

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal. *Pablo Sánchez-Ostiz* 11
- Problemas generados por el difuso concepto de funcionario público en el Derecho Penal. *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 31

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Derecho de corrección de los padres y Derecho Penal. *Leyre Sáenz de Pipaón y del Rosal* 73
- Criterios de legitimación del Derecho Penal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, de 7 de noviembre. *Enrique del Castillo Codes* 79

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 113
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 119
- **Sentencia 56/2009 (Pleno), de 9 de marzo:** Testimonio de coimputado 119
- **Sentencia 120/2009 (Pleno), de 18 de mayo:** Condena en apelación. Insuficiencia de la reproducción de la grabación del juicio oral 122

	<u>Página</u>
— Sentencia 127/2009 (Pleno), de 26 de mayo: Violencia de género y principios de igualdad ante la Ley y proporcionalidad	131
— Sentencia 147/2009 (Pleno), de 15 de junio: Prescripción ...	142
— Sentencia 155/2009 (Pleno), de 25 de junio: Recurso de amparo: «Especial trascendencia constitucional». Principio acusatorio ..	146
TRIBUNAL SUPREMO	155
— Acuerdos de 31 de marzo de 2009	155
— Acuerdo de 26 de mayo de 2009	155
— Acuerdos de 21 de julio de 2009	156
— Sentencia 102/2009, de 3 de febrero: Prevaricación judicial ..	157
— Sentencia 123/2009, de 3 de febrero: Tenencia ilícita de armas	162
— Sentencia 98/2009, de 10 de febrero: Responsabilidad civil. Compensación de culpas	164
— Sentencia 107/2009, de 17 de febrero: Coautoría	167
— Sentencia 169/2009, de 19 de febrero: Expulsión del territorio nacional. Sustitución	172
— Sentencia 172/2009, de 24 de febrero: Quebrantamiento de la prohibición de aproximación a la víctima	175
— Sentencia 311/2009, de 27 de febrero: Tráfico de drogas. Utilización de menores	177
— Sentencia 225/2009, de 2 de marzo: Declaraciones sumariales	180
— Sentencia 238/2009, de 6 de marzo: Prueba testifical	183
— Sentencia 228/2009, de 6 de marzo: Apropiación indebida ...	186
— Sentencia 96/2009, de 10 de marzo: Prueba testifical anticipada	188
— Sentencia 236/2009, de 17 de marzo: Estafa mediante cheque	199
— Sentencia 291/2009, de 17 de marzo: Tráfico de drogas. Establecimientos penitenciarios	201
— Sentencia 309/2009, de 17 de marzo: Prueba	204
— Sentencia 287/2009, de 17 de marzo: Legítima defensa incompleta	210

	<u>Página</u>
— Sentencia 322/2009, de 23 de marzo: Responsabilidad civil derivada del delito	215
— Sentencia 324/2009, de 27 de marzo: Falsedad documental ..	217
— Sentencia 378/2009, de 27 de marzo: Testigo anónimo	221
— Sentencia 257/2009, de 30 de marzo: Tentativa de comisión por omisión. Posición de garante	228
— Sentencia 443/2009, de 8 de abril: Inadmisión de prueba documental por extemporánea. Iniciativa probatoria de oficio	237
— Sentencia 425/2009, de 14 de abril: Prostitución y lesión de los derechos laborales. Interrogatorio de testigos: Facultades del Presidente del Tribunal	240
— Sentencia 365/2009, de 16 de abril: Delito patrimonial continuado	244
— Sentencia 394/2009, de 22 de abril: Responsabilidad Civil. Intereses	247
— Sentencia 437/2009, de 22 de abril: Medidas de seguridad. Límite de cumplimiento	252
— Sentencia 450/2009, de 22 de abril: Prostitución	254
— Sentencia 507/2009, de 28 de abril: Tarjetas de crédito y documento de identidad extranjeros falsos	256
— Sentencia 457/2009, de 5 de mayo: Responsabilidad Civil Subsidiaria	259
— Sentencia 449/2009, de 6 de mayo: Imputación objetiva y autopuesta en peligro de la víctima	260
— Sentencia 463/2009, de 7 de mayo: Delito continuado patrimonial	263
— Sentencia 499/2009, de 18 de mayo: Juicio con jurado. Ampliación subjetiva del juicio	265
AUDIENCIAS PROVINCIALES	269
— Sentencia 68/2008, de 2 de enero (AP Barcelona): Delito ecológico: contaminación acústica. Apreciación por falta de licencia de actividad y desobediencia a la orden de cesar en la actividad ..	269
— Sentencia 1/2009, de 2 de enero (AP Madrid): Posibilidad de revisión de sentencia absolutoria en segunda instancia	271

	<u>Página</u>
— Sentencia 19/2009, de 9 de enero (AP Tarragona): Menores: responsabilidad civil del colegio y de la compañía de seguros ...	272
— Sentencia 12/2009, de 13 de enero (AP Cádiz): Delito fiscal: facturas falsas de IVA. Carga de la prueba	273
— Sentencia 27/2009, de 19 de enero (AP Las Palmas): Delito urbanístico: Pendencia del proceso contencioso-administrativo, sujeto activo, intervención mínima	275
— Sentencia 3004/2009, de 26 de enero (AP Cantabria): Corrupción de menores: intercambio de archivos pronográficos	278
— Sentencia 38/2009, de 3 de febrero (AP Madrid): Top manta: «perjuicio de tercero»	280
— Sentencia 9/2009, de 4 de febrero (AP Baleares): Recusación de los Magistrados de la Sala que intervienen en la fase instructora	281
— Auto 79/2009, de 10 de febrero (AP Castellón): Delitos societarios: derecho de información; interpretación restringida	285
— Sentencia 11/2009, de 11 de febrero (AP Baleares): Descubrimiento y revelación de secretos: identidad del médico de cabecera de una persona	287
— Auto 72/2009, de 20 de febrero (AP Barcelona): Interpretación de la expresión: «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» a los efectos de la prescripción	290
— Sentencia 38/2009, de 5 de marzo (AP Badajoz): Delito fiscal: sujeto activo del delito y sujeto pasivo de la obligación tributaria	293
— Sentencia 47/2009, de 23 de marzo (AP Madrid): Deslealtad profesional: asesoramiento a dos partes en un mismo asunto	295
— Auto 53/2009, de 26 de marzo (AP Toledo): Usurpación de estado civil: colgar un anuncio en internet usando el nombre de una persona sin su permiso	298
— Sentencia 13/2009, de 31 de marzo (AP Madrid): Violencia en el ámbito familiar: información a la víctima de su dispensa de declarar	300
— Sentencia 4/2009, de 6 de abril (AP Zamora): Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: promoción de inmigración clandestina	303

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 1/2009, sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento 309
- Circular 2/2009, sobre la interpretación del término *regularizar* en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del código penal 313

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 317

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 323
- Derecho Procesal Penal 325

ARTÍCULOS DOCTRINALES

UNA APORTACIÓN AL ESTUDIO DE LA PUNIBILIDAD A PROPÓSITO DE LA AUTODENUNCIA TRAS EL FRAUDE FISCAL

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ⁽¹⁾

RESUMEN

La punibilidad opera en la teoría jurídica del delito como último filtro para establecer la responsabilidad penal. Es común ubicar en dicha sede categorías como las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y causas de levantamiento de la pena. En este trabajo se propone, a propósito de la regularización o autodenuncia tras la defraudación tributaria, una novedosa clasificación de cuatro conceptos para las situaciones que evitan la punibilidad.

Palabras clave: Punibilidad, teoría del delito, excusa absolutoria, causas de levantamiento de la pena, condiciones de punibilidad, pena.

ABSTRACT

The “punibility” (punibilidad) operates in the legal theory of the crime as last filter to establish criminal responsibility. It is common to locate in this place different absolving categories like the objective conditions of the pain (condiciones objetivas de punibilidad), and other excuses (excusas absolutorias) and causes of rise of the pain (causas de levantamiento de la pena). In this work one sets out, with regard to selfdenuntiation after the tributary fraud (regularización tributaria), a novel classification of four concepts for the situations that avoid the pain.

Key words: Punibility, theory of the crime, the other excuses, causes of rise of de pain, conditions of de pain, pain.

⁽¹⁾ Profesor ordinario de Derecho penal (catedrático acreditado) de la Universidad de Navarra (correo electrónico: pablosostiz@unav.es). Este trabajo, remitido como contribución al Libro-Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann (coordinado por el Dr. Urquiza Olaechea, Lima), ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa», subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ref. FFI2008-01738/FISO). Abreviaturas principales: AO, *Abgabenordnung*, 1977; AP, *Actualidad Penal*; CPesp, código penal español, 1995; CPP, Código penal peruano, 1991; Nm, número marginal; RDPC, *Revista de Derecho Penal y Criminología*.

Es ya un lugar común referirse a la muy diversa naturaleza de las situaciones incluidas en la categoría de la punibilidad de la teoría del delito. Así, se ubican en ésta tanto excusas absolutorias como condiciones objetivas de punibilidad, sean propias o impropias; tanto causas de levantamiento de la pena como incluso requisitos de procedibilidad. Es comprensible que sobre los contenidos de la punibilidad reine poco acuerdo más allá de que ésta ha de acoger todos los conceptos que no encuentran debida ubicación en otras categorías más consolidadas (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad). Poco más acuerdo parece encontrarse. Con independencia de que esta indefinición de la punibilidad va siendo esclarecida de la mano de estudios que en tiempos más recientes han arrojado luz sobre el tema⁽²⁾, lo cierto es que todavía quedan no pocas cuestiones abiertas.

