas para evitar el **transfuguismo**: actuando principalmente sobre la voluntad popular y el cambio de gobiernos municipales.

- Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE del 29).
 - **Objetivo:** reformar determinados preceptos para evitar que formaciones políticas ilegales o quienes justifican o apoyan la violencia terrorista puedan utilizar nuevas vías para, fraudulentamente, concurrir a futuros procesos electorales y obtener representación institucional.
 - Se amplía a los partidos, federaciones y coaliciones la prohibición de presentar candidaturas que, de hecho, sean sucesoras o continuadoras de la actividad de un partido ilegalizado.
 - Prevé la suspensión cautelar de la proclamación de electos pertenecientes a candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones integradas por partidos contra los que vayan a promover un procedimiento de ilegalización.
 - **Modificación del Código Penal:** se corrigen algunos de los artículos modificados por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: los artículos 131.1; 197.7; 288.1 y 570 quáter.1

FEBRERO

- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (BOE de 18 de febrero de 2011).
 - Define la desaparición forzada como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con su autorización y apoyo.
 - El artículo 13 matiza que, en ningún caso, el delito de desaparición forzada será considerado delito político, delito conexo a uno político ni delito inspirado en motivos políticos.
 - Prevé la creación de un Comité contra la Desaparición Forzada, integrada por diez expertos de gran integridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos.

MARZO

- Real Decreto 303/2011, de 4 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, y el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y se reduce el límite genérico de velocidad para turismos y motocicletas en autopistas y autovías (BOE del 5).
 - Reducción del **límite genérico de velocidad** para turismos y motocicletas en autopistas y autovías, de 120 km/h a **110 km/h**.

- Nuevo cuadro de sanciones:
 - Entre 111 km/h y 140 km/h: 100 euros.
 - Entre 141 km/h y 150 km/h: 300 euros.
 - Entre 151 km/h y 160 km/h: 300 euros y 2 puntos.
 - La vigencia de este Real Decreto comenzará a las 6:00 horas del 7 de marzo de 2011 y concluirá el 30 de junio de 2011. No obstante, el Gobierno podrá acordar su prórroga atendiendo a la situación del mercado energético.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 (BOE del 7).
- Pone de relieve que la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos.
 - Recuerda que la eficacia de la lucha contra la corrupción exige intensificar la cooperación internacional en materia penal dotándola de mayor rapidez y agilidad.
 - El presente Protocolo permitirá la más amplia actualización del Programa de acción contra la corrupción, de 1996.
 - El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se encargará del seguimiento de la aplicación del presente Protocolo por las Partes.
- Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 12).
- Añade un **nuevo apartado 5 al artículo 90 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**: Reconoce competentes a los Juzgados Centrales de lo Contencioso para:
 - autorizar, por auto, la cesión de datos que permitan la identificación a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y
 - permitir la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios o se retiren, en su caso, contenidos que vulneren la propiedad intelectual.
 - Añade una disposición adicional séptima a la **Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**:
 - En los procesos electorales para designar representantes de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo de Policía, los funcionarios titulares de las Plazas de Facultativos y Técnicos, concurrirán, como electores y elegibles, con los de las Escalas Ejecutiva y de Subinspección, respectivamente.

- Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (BOE del 26).
 - Objetivos:
 - Regular los procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos.
 - Dotar de cobertura reglamentaria a los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES).
 - Prestar especial atención al régimen de vida cerrado, a través de programas específicos y profesionales especializados.
 - Modificar la composición de las Juntas de Tratamiento y de los Consejos de Dirección.

ABRIL

- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE del 30).
 - Mujer extranjera en situación irregular víctima de violencia de género:
 - El procedimiento administrativo sancionador (expulsión) incoado se suspende por el instructor hasta la finalización del proceso penal.
 - Autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales desde que se haya dictado una orden de protección o informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de violencia de género.
 - Hijos menores de edad: autorización provisional de residencia por circunstancias excepcionales.
 - Hijos mayores de dieciséis años, que se encuentren en España en el momento de la denuncia: autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.
 - Tramitación preferente del procedimiento.
 - Finalizado el proceso penal:
 - Sentencia condenatoria: la duración de la autorización será de 5 años y archivo del procedimiento sancionador.
 - Sentencia no condenatoria: denegación de las autorizaciones solicitadas junto al inicio o continuación del procedimiento sancionador.
 - Colaboración con redes organizadas:
 - Extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal,

explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad:

- Exención de responsabilidad del extranjero.
- Suspensión temporal del procedimiento sancionador incoado.

- Víctimas de trata de seres humanos:
 - Protocolo marco de protección: se establecen las bases de coordinación y actuación de las instituciones y administraciones competentes.
 - Se regula el procedimiento para la identificación de la víctima.
 - Si hay expulsión o devolución acordada, se suspenderá.
 - Regula un período de restablecimiento y reflexión.
 - Posibilidad de un retorno asistido al país de procedencia.
 - Si son menores de edad: preservación del interés superior del menor.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal: L.O. 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 3.^a ed., Atelier, Barcelona, 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

DÍEZ PICAZO/NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2010.

LUZÓN PEÑA, D.M. (dir.), *Homenaje a Santiago Mir. Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010.

ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO, *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010.

III. Monografías de parte general

GONZÁLEZ TASCÓN, M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

IV. Monografías de parte especial

JAKOBS, G., *Falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, XXX

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos contra la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LEDESMA IBÁÑEZ, J., *Piratería digital en la propiedad intelectual*, Bosh, Barcelona, 2011.

V. Derecho penitenciario

JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011.

MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2011.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

- LÓPEZ BARAJAS PEREA, I, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- PEÑARANDA LÓPEZ, A, *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos. Descripción y terminología*, Ed. Comares, Granada, 2011.
- SOSPEDRA NAVAS, *El Proceso Penal. Tomo I.: Cuestiones generales. Procedimiento abreviado. Procedimiento ordinario*, Ed. Civitas-Thomson, Madrid 2011.

II. Monografías

- ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita*, 2.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011.
- ASENCIO MELLADO/FUENTES SORIANO/CUADRADO SALINAS, *La reforma del proceso penal*, Ed. La ley, Madrid, 2011.
- BUENO OCHOA, L. (coord.), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2011.
- ETXEBERRIA GURIDI, F. y ORDEÑANA GERUZAGA, I. (coords.), *Videovigilancia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ NIETO, J./SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- JIMENO BULNES/GÓMEZ CAMPELO/SÁNCHEZ DOMINGO, *Justicia versus seguridad en el Espacio Judicial Europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍN DÍZ, F. (coord.), *La mediación en materia de Familia y Derecho Penal*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011.
- OTÍN DEL CASTILLO, J.M., *En la escena del crimen. Protección de indicios y primeras actuaciones policiales en el lugar del delito*, Ed. Lex Nova, Valladolid. 2011.
- RIVES SEVA, J.M., *El recurso de apelación y la segunda instancia*, Ed. La ley, Madrid, 2011.

III. Otros

- ABEL LLUCH/PICÓ i JUNOY/RICHARD GONZÁLEZ (directores), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Ed. Comares, Granada, 2011.

COQUILLAT VICENTE, Á, *Formularios procesales penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍN OSTOS/PÉREZ MARÍN/MARTÍN RÍOS, *Materiales de Derecho Procesal. Tomo III, Proceso Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

MUERZA ESPARZA, J.J./GOYENA HUERTA, J. *Proceso Penal (Formularios Aranzadi)*, 2.^a ed., Ed. Aranzadi-Tomson, Cizur Menor, 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 reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloriasanchez@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

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.