Este homenaje al Prof. Tiedemann me brinda la ocasión de volver a una cuestión referida a la punibilidad, retomando una idea que, a modo de hipótesis, quedó expuesta en otro lugar⁽³⁾. En concreto, en esta contribución, a propósito de la previsión en algunos sistemas jurídicos de una vía para declarar exento a quien «regularice» su situación tributaria tras un delito de defraudación (o auto-denuncia), se propone atender a dos criterios de dos conceptos como ejes para clasificar las variadas situaciones que afectan a la punibilidad. Pienso que una forma de rendir debido homenaje a uno de los mayores cultivadores del Derecho penal económico es mostrar cómo las concretas previsiones de la «parte especial» requieren de las categorías de la «parte general», como él mismo ha puesto de manifiesto a lo largo de su dilatada obra⁽⁴⁾.

Me referiré primero a la previsión legislativa conocida como regularización (I) y las diversas opiniones sobre su naturaleza dogmática (II), para concluir con esa anunciada propuesta de clasificación de los factores que afectan a la punibilidad del injusto culpable (III).

(2) Concretamente, en la doctrina española cfr. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Madrid, 2007; MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997. Antes, cfr. los estudios de MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990; MARTÍNEZ PÉREZ, *las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985; BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.

(3) Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 165.

(4) También expresamente sobre la punibilidad: cfr. TIEDEMANN, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1975, pp. 129-135.

I

1. Entre los medios previstos en la legislación de ciertos países con el fin de evitar, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de la comisión de conductas tributarias ilícitas⁽⁵⁾, se encuentra la autodenuncia del defraudador o «regularización», como se denomina en Derecho español. Previsiones como ésta permiten eximir o atenuar de responsabilidad a quien, tras haber cometido una conducta defraudatoria (delito fiscal), saca a la luz su infracción y «hace las paces» con la Administración tributaria. La previsión legislativa tiene un alcance muy diverso según cada país. Así, las hay que suponen sólo una atenuación de la sanción, como también la exención total de la pena, o incluso el premio del sujeto si colabora denunciando a defraudadores⁽⁶⁾. Ahora nos centraremos en la

(5) Cfr. referencias de Derecho comparado en IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la «autodenuncia»*. Art. 305.4 CP), Valencia, 2003, pp. 104-151.

(6) Por ejemplo, en el Perú se previó otorgar recompensas en ciertos casos. Así, en *materia tributaria*, el Decreto Legislativo 815, de 20 de abril de 1996, que aprobó la «ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria» —tras conceder la exención de pena a partícipes y reducción de ella a los autores de delitos tributarios (art. 2), no alterado en este punto por la Disposición Final 12.^a de la Ley 27038, del 31 de diciembre de 1998— consideró «recompensa» (art. 11) una cantidad de dinero que se proporciona a «aquél que pone en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT, la comisión, mediante actos fraudulentos, de las infracciones contempladas en el artículo 178 del Código Tributario»; y en su título II (arts. 11-20) se establece con detalle el régimen de denuncias y recompensas. Y en materia de «hechos punibles en *agravio del Estado*», cfr. el Decreto Ley 25582 (derogado por la Disposición Final 7.^a de la Ley 27378, del 21 de diciembre de 2000). Y para quienes hubieran participado en la comisión de delitos de *tráfico de drogas*, la Ley de lucha contra el narcotráfico (Decreto Legislativo 824, de 24 de abril de 1996: cfr. arts. 19-27) estableció recompensas consistentes en la exención, remisión o indulto de la pena, en casos de arrepentimiento que proporciona información eficaz a la investigación (esté o no en marcha el proceso contra él, o incluso se halle cumpliendo condena); también en materia de tráfico de estupefacientes, se estableció en la Ley 26320, de 2 de junio de 1994 (art. 2.3) la posibilidad de anticipar la terminación del proceso penal, incluso de alcanzar la exención de pena, de acuerdo con lo previsto en el CPP o el beneficio de reducción de la pena a la sexta parte, acumulable al que merezca por la confesión, en su caso (art. 3). Disposiciones que parecen culminar en el Decreto Legislativo 901, de 30 de mayo de 1998, Ley de beneficios por colaboración, aplicable a un buen número de delitos, en los que puede reducirse la pena, eximirse de ella o concederse su remisión, si se aportaba información oportuna y veraz para la desarticulación y captura de bandas, asociaciones o grupos criminales. En cambio, para los delitos de *robo y secuestro agravado*, cfr. Ley 26630, que restringió los posibles beneficios. En materia de *delitos de terrorismo* el Decreto Ley 25475, de 5 de mayo de 1992, previó que «los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal» (art. 19), excepto lo previsto en el Decreto Ley 25499 y en la Ley 26220, que idearon beneficios en caso de arrepentimiento.

conducta de exención total de pena tras un delito de defraudación tributaria (pero lo que se diga, en buena medida puede servir para los sistemas que prevén la atenuación de la pena). La exención de responsabilidad penal se halla prevista, al menos en la legislación penal alemana (§ 371 AO)⁽⁷⁾, peruana (arts. 2 a 8 del Decreto Legislativo 815, de 20 de abril de 1996)⁽⁸⁾ y española (art. 305.4 del CPesp)⁽⁹⁾, aunque con diferencias en su alcance. En éstos, cumpliéndose una serie de requisitos en absoluto desdeñables (temporales y de información y pago), el regularizador puede quedar impune. Hablamos así en tales casos de «regularización», referida a aquellos actos por los que se subsana el incumpli-

(7) El precepto alemán (§ 371 AO) reza así: «1. Quien en los casos del § 370 [sc. defraudación tributaria: “Steuerhinterziehung”] rectifique o complete datos incorrectos o incompletos proporcionados a la autoridad financiera, o subsane datos omitidos, quedará en esa medida libre de pena.

2. No procederá a quedar libre de pena, si: 1) antes de la rectificación, complemento o subsanación, a] ha comparecido un funcionario de la autoridad financiera para la inspección fiscal o para la averiguación de una infracción o un delito tributarios; o b] se ha dado a conocer al autor o a su representante el inicio del procedimiento para imponer penas o multas a causa del hecho; y 2) en el momento de la rectificación, complemento o subsanación se hubiera descubierto ya, total o parcialmente, el hecho y el autor lo supiera, o debiera suponerlo con una apreciación sensata de la situación.

3. Si ya se hubieran producido reducciones, u obtenido ventajas tributarias, el interviniente en el hecho sólo quedará libre de pena si y en la medida en que pague, dentro del plazo que se le señale, el importe de los tributos defraudados en su propio beneficio. [...]».

(8) Cfr. *supra*, nota 6. Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. Tomo II. Parte especial, Lima, 2007, pp. 692-705.

(9) El precepto español (art. 305.4 CPesp) que prevé la llamada regularización tributaria es el siguiente: «4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

«La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

miento inicial de deberes tributarios y que traen como consecuencia la exención de la responsabilidad penal del defraudador⁽¹⁰⁾.

2. Frente a las previsiones de los Derechos alemán y peruano, la del código penal español puede valorarse, por su alcance, como extremadamente «generosa» para los defraudadores. Así, en concreto, el precepto español no exige expresamente el pago de la deuda defraudada («el que regularice su situación tributaria»)⁽¹¹⁾; se extiende a otras infracciones más allá de la defraudación («alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales»⁽¹²⁾). Y rige también para deudas de cuantía inferior a la del delito (constitutivas de infracción tributaria administrativa)⁽¹³⁾. A lo cual hay que añadir que se ha planteado que opere también para los partícipes en el delito (prevista en Derecho peruano con diverso alcance para partícipes y autores)⁽¹⁴⁾. Por otro lado, sólo es eficaz dentro de ciertos requisitos temporales («antes de que se le haya notificado...» o «antes de que ... interponga querrela o denuncia» o «realicen actuaciones»).

3. Resulta difícil encontrar una única y sólida justificación para tan inusitado alcance de la exención de responsabilidad penal por regularizar tras el

(10) Sobre este tema, en la doctrina española, además de las obras generales, cfr. IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003 y SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, 2002, con la bibliografía citada en ambas.

(11) Cfr. *supra*, nota 9, el texto del precepto del art. 305.4 del CPesp. La conclusión no es, sin embargo, unánime, pues la doctrina suele entender que se exija el pago a efectos de merecer la exención: cfr. IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 330-338 (defensor de exigir el pago para la eficacia de la impunidad); SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 93-113 (contrario a que se exija el pago).

(12) Cfr. nota 9. Lo cual da lugar, dentro de los requisitos establecidos en el art. 305.4.II, a que queden exentas también las conductas de delito contable tributario (art. 310 del CPesp) e, incluso, falsedades documentales (facturas falsas) previas a la defraudación fiscal.

(13) En efecto, como se halla previsto en otro lugar (Disposición Final 5.^a del CPesp de 1995), la exención de responsabilidad penal se amplía también a las infracciones que, por su cuantía, por ejemplo, no rebasen la cifra exigida para el delito de defraudación. El sistema penal español prevé delitos (y faltas, de menor entidad, pero que ahora no interesan) y separadamente, en el Derecho tributario sancionador, infracciones que dan lugar a procedimientos sancionatorios administrativos y, después, en su caso, judiciales (pero no penales).

(14) Con salvedades y no de manera unánime. No se trata de una cuestión pacífica. Cfr. para el Derecho peruano GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, pp. 698-699; y para el Derecho español IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 175-178; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 119-127.

delito de defraudación fiscal. Aquí el legislador ha previsto liberar de pena al defraudador, mientras que para otros delitos conductas semejantes lograrían a lo sumo una atenuación. Parece como si en esta materia la vuelta a la legalidad por parte del deudor-defraudador, o el cumplimiento extemporáneo de sus obligaciones, o la recaudación, poseyeran tal relevancia que el legislador se queda sin motivos para sancionar penalmente. Más aún, se ve movido a conceder generosamente la exención y se permite pasar por alto exigencias sistemáticas y valorativas en una materia nada irrelevante como es la responsabilidad penal⁽¹⁵⁾. En la doctrina se reconoce que el sentido de esta exención de pena es un conjunto de consideraciones de política criminal (carencia de necesidad de pena, oportunidad...) y fiscal (reparación, pérdida de contenido ilícito tributario...) que abonan la decisión de dejar de sancionar⁽¹⁶⁾. Tal alcance del precepto obliga a preguntarse por su naturaleza dogmática, cosa que haremos a continuación (II).

II

1. Respecto a la naturaleza dogmática se han defendido posiciones de muy diverso orden⁽¹⁷⁾. Una rápida revisión de dichas posiciones puede aportarnos algunas claves para lo que después (III) se propondrá sobre los criterios clasificatorios dentro de la punibilidad. Se ha defendido que la autodenuncia o regularización afecta a la tipicidad (párr. 2), o la antijuricidad (párr. 3), pero también a la «responsabilidad por el hecho» (párr. 4), o la punibilidad (párr. 5). De muy difícil concepción debe ser una categoría que admite tan variada ubicación⁽¹⁸⁾.

2. Para unos, se trataría de una peculiar forma de desistimiento de la tentativa, al entenderse que el delito de defraudación no se consuma al término del periodo voluntario para presentar la declaración, sino cuando proceda un acto de liquidación definitiva por parte de la Administración. Aunque dicha

(15) Hasta el punto de que tal previsión mereciera el calificativo de «cuerpo extraño» en la doctrina penal (en expresión de WESTPFAHL, *Die strafbefreiende Selbstanzeige im Steuerrecht*, Múnich, 1987, p. 13).

(16) Cfr. la cuestión en IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 189-260 (aunque crítico con el fundamento «tributario» de la exención); SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 162-170.

(17) Cfr. las diversas posiciones en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal*, pp. 153-159.

(18) Cfr. de nuevo nota 15.

tesis no me parezca convincente⁽¹⁹⁾ ni sea generalizada en la doctrina, debe reconocerse que sus partidarios tienen motivos para intuir un paralelismo. Quienes basan la regularización en el desistimiento tienen razón al destacar el aspecto de reparación o vuelta a la legalidad que la exención de pena podría exigir. Este elemento de retornar a la legalidad requiere cierta atención. Si se basa la impunidad de la tentativa en la idea de vuelta a la legalidad, es claro que el deudor defraudador también regresa a la legalidad⁽²⁰⁾; y si se basa en la ausencia (o, al menos, disminución) de la necesidad de pena⁽²¹⁾, en la conducta de regularización tributaria se perciben también esas razones.

3. Otros han afirmado que la regularización excluye la antijuricidad proveniente del Derecho tributario. Así, éste ofrecería una peculiar previsión que prevalece sobre la amenaza penal del delito de defraudación, haciendo que la conducta pueda al fin considerarse ajustada a Derecho, o al menos carente de contenido material⁽²²⁾. Dejando ahora la posible crítica a dicha posición, lo relevante me parece ser que resalta la vinculación de esta figura con los contenidos tributarios incluidos en la antijuricidad penal; es decir, el carácter tributario

(19) Me remito al lugar citado en nota 17, y en particular pp. 157-158.

(20) Es más, el regularizador entra por las vías que el propio legislador ha trazado (el «puente de plata») para evitar la definitiva lesión del bien jurídico. El propio JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed. (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1997, § 26, Nm 5, crítico con este fundamento político-criminal de la impunidad por desistimiento en la tentativa, no tiene reparo en reconocer que es precisamente en el ámbito de la autodenuncia por delito tributario (§ 371 AO) donde tiene sentido aquella idea.

(21) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio*, Madrid, 1995, p. 134, quien se remite a la opinión de Roxin (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2.^a ed., § 23, Nm 17) en cuanto al fundamento de la liberación de pena en casos de desistimiento, que extiende a delitos ya consumados (cfr. *ibidem*, nota 117, donde Martínez-Buján se basa para proponer aplicarlo a la autodenuncia tributaria). La conceptualización que del desistimiento de la tentativa efectúa Roxin en dicho lugar se basa en la falta de necesidad de resocialización de quien desiste mediante su regreso a la legalidad; sin embargo, dicha carencia de la necesidad de resocialización no puede asumirse de forma apodíctica, sino que requiere ser probada, pues precisamente en materia tributaria no cabe excluir que desistir de (mantener oculta) la defraudación suponga una vuelta a la legalidad que suprima la necesidad de resocialización.

(22) Así se percibe en la exposición de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, 5.^a ed, Barcelona, 2008, pp. 755-756, para quien se trata de una «peculiar causa de exclusión de la antijuricidad, derivada del ordenamiento fiscal, por haber dado satisfacción a la víctima» (resaltado del autor). Contra, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Manuales de Formación Continuada, 4, Madrid, 1999, pp. 366-367.

de la defraudación como también de la regularización: es precisamente el sistema tributario según se ha configurado lo que logra dar entrada a las instituciones propias de éste, y permitir la exención⁽²³⁾.

4. También se ha ubicado la regularización tributaria en la llamada «responsabilidad por el hecho»⁽²⁴⁾ (aunque en ocasiones se le denomine «excusa absolutoria»), como vía para valorar aquellos casos en los que se da una compensación total o parcial de la culpabilidad mediante una conducta positiva del sujeto. Dicha compensación de la culpabilidad ha de ponerse en relación con la categoría de la «responsabilidad por el hecho»⁽²⁵⁾, referida a la desaprobación jurídico-penal de la conducta, y no meramente a la antijuricidad, como tampoco sólo a la culpabilidad en sentido habitual o común. Así, según dicha posición, aun siendo la conducta antijurídica y su agente culpable, faltaría en algunos casos la desaprobación jurídico-penal por el hecho. Hasta tal punto no se da esta desaprobación, que el Estado renunciaría a sancionar⁽²⁶⁾. En lo que ahora más nos interesa, destaca que los actos postejecutivos puedan resultar relevantes, como también que los efectos de la impunidad se extenderían por igual a los partícipes⁽²⁷⁾.

5. Más común y generalizada es la posición doctrinal de entender que la regularización se ubica en la punibilidad. Que afecta a la punibilidad me parece

(23) Cfr. la exposición que trazo en *La exención de responsabilidad penal*, pp. 69-72.

(24) Así, «se trata de una compensación —al menos de una parte esencial— de la culpabilidad mediante un *actus contrarius*, en el sentido de una “actuación socialmente constructiva”»: BACIGALUPO, E., «El nuevo delito fiscal», *AP*, 1995, p. 893, cursiva y entrecomillado del autor, con referencias (Id., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dtor.], *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3109; Id. [dtor.], *et al.*, *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 226).

(25) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998, pp. 278 ss.

(26) «La categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuricidad, que implica una falta total de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica *aunque haya sido realizada culpablemente*»: cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, p. 287 (cursiva del autor), donde incluye el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, el miedo insuperable, los casos de no punibilidad en el delito de aborto, la exclusión de responsabilidad parental en delitos patrimoniales (excluyendo aquí a los partícipes), etc.

(27) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, p. 288: «en principio», pues caben excepciones, dado que la responsabilidad por el hecho no afecta siempre por igual a los partícipes. Además, no se aplica la pena ni la eventual medida de seguridad.

defendible, por cuanto se refiere a una vía de exención de pena por motivos diversos a los vinculados a injusto y culpabilidad. Se recurre entonces a la falta de necesidad de castigar, o a criterios de oportunidad, o a otros factores que impiden la sanción. En efecto, la conducta regularizadora opera como un factor que hace desaparecer la punibilidad, que elimina la cualidad de sancionable de una conducta contraria a Derecho y propia de un sujeto culpable, porque se ve afectada la necesidad de sancionar. La sanción, como ha expuesto García Pérez⁽²⁸⁾, no se basa sólo en antijuricidad y culpabilidad, sino que «se justifica y es necesaria una categoría distinta del injusto culpable en la que se recojan las consideraciones vinculadas al principio de subsidiariedad»⁽²⁹⁾. En ese sentido, éstas confluirían en la categoría de la punibilidad, entendida como portadora de un contenido material. De este modo, si los contenidos que las normas penales pretenden alcanzar pueden obtenerse por medios menos costosos, sin que por ello peligre la finalidad misma de las normas, habrá de darse entrada a aquéllos. Dicha fundamentación me parece la más defendible para la regularización. Sin embargo, ésta ofrece cierta resistencia a ser clasificada con los tópicos habituales en sede de punibilidad.

Así, aunque se sostiene que esta exención de responsabilidad penal constituye una excusa absolutoria⁽³⁰⁾, albergo dudas sobre la consideración de este supuesto como tal⁽³¹⁾. Y ello por dos razones. La primera, porque las excusas

(28) Cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 380-381 y 384-385. Contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Recensión a García Pérez, *La punibilidad...*», *RDPC*, 5 (2000), pp. 389-390, donde se muestra partidario de ubicar las causas de levantamiento de la pena —por ser posteriores al hecho— no en el análisis del *hecho punible*, sino en una «teoría de las consecuencias jurídicas del delito» (cfr. ya antes, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos*, pp. 132-133); le sigue FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 147-178.

(29) Cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 385. En donde añade: «Y ésta es una categoría de contenido material, puesto que capta los presupuestos del delito ligados a una de las perspectivas desde las que necesariamente debe contemplarse la función del Derecho penal: su papel como instancia de control social» (*ibidem*).

(30) Es más, esta denominación se ha convertido en común para aplicarla a la regularización, aunque no por ello se garantiza que todos los que la emplean se estén refiriendo a la misma realidad. La propia ley que reformó (Ley Orgánica 6/1995) el código penal español para introducir la regularización se refería a tal expresión en su exposición de motivos.

(31) Debe tenerse en cuenta que reina cierta polisemia en cuanto a la terminología empleada, pues bajo la expresión «excusas absolutorias» se incluye en ocasiones con carácter genérico situaciones muy diversas: cfr. la exposición en MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 145-146. A dicha polisemia se suma la diferente terminología alemana empleada para casos que afectan a la punibilidad.

absolutorias suelen basarse en un supuesto pre-existente al delito mismo, en un factor previo aunque comprobado después de la realización del hecho, de manera que la punibilidad no habría llegado a existir *ab initio*; y en la regularización el motivo de la impunidad surge con posterioridad a la defraudación. La segunda, porque, mientras las excusas extienden sus efectos sólo a quienes reúnan dicha característica⁽³²⁾ (así, por ejemplo, la exención de responsabilidad penal para ciertos allegados en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios), en la regularización se exime a todos los intervinientes en la defraudación previa⁽³³⁾. Por tanto, difícilmente puede conceptuarse como excusa absolutoria.

Tampoco parece que la regularización pueda entenderse como una condición objetiva de (no) punibilidad. En estos casos es un factor vinculado al hecho el que impide la sanción (así, por ejemplo, rebasar cierta cuantía en infracciones patrimoniales es condición, no tanto de la tipicidad de la infracción, cuanto de la relevancia en la punibilidad de ésta, que se ve impedida o modificada⁽³⁴⁾). De este modo, la condición afecta a la relevancia penal del hecho injusto y culpable, lo cual se extiende a todos los que intervengan en él. En este punto, aunque en la regularización también se cumple este efecto, exige en cambio, no el cumplimiento de una condición, sino una *conducta* del regularizador.

Se explica por tanto que se proponga para la regularización un concepto diverso, siempre más allá de injusto y culpabilidad. Se habla así de las causas personales de levantamiento de pena, entendiendo por tal una previsión legislativa que condiciona negativamente la correspondiente sanción al delito *por la realización de una conducta postejecutiva*. Dichas causas se proponen como alternativa a la de excusa absolutoria⁽³⁵⁾.

En concreto, un sector de la doctrina alemana, partiendo de la distinción entre causas de exclusión de la pena («Strafausschließungsgründen», que existirían ya en el momento del hecho, y que admitirían basarse en motivos objetivos o en motivos personales) y causas de levantamiento de la pena («Strafaufhebungsgründen», que tendrían lugar con posterioridad por razones persona-

(32) Cfr. CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo y Buenos Aires, 2008, p. 1001; para QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 444, referido a circunstancias concurrentes en el sujeto o conductas que éste lleva a cabo.

(33) Cfr. *supra*, nota 14. Posición que —recordemos— no es pacífica, pues algunos la niegan para la regularización.

(34) Cfr. *infra*, nota 66.

(35) Cfr. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 43-45.

les)⁽³⁶⁾, entiende que la naturaleza jurídica de la «Selbstanzeige» o autodenuncia prevista en el § 371 AO es la de una causa personal en virtud de la cual, una penalidad ya existente «es levantada» gracias a una conducta posterior dotada de peculiar contenido («Strafaufhebungsgrund», por tanto)⁽³⁷⁾. De ahí se exige que los intervinientes en el hecho defraudatorio previo, para quedar exentos de pena, hayan de cumplir los requisitos de la autodenuncia del § 371 del AO⁽³⁸⁾. Una conclusión que, sin embargo, en el Derecho español no se mantiene de manera unánime⁽³⁹⁾: la regularización no impide de manera absoluta extender los efectos de la regularización a los partícipes.

En cualquier caso, puesto que afecta a la punibilidad, el injusto quedaría intacto, al igual que la culpabilidad del sujeto, pero no así su concreta sanción, que se vería modificada o excluida por la presencia de intereses prevalentes⁽⁴⁰⁾

⁽³⁶⁾ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, 1996, § 52 II; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3.^a ed., Múnich, 1997, § 23, Nm 4.

⁽³⁷⁾ Así, BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlín, 1999, p. 136; BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, Berlín, 1999, p. 26; HACKENBROCH, en LAMMERDING/HACKENBROCH/SUDAU, *Steuerstrafrecht einschl. Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht*, 6.^a ed., Achim, 1993, pp. 64 y 75; JOECKS, en FRANZEN/GAST/JOECKS, *Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht. Kommentar §§ 369-412 AO, § 32 ZollVG*, 5.^a ed., Múnich, 2001, § 371, Nm 32; KLEIN/ORLOPP, *Abgabenordnung*, 4.^a ed., Múnich, 1989, § 371, Nm 4; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht. Kommentar zu den §§ 369-412 AO 1977*, 7.^a ed., Colonia, 1997, 26.^a actualización (octubre-noviembre de 1998), Colonia, 1998, § 371, Nm 25; KÜSTER, en MÜLLER-GUGENBERGER (dtor.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2.^a ed., Münster, 1992, § 36, Nm 135; SIMON/VOGELBERGER, *Steuerstrafrecht*, Stuttgart, 2000, p. 159; WASSMANN, *Die Selbstanzeige im Steuerrecht: Kommentar zu § 371 AO mit Rechtsprechungsanhang*, Stuttgart, 1991, p. 26. Así lo recoge también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos*, p. 104. Aunque no falta cierta doctrina y alguna resolución de la jurisprudencia que sostiene la primera postura (cfr. referencias en BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, *ibidem*).

⁽³⁸⁾ Cfr. por ejemplo, JOECKS, en *Steuerstrafrecht*, § 371, Nm 33.

⁽³⁹⁾ Cfr. *supra*, nota 14.

⁽⁴⁰⁾ Entre quienes defienden en la doctrina alemana la naturaleza penal de la regularización, prevalece la idea de que ésta persigue una finalidad de incentivar («Anreiztheorie») al defraudador a «deshacer» su inicial incumplimiento: así, BREYER, *Der Inhalt der Strafbefreienden Selbstanzeige*, pp. 127 ss; FREES, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige. Zur kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit des § 371 AO*, Fráncfort d.M., 1991, pp. 44-45. Contra, LÖFFLER, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbsanzeige. Über die strafrechtliche Erklärung des § 371 AO*, Baden-Baden, 1992, pp. 100-101.

vinculados en este caso a conductas del culpable⁽⁴¹⁾. Y así se ha afirmado también para la regularización⁽⁴²⁾. En efecto, es propio de la regularización, tal y como se ha configurado en sistemas que eximen de pena, que se exija una «conducta contraria», regularizadora⁽⁴³⁾. A la vez, se admite por cierta doctrina que los efectos de exención puedan extenderse a los que hayan intervenido en la defraudación previa. Por tanto, además de exigir una conducta que contrarreste o haga frente a la de defraudación ya realizada, sus efectos poseen carácter «objetivo», en cuanto afecta a la relevancia penal *del hecho*. Ambos factores no se dan, como ya hemos visto, en las condiciones objetivas de punibilidad ni en las excusas absolutorias, al menos en los casos que habitualmente se califican como tales.

Por lo demás, así como la regularización exige una conducta postejecutiva, se diferencia sin embargo de otras conductas postejecutivas (del desistimiento de la tentativa, por ejemplo), por cuanto los efectos de estas últimas son personales y no afectan a quienes no realicen la conducta. En cambio, para la regularización se propone que afecte a la relevancia penal del hecho de defraudación y a todos los intervinientes en ella. Para lo cual, cierta doctrina partidaria de la extensión a los intervinientes exige de éstos algo de su parte (por ejemplo, «siempre que contribuyan de algún modo al esclarecimiento de los hechos»⁽⁴⁴⁾, o «que intervengan conociendo que se va a producir el CPP [sc. comportamiento postdelictivo positivo] del autor»⁽⁴⁵⁾).

6. De este modo, la regularización presentaría, frente a las excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, una faceta peculiar por dos razones. Por un lado, exige lo que las excusas absolutorias no requieren, la

(41) Cfr. en tal sentido MARTÍNEZ-BUIÁN PÉREZ, *Los delitos*, p. 132.

(42) Así, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, pp. 162-163, y nota 345, con numerosas referencias (aunque hay que matizar en virtud de que la terminología se emplea por los diversos autores con sentidos no unánimes); también RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001, pp. 55-56.

(43) Por ejemplo, LUZÓN PEÑA, «Punibilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. IV, p. 5428, columna I, vincula estas causas personales a comportamientos postdelictivos positivos. En la doctrina alemana, con carácter general, cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 4, incluyendo el desistimiento de la tentativa.

(44) IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, p. 187.

(45) FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, p. 194.

conducta postejecutiva⁽⁴⁶⁾. Por otro, afecta a la relevancia penal del hecho, como las condiciones objetivas de punibilidad; pero, a diferencia de éstas, no se da sin una conducta regularizadora. De este modo, no reúne ni lo que se viene exigiendo para las excusas absolutorias, ni para las condiciones objetivas de punibilidad. Como se ve, un criterio de clasificación bipartito como el empleado no resulta satisfactorio por no abarcar todos los casos. Razón por la cual se recurre entonces, como hemos visto, a una tercera categoría⁽⁴⁷⁾ —causas de levantamiento de la pena— para referirse a supuestos en los que se dejaría de sancionar al sujeto por un factor vinculado a una conducta suya, no extensible a quienes no la realicen (así, en concreto, en el desistimiento de la tentativa). Sin embargo, me parece que la regularización tributaria tampoco responde plenamente a este modelo, por cuanto, aun requiriendo una conducta del sujeto en sentido regularizador, cabe defender que sus efectos se extiendan a todos los intervinientes en el hecho defraudador previo. Tendría, en este sentido, un carácter «objetivo»⁽⁴⁸⁾. Como se percibe, la regularización tributaria encuentra un difícil acomodo en la doctrina al uso de la punibilidad. En lo que sigue (III), se propone una clasificación de los factores que afectan a la punibilidad que permita acoger también dicha exención de responsabilidad penal. Por lo demás, la necesidad de contar con una clasificación de los muy variados factores de la punibilidad es algo generalmente reconocido⁽⁴⁹⁾. Aquí se propone una clasificación de éstos.

III

1. Se percibe que la regularización guarda cierto paralelismo con otras previsiones legislativas de exención de responsabilidad. Así, piénsese en la exención de responsabilidad para el caso del delito de cohecho activo denuncia-

⁽⁴⁶⁾ Aunque para las excusas absolutorias algunos (cfr. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, p. 444) indican que pueden dar cabida no sólo a características del sujeto (parentesco, por ejemplo), sino también a una conducta suya (pagar o abandonar su actitud, por ejemplo).

⁽⁴⁷⁾ Sin olvidar que la terminología española (en concreto, «excusas absolutorias») difiere de la empleada en lengua alemana, lo cual hace pensar que no quepa un paralelismo absoluto entre las categorías calificadas de una manera u otra.

⁽⁴⁸⁾ Idea que no es tan novedosa, pues como señala IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal*, p. 168, nota 362, va ganando terreno en la doctrina alemana la idea de que las causas de exclusión de la pena puedan clasificarse en personales y objetivas.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 6; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Madrid, 2002, p. 1165; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2008, p. 674.

do por el particular⁽⁵⁰⁾. También se prevé la impunidad de la conducta de incendiar masas forestales cuando se ha evitado su propagación⁽⁵¹⁾; como se exime también a quien se retracta de su falso testimonio en juicio para que surta efecto antes de dictarse la sentencia del proceso en cuestión⁽⁵²⁾. Común a estos tres casos, y a la regularización tributaria (art. 305.4 CPesp)⁽⁵³⁾, es la exigencia de una conducta del sujeto; pero también es —a mi modo de ver— su afectación a la relevancia penal del hecho mismo, de tal manera que puede afectar a quienes hayan intervenido en éste⁽⁵⁴⁾. Tales casos difieren tanto de las excusas absolutorias como de las condiciones objetivas de punibilidad, tal y como se entienden habitualmente; pero también de las causas de levantamiento de la pena, por cuanto de éstas se suele afirmar que son «personales»⁽⁵⁵⁾.

Ya estos ejemplos muestran cómo suele atenderse a dos factores: si se precisa o no una conducta, y si se extienden sus efectos a todos los intervinientes al entenderse que se ve afectada la relevancia penal del hecho mismo. Puesto que se ubican en la punibilidad, se entiende que ambos criterios se encuentran más allá del injusto culpable, y se basan en otras razones (falta de necesidad de

(50) Concretamente, se prevé que «quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos» (art. 427 CPesp).

(51) Así, «la conducta prevista en el apartado anterior [sc. prender fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio] quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor» (art. 354.2 CPesp).

(52) «Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate» (art. 462 CPesp; cfr. art. 409.III CPp).

(53) Cfr. *supra*, nota (9).

(54) Lo cual no es reconocido con carácter general: así, según entiendo, no expresamente en OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pp. 411-445, por cuanto el carácter personal (cfr. *ibidem*, p. 411) no impide cierta relación con el delito previo (cfr. *ibidem*, pp. 418-419), lo cual no se identifica exactamente con la posibilidad o no de extender la exención a los partícipes en el delito de cohecho (por ejemplo, a los cómplices del particular que ha accedido ocasionalmente a la petición del funcionario corrupto).

(55) Cfr. por todos FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 191-195, quien no rechaza que pueda tener efectos para algunos intervinientes en el hecho previo (*ibidem*, p. 194).

sanción, subsidiariedad...). Lo cual exigiría un estudio más a fondo de por qué se atiende a esos y no otros factores.

En cualquier caso, pienso que resulta oportuno contar con una clasificación que permita dar acogida tanto a factores vinculados a la conducta subsiguiente del sujeto⁽⁵⁶⁾, como también a la relevancia penal del hecho delictivo mismo (por lo que extendería sus efectos no sólo a aquellos sujetos en quienes concurra el factor: aquí, la conducta postdelictiva)⁽⁵⁷⁾. Con base en el hecho delictivo, sobre el que se parte para determinar la responsabilidad penal, han de ser tomadas en cuenta otras circunstancias personales⁽⁵⁸⁾. Cabe también tomar en cuenta circunstancias no personales; y, además, puede razonarse la extensión de sus efectos más allá del autor, es decir, que afecte a la *relevancia penal* del hecho. Conviene tener en cuenta la conducta o circunstancias, por un lado, y la relevancia o efectos, por otro. Se propone, por tanto, una clasificación que incluye tal posibilidad, por cuanto combina dos criterios compatibles. Veámoslo.

2. El primer criterio atiende al factor en que se basa la impunidad: puede ser una conducta del sujeto (formal), o bien una circunstancia desvinculada de ésta (material). El segundo criterio atiende a la relevancia penal del hecho delictivo: puede limitarse al sujeto a quien afecta (subjética), o bien aplicarse a todos los intervinientes (objetiva). De esta manera, los dos criterios dan lugar a cuatro situaciones: factores i) subjetivo-materiales de la punibilidad; ii) subjetivo-formales; iii) objetivo-materiales; y iv) objetivo-formales. Entiéndase aquí «formal» en cuanto que exige una conducta del sujeto y no el mero efecto de una situación, idea a la que califico en cambio como «material». Y entiéndase «subjético» como referido a lo que afecta al sujeto en cuestión, mientras que «objetivo» es lo referido al hecho, a la relevancia penal del hecho.

3. De este modo, i) un factor subjetivo-material de la punibilidad es aquel que produce efectos a) sólo en quien concurre dicho factor, y b) con independencia de la conducta del sujeto que aspira a la impunidad. De este modo, se daría entrada aquí a circunstancias como el parentesco que opera en ciertos delitos para eximir (o atenuar), por ejemplo, en ciertos delitos patrimoniales no

(56) Contrario a otorgar relevancia al dato de si son coetáneas o «sobrevivientes» al hecho, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 698; Id., *Lecciones*, p. 674.

(57) Es generalizada la opinión en la doctrina penal sobre la heterogeneidad de los elementos incluidos en la punibilidad: cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 6; LUZÓN PEÑA, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, p. 5423, columna II; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 1165; GARCÍA CAVERO, *Lecciones*, p. 674; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 95.

(58) Como puso de manifiesto LUZÓN PEÑA, Prólogo a DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, p. 27; cfr. también MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., Barcelona, 2008, 5/33.

violentos ni intimidatorios⁽⁵⁹⁾, o en el encubrimiento entre ciertos sujetos; la inviolabilidad de los parlamentarios por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones⁽⁶⁰⁾; o la necesidad de la querrela para poder condenar por injurias a un particular⁽⁶¹⁾; o la relevancia del perdón de la persona injuriada⁽⁶²⁾; o la prescripción de la pena. Por tanto, no se requiere una conducta del sujeto a quien afecta la posible impunidad del injusto culpable, y por eso es «material», pero afecta sólo a aquel en quien concurra el factor, y por eso es «subjetivo»⁽⁶³⁾. Obsérvese cómo en los ejemplos mencionados de la querrela en las injurias a particular y del perdón del injuriado, dichas conductas operan como un «dato» —y en este sentido es «material»—, por mucho que se trate de una conducta; pero una conducta de alguien (quien perdona o se querrela) distinto, y que afecta sólo a quien resulte perdonado o querrellado, respectivamente —y en este sentido es «subjetivo»—.

A su vez, en ii) un factor subjetivo-formal de la punibilidad es aquel que produce efectos a) para quien lo lleva a cabo, y b) si media una conducta suya. Se incluirían aquí supuestos como el del desistimiento de la tentativa o el de la revelación eficaz en los delitos de rebelión y sedición⁽⁶⁴⁾. Se exige una conducta del sujeto, y por eso es «formal», y sus efectos no se extienden más allá de dicho agente, y por eso es «subjetivo»⁽⁶⁵⁾. A diferencia del grupo de casos i), aquí el factor determinante de la impunidad es una conducta realizada por

(59) Cfr. art. 268 del CPesp; art. 208 CPp.

(60) Art. 71.1 de la Constitución española, 1978.

(61) «Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos» (art. 215.1 del CPesp; cfr. art. 138 del CPp).

(62) «El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de...» (art. 215.3 CPesp).

(63) Evito emplear la terminología de «personales», por cuanto no se opone al concepto de «objetivo». Cfr. en cambio la mención que efectúa GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 45, a la doctrina que sí emplea «personales» y «objetivas»; para GARCÍA CAVERO, *Lecciones*, pp. 679-680, «personales» frente a «materiales».

(64) «Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias» (arts. 480.1 CPesp, lo cual rige, en virtud del art. 549 CPesp, también para el delito de sedición).

(65) Este criterio no coincide con el de concurrencia o no en el momento de hecho (cfr. sin embargo, con éste, la exposición de MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, p. 43).

aquel sobre el que recae responsabilidad penal y cuya punibilidad puede verse excluida.

Además, en iii) es un factor objetivo-material lo que da lugar a la impunidad a) con efectos en la relevancia penal del hecho mismo, por cuanto extiende la impunidad a todos los que tomaron parte en el hecho delictivo, y b) con independencia de una conducta del sujeto que se beneficia de la impunidad. Cabe situar aquí la prescripción del delito, institución que extiende su eficacia al hecho injusto culpable⁽⁶⁶⁾; y también la superación de la cuantía exigida para la sanción como delito o no de una infracción⁽⁶⁷⁾. No se trata de conducta (postejecutiva) alguna del agente, sino de factores que operan como un «dato» que condiciona la punibilidad del hecho previo (por este motivo, se trata de factores de carácter «material»), de todos los que han intervenido en éste⁽⁶⁸⁾ (y por eso tiene carácter «objetivo»).

Y en iv) opera un factor objetivo-formal que logra la impunidad a) con efectos para todos los que tomaron parte en el hecho, porque afecta a la relevancia penal del hecho, y b) gracias a la conducta del sujeto. Cabe incluir aquí

(66) Sin embargo, la prescripción de la pena afectaría sólo a quien ha sido condenado a ella, y en virtud de un factor independiente de su conducta, el paso del tiempo. Por tanto, se trataría de un caso de factor subjetivo-material de la punibilidad: grupo i).

(67) En concreto, me refiero a infracciones que exigen rebasar una cuantía: por ejemplo, en Derecho español los delitos contra la Hacienda Pública, en los que el volumen de lo defraudado deslinda la sanción como delito o no [por debajo de tal cuantía, se da entrada a la sanción como infracción administrativa; cfr. *supra*, nota 13]; cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 271-277, quien pone de relieve su desvinculación del injusto culpable (*ibidem*, p. 276). Pero también cabe considerar aquí (como atenuación) el sistema penal español para el hurto y robo con fuerza en las cosas, que admite la sanción como delito o como falta, en función de la cuantía de 400 euros. No se trata, sin embargo, de doctrina pacífica, pues se entiende también en la doctrina —por ejemplo, por ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Barcelona, 2009, p. 188, para el hurto (arts. 234 y 623.1 del CPesp)— que la cuantía en delitos que la exigen es un elemento de la tipicidad de éstos. Considero que la previsión de rebasar una cuantía, como criterio de diferenciación entre delito y falta, si no entran en juego otras consideraciones (como en cambio sí sucede cuando se emplea la cuantía para dar entrada a un tipo agravado por la «especial relevancia del daño causado»), afecta a la punibilidad, y no a los elementos requeridos para la conducta delictiva (hurto, por ejemplo).

(68) Dicho concepto no resulta lejano de la conceptualización de las condiciones objetivas de punibilidad que efectúa MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6/65, cuando expresa que éstas «no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas *otras razones*» [sc. razones distintas de la gravedad del desvalor de resultado y de la conducta] (resaltado del autor).

casos como el de la regularización y los restantes mencionados ya en el párr. 1. En tales supuestos se trata de una conducta (postejecutiva) del agente (es «formal»), que logra la impunidad, pero con efectos extensibles a todos los que han intervenido en el hecho previo (es «objetivo»).

4. Los dos criterios, de dos conceptos, dan lugar por tanto a cuatro posibilidades, como se representa a continuación.

Requieren: Efectos:	<i>Materiales</i> (con independencia de una conducta del agente)	<i>Formales</i> (realización de una conducta del agente)
<i>Subjetivos</i> (sólo en quien concurra el factor)	i) factores subjetivo-materiales de la punibilidad. Ej.: parentesco en ciertos delitos; inviolabilidad de los parlamentarios; querrela en las injurias a un particular; perdón de la persona injuriada; prescripción de la pena.	ii) factores subjetivo-formales de la punibilidad. Ej.: desistimiento de la tentativa; revelación eficaz en los delitos de rebelión y sedición.
<i>Objetivos</i> (para la relevancia penal del hecho)	iii) factores objetivo-materiales de la punibilidad. Ej.: prescripción del delito; superación de la cuantía en ciertas infracciones.	iv) factores objetivo-formales de la punibilidad. Ej.: denuncia en el cohecho activo; evitar la propagación en el delito de incendio; retractarse del falso testimonio; regularización tributaria.

5. A mi modo de ver, se aporta así cierta claridad a la exposición de los factores que condicionan la punibilidad. Dicha clasificación y los criterios que la hacen posible exigen superar la usual dicotomía de excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad. A su vez, también la categoría de las causas de levantamiento de la pena exige alguna matización y encontraría así más sentido en el conjunto de la punibilidad⁽⁶⁹⁾, al dar lugar a dos grupos de

⁽⁶⁹⁾ Cfr. el planteamiento de MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, pp. 44-45.

situaciones en función de los efectos que llevan consigo ⁽⁷⁰⁾ (las que afectan a la relevancia del hecho y las que lo hacen a los sujetos en quienes concurren). En efecto, la clasificación ahora propuesta para los supuestos que afectan a la punibilidad es el producto de combinar dos criterios, ambos de dos conceptos: el de si se requiere o no una conducta subsiguiente (formal/material) y el de la relevancia para el hecho o el sujeto (objetivo/subjetivo). Todo lo cual enriquece, a mi modo de ver, la categoría de la punibilidad al posibilitar matices en la clasificación, que vienen llamando la atención de la doctrina ⁽⁷¹⁾.

Por otra parte, el criterio de distinción formal/material permitiría en los grupos ii) y iv) exigir conocimiento propio de la conducta por parte del sujeto que pretende beneficiarse de la no punición ⁽⁷²⁾. Algo que, en cambio, no sería preciso en los grupos i) y iii), en donde la relevancia para la punibilidad no se hace depender de una conducta del sujeto ⁽⁷³⁾. Pero una vez realizada la conducta que da lugar a la no punibilidad, puede defenderse la extensión de este efecto a todos los intervinientes en el hecho previo con base en que *las mismas razones que operan para la impunidad de uno rigen para los demás* (es decir, si no se extendiera, se frustraría la razón de ser de la causa de no punibilidad). Es esto lo que permite afirmar que en el grupo iv) quedarían impunes todos los intervinientes en el hecho delictivo previo.

6. A fin de cuentas, como ha recordado García Pérez, la formulación de una situación que afecta a la punibilidad como excusa o como condición no es tan relevante ⁽⁷⁴⁾, pues unas y otras se pueden expresar en positivo o en negati-

⁽⁷⁰⁾ Como expresa ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, § 23, Nm 5, resulta indiferente conceptuar un factor como condición objetiva de punibilidad o como causa material de exclusión de punibilidad («Strafausschließungsgrund»), lo cual hace en buena medida superflua la diferenciación. Escéptico también sobre la relevancia de la clasificación, CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 1163.

⁽⁷¹⁾ Cfr. referencias en GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 45, notas 62 y 63.

⁽⁷²⁾ Esta faceta de los factores formales como conductas no significa que, con carácter general, se trate de comportamientos supererogatorios, lo cual exigiría que no fueran casos de conductas prescritas por la norma.

⁽⁷³⁾ Sobre la relevancia del error sobre la punibilidad, cfr. MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, pp. 97-111, con referencias, quien lo entiende como un (peculiar) error sobre la prohibición (cfr. *ibidem*, pp. 100-101).

⁽⁷⁴⁾ Aunque se suele establecer (por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7.^a ed., Valencia, 2007, p. 400) que las «excusas» excluyen la punibilidad, mientras que las «condiciones» la fundamentan; o que hay que constatar la ausencia de las primeras, mientras que en las segundas su concurrencia (QUINTERO OLIVERES, *Parte general del Derecho penal*, p. 444).

vo ⁽⁷⁵⁾. Tampoco parece que la distinción pueda derivarse sólo de si extienden sus efectos a uno y no a otros sujetos ⁽⁷⁶⁾, pues como ya se ha puesto de relieve en cierta doctrina ⁽⁷⁷⁾ algunas excusas podrían afectar a todos los intervinientes. Parece conveniente idear criterios clasificatorios adicionales que aporten matices en el conjunto. Es lo que se pretendía efectuar aquí. Procedería ahora adentrarse en el fundamento de la no punibilidad. Pero eso exigiría un estudio separado, que no puede llevarse a cabo en este lugar.

⁽⁷⁵⁾ Citando a Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, p. 55, para quien «la relación lógica es exactamente igual»); GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36. Con igual fundamento, MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, p. 30.

⁽⁷⁶⁾ Así, en cambio, QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, pp. 444 y 446, por ejemplo.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 71.

PROBLEMAS GENERADOS POR EL DIFUSO CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Doctor en Derecho

RESUMEN

Existe un fenómeno paralelo al de la expansión del Derecho penal, como es la expansión de la actividad pública en todos los orbes de la vida. Como natural consecuencia, se crean numerosas figuras híbridas entre los campos privado y público y, por translación, en los agentes que protagonizan dichos servicios, no siendo nada fácil en la práctica poder distinguir entre la figura de trabajador por cuenta ajena y la del empleado público; entre otras razones porque el propio concepto cardinal de servicio público se halla en franca crisis, siendo incluso renegado por una parte nada desdeñable de la doctrina. Contradiciendo los principios básicos penales tales como el fragmentario y el de intervención mínima, se ha configurado lege data un concepto de propio cuño de funcionario público más amplio que el originario, siendo interpretada dicha noción generosamente por la Jurisprudencia. Como resultado de este proceso represivo se cobija bajo el concepto penal de funcionario público a personas con un contacto superfluo e insubstancial con la res publica y que permanecen ajenos a los deberes de fidelidad inherentes a los cargos que la representan. En definitiva, se crea un clima de franca inseguridad jurídica, confusión e imprecisión en torno a una figura que, dentro de su propia rama del Ordenamiento, sí posee su propia ratio essendi e idiosincrasia.

Palabras clave: Funcionario público, principio de intervención mínima, corrupción, interpretación extensiva, seguridad jurídica y deber de fidelidad.

ABSTRACT

Exists a parallel phenomenon to that of the expansion of the Criminal law that is the expansion of the public activity in all the orbs of the life. As natural consequence, numerous hybrid figures are created between private and public fields and consequently in the agents that take part in these services, not being easy in the practice to be able to distinguish between the figure of worker for other people and that of the government employee; among other reasons because the own cardinal concept of public service is in crisis being even renounced by a non insignificant part of the doctrine. Contradicting the penal basic principles as the fragmentary one and that of minimum intervention, lege data has been configured an own coined concept of government employee wider than the original, being generously interpreted this notion by the Jurisprudence. As a result of this repressive process it is covered under the penal concept of government employee people with a superfluous and insubstantial contact with the res publica and that remain alien to the inherent duties of fidelity to the positions that they represent. In short, it is created a climate of juridical insecurity, confusion and imprecision around a figure that, inside its own branch of the Norm, possesses its own ratio essendi and idiosyncrasy.

Key words: Government employee, minimum intervention principle, corruption, extended interpretation, juridical safety and duty of fidelity.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL DEBER DE *FIDELITAS* A LA *RES PUBLICA*.
 - III. EL MARCO JURÍDICO ADMINISTRATIVO: EL ESTATUTO FUNCIONARIAL.
 - IV. LA RELACIÓN FUNCIONARIAL ESTATUTARIA COMO UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL.
 - V. *NE BIS IN IDEM* Y RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL.
 - VI. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.
 - VII. SITUACIÓN PENAL DE LOS INTERINOS, CONTRATADOS LABORALES Y TRABAJADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ESTATALES.
 - VIII. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más imprecisos y confusos en nuestro actual Ordenamiento jurídico penal es el concepto de funcionario público. El desconcierto no es baladí pues esta noción normativa es la que constituye quizás la fuente más importante de delitos especiales propios en nuestro Ordenamiento jurídico criminal y nos hallamos en un país con más de tres millones de servidores públicos⁽¹⁾.

Para la comprensión de dicho concepto se advierte un palpable divorcio jurídico entre el Ordenamiento jurídico penal y administrativo, desacuerdo que es exaltado tanto legalmente como por la doctrina⁽²⁾ y la jurisprudencia crimi-

(1) Según los datos de la *Encuesta de Población Activa* (EPA) del último trimestre de 2008, por primera vez se alcanzó la cifra de más de tres millones de asalariados en el conjunto de las Administraciones públicas (3.029.500). El coste total de las nóminas de los funcionarios superará los 108.000 millones de euros en el año 2009.

(2) Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 772-773. RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a, *Derecho Penal. Parte especial*, 18.^a ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 1130. CALDERÓN CEREZO, Ángel, *Manual de Derecho Penal*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2005, Tomo II, p. 594. RUEDA MARTÍN, M.^a Ángeles, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, Madrid, 2001, pp. 127 y ss.

nal⁽³⁾, reputándolo como algo necesario e inevitable, llegando a proclamar en repetidas ocasiones que es un concepto normativo propio del Derecho penal y no *vicario* del Derecho administrativo⁽⁴⁾. No obstante, dicha divergencia encierra un peligro patente: desnaturalizar la recta noción de una institución social y jurídicamente arraigada. La figura del funcionario es entendida desde todos los ámbitos de la sociedad como una institución salvaguardada por la estabilidad laboral y salarial pero, a la par, la ciudadanía se muestra más escrupulosa y exigente con sus servidores públicos institucionalizados a modo de compensación por la existencia de las referidas prerrogativas⁽⁵⁾.

Tras este acuñamiento de un modelo penal *sui generis* de funcionario, dicho concepto paulatinamente se va distanciando del patrón inicial con una innegable vis expansiva basada en una tendencia hacia una galopante interpretación extensiva que tendremos a bien a continuación examinar. La consecuencia es que, hoy en día, las diferencias con la figura del funcionario *strictu sensu* se hacen cada día más acuciantes en numerosos colectivos, que adolecen de una notoria precariedad, pasando a ser completamente asimilados a los efectos represivos con aquellos que viven rodeados de las seguridades de la función pública. Frente a esta situación, poco equitativa y un tanto desbocada, parece necesario cuando menos instaurar criterios atemperadores de proporcionalidad que atenúen la reprochabilidad cuando se trata de personas que no son los original y propiamente encargados por la colectividad para ejercer funciones públicas y que sólo actúan de un modo derivado, no beneficiándose globalmente sino tan sólo de forma parcial de los beneficios que pudiera comportar este estatus de funcionario.

La jurisprudencia penal ha tendido a cimentar un concepto esquizoide de funcionario público a partir del contenido del art. 24 del Código Penal, que

(3) Así la STS (Sala 2.ª), de 8 de mayo de 1992 (Martínez-Pereda Rodríguez), establece que: “la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, sino en la regulación o disposiciones reguladoras de la Administración pública”.

(4) STS 1608/2005 (Sala 2.ª), de 12 de diciembre (Sánchez Melgar).

(5) Resulta significativo que el legislador haya otorgado al Tribunal popular del Jurado el enjuiciamiento de la reprochabilidad de numerosos delitos contra funcionarios. Como eco de este reproche social resulta el deber de socorro por responsable de los servicios sanitarios (art. 196), allanamiento cometido por funcionario (art. 204 del CP), infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415 del CP), cohecho (arts. 419 a 426 del CP), tráfico de influencias (arts. 428 a 430 del CP), malversación de caudales públicos (arts. 436 a 438 del CP), fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438 del CP), negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440 del CP) y de la infidelidad en la custodia de presos (art. 471 del CP).

reproduce prácticamente el art. 119 del CP derogado de 1973, según el cual “*a los efectos penales*” se considerará funcionario público a “*todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”.

Es un concepto normativo aportado por el propio legislador mediante ley orgánica pero, paradójicamente, la protección y la represión penal hacia las conductas ejercidas sobre —y abusando de— esta condición son más amplias que las que se regulan en su rama jurídica primitiva que le da la razón de ser; por tanto, el concepto penal no coincide con la regulada por el Derecho administrativo ni social, forjándose un concepto de nuevo cuño o “privativo”⁽⁶⁾ para esta rama del Derecho. Nos encontramos ante dos círculos concéntricos donde, chocantemente, el círculo más amplio lo representa el campo penal y no el administrativo. Por tanto, dicho concepto normativo es independiente y no es una norma en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones, del Derecho administrativo o laboral, con las que puede no concordar.

Una de las razones de esta situación es que se ha intentado superar la herencia que subyacía en el Código Penal proveniente del anterior Estado autoritario, donde los funcionarios públicos ostentaban cierta situación de privilegio en relación a los delitos cometidos por razón de la violación de los derechos fundamentales. Así, la propia exposición de motivos del Código Penal vigente se encarga de manifestar que “*se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados*”.

El alcance del concepto tiene un alcance cuantitativamente muy importante, pues alcanza de modo pleno a la configuración de diversos tipos penales: detenciones ilegales (art. 167 y 530 del CP), tortura (arts. 174 a 176 del CP), prostitución (arts. 187.2 y 188.2 del CP), omisión del deber de socorro (art. 196 del CP), inviolabilidad de las comunicaciones (arts. 198, 530 y 531 del CP), allanamiento de morada (art. 204 y 534 del CP), *exceptio veritatis* en las injurias (art. 210 del CP), suposición de parto y alteración de la paternidad (art. 222

⁽⁶⁾ Así, la STS 1122/2007 (Sala 2.ª, Sec. 1.ª), de 10 diciembre (García Pérez), afirma en su FJ 2.º que es un concepto “privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios del Derecho Administrativo o del social”. En igual sentido STS 2361/2001 (Sala 2.ª), de 4 de diciembre (Ramos Gancedo), y la STS 2208/1993 (Sala 2.ª), de 11 de octubre (Carrero Ramos).

del CP), receptación y blanqueo (art. 303 del CP), delitos contra los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4 del CP), delitos contra la ordenación del territorio (art. 320 del CP), contra el patrimonio histórico (art. 322 del CP) medio ambiente (art. 329 del CP), subtipo agravado de drogas (art. 369.1 del CP), agravación genérica de los delitos contra la salud pública (art. 372), falsedad en documentos (arts. 390, 391 y 394 del CP), falsificación de certificados (art. 398 del CP), en el título XIX relativo a los delitos contra la Administración Pública, rebelión (art. 483 del CP), delitos contra las instituciones del Estado (arts. 499, 500, 501 y 502.2 del CP), usurpación de atribuciones (arts. 506 y 508 del CP), contra los derechos fundamentales (art. 511.3 del CP), delitos que comprometen la paz (art. 590 del CP), el capítulo V del título XXI relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, descubrimiento y relación de secretos (art. 601 del CP) y en las disposiciones comunes al título XXIV relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional (arts. 615 bis.6 y 616 del CP). También está implícitamente recogida como circunstancia genérica agravante en el art. 23.7 del CP.

Asimismo, son importantes el concepto en normas penales extravagantes al Código, así los arts. 139, 140 y 146.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y el concepto en orden a su protección, así el art. 165 del CP en orden a la detención ilegal, para la protección de oficio contra calumnias e injurias (art. 215.1 del CP), subtipo cualificado de daños (art. 264.1 del CP), denuncias falsas (arts. 456 y 457 del CP), usurpación de funciones públicas (art. 402 del CP), el art. 505, protección de miembros de Corporaciones Locales, atentado (arts. 550, 551 y 552), desobediencia grave (art. 556 del CP) y leve (art. 634 del CP). Pudiendo funcionar como eximente vía art. 20.7 del CP.

II. EL DEBER DE *FIDELITAS* A LA *RES PUBLICA*

Bajo esta expresión comprendemos el alma o elemento subjetivo que intervincula al funcionario y a la Administración. Uno de los componentes sobre los que se estructura la figura del funcionario público es el deber de *fidelitas* que enmarca la relación de servicio para con la Administración. El especial deber de fidelidad a lo público se exterioriza bajo un régimen jurídico marcado por una sujeción especial. Si en otro tiempo la *fidelitas* era entendida como una ciega obediencia a modo de gratitud hacia a un superior, quien lo había designado caprichosa o arbitrariamente, hoy en día —muy por el contrario— se enmarca dentro del respeto a la ley y a los principios constitucionales que informan la actividad pública en un marco teleológicamente dirigido de manera imparcial al servicio a la sociedad y al interés general (art. 103 de la CE).

Y, llegados a este punto, se hace preciso destacar cómo el art. 103.3 de la CE postula que la ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos y parece deducirse que el texto de nuestra *Norma Normarum* aspira a un modelo unifor-

me en la regulación de la institución del servidor público por antonomasia. En definitiva, detrás del mandato constitucional se ambiciona un “Estatuto Único” (aunque al nivel de “lo básico”), aplicable a todos los funcionarios públicos y regulado preferiblemente en una sola ley, lo cual se opone evidentemente a la proliferación de normas y concepciones. Por lo tanto, desde un plano constitucional ese divorcio normativo parece poco recomendable, y sobre todo si se extrapola el concepto represivo punitivo sobre el propiamente administrativo.

Parece lógico pues, al menos *lege ferenda*, exigir que el funcionario público tenga un régimen jurídico unitario y armónico, ello implica una uniformidad de trato tanto en los aspectos positivos como en los represivos. Porque no existe una razón material de fondo sólida que justifique un trato desigual, dicho en otras palabras: se es funcionario público tanto para lo bueno como para lo malo.

El deber de fidelidad se exterioriza en el momento de toma de posesión del cargo cuando jura o promete el cargo⁽⁷⁾, donde se exige a los funcionarios que están obligados a guardar y hacer guardar la Constitución, como norma fundamental del Estado, así como los valores y principios que dicho texto comporta.

En Alemania ROXIN⁽⁸⁾ ha justificado la especial represión en que nos hallamos frente a delitos de deber (*Pflichtdelikte*), donde la lesión se funda en una lesión de un deber especial, que sería extratípico. El padre del nuevo Derecho penal germano contrapone los delitos de deber a los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*). En los *Pflichtdelikte* no posee especial relevancia la cualidad externa de la conducta del autor, ya que la sanción se afirma sobre la persona que infringe los deberes que pesan sobre él, los cuales se derivan del papel o del rol social que desempeña.

La *fidelitas* con los deberes del cargo tiene una gran importancia para comprender la justa dimensión de la responsabilidad administrativa y la reprochabilidad por el incumplimiento de los deberes de servicio. El Tribunal Constitucional ha reconocido, en su STC 65/1986⁽⁹⁾, que el bien jurídico genuino en el delito de malversación es precisamente la infracción del deber de fidelidad

(7) Vid. el art. 1 del Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, regulador de la fórmula para toma de posesión de cargos o funciones públicas (BOE núm. 83, de 6 de abril).

(8) Vid. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal* (trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48.

(9) STC 65/1986 (Sala 2.ª), de 22 de mayo (Latorre Segura). En base a ello el Tribunal Constitucional razona que es un delito pluriofensivo y que no se produce una lesión al derecho de la igualdad porque hay un bien jurídico *sui generis* o propio que envuelve el tipo.

del funcionario para con el Estado. Como predica la STS 2052/2001⁽¹⁰⁾, no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública sino también de asegurar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre al margen de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria trasgresión de sus deberes y asimismo, como predica la STS 593/1995⁽¹¹⁾, la eficacia del servicio público encomendada al funcionario.

Como afirma MORELL OCAÑA⁽¹²⁾, la objetividad que predica el art. 103 de la CE para la Administración posee una dimensión y trascendencia ética⁽¹³⁾. Como afirma el autor, existe una correlación necesaria entre la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario, pues toda institución actúa a través de las personas que la integran.

Esta dimensión ética de la *fidelitas* funcional la envuelve y le da sentido, confiriéndole una singular idiosincrasia sobre todo cuando nos fijamos en su dimensión negativa: la corrupción, endémico mal que parece acompañar en mayor o menor grado a la Administración pública. La corrupción funcional es una enfermedad cancerosa que vive en simbiosis con el sistema democrático, tendiendo a eliminar la distinción entre bien público y bien privado⁽¹⁴⁾. Este quebrantamiento del deber de lealtad⁽¹⁵⁾ al servicio que les ha sido encomendado se incardina en la auténtica alma que da sentido a la rigurosa represión penal sobre la inmensa mayoría de los delitos cuyos protagonistas son los funcionarios públicos. Y es que, vistos asépticamente desde fuera y sin contemplar dicho bien jurídico, los preceptos del Código para los funcionarios pudieran parecer draconianos o excesivamente severos.

(10) En la STS 2052/2001 (Sala 2.ª), de 7 de noviembre (Conde-Pumpido Tourón), se añade que “el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por un aliciente extraño, determina la injusticia del acto”.

(11) STS 504/2003 (Sala 2.ª), de 2 de abril (Martínez Arrieta).

(12) Vid. MORELL OCAÑA, Luis, “La objetividad de la Administración pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 347 y 348.

(13) Así con acierto señalaba Victoria Camps que “el deber se expresa más allá del poder”.

(14) Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, Edersa, Madrid 1996, p. 280.

(15) Así la STS 252/2008 (Sala 2.ª, Sec. 1.ª), de 22 de mayo (Berdugo y Gómez de la Torre), enfatiza el quebranto de deber de lealtad del funcionario hacia la Administración (FJ 8.º).

Si esta deslealtad se generaliza provoca, tal como sostiene NIETO GARCÍA⁽¹⁶⁾, una crisis de legitimidad en el Estado social y democrático de Derecho, que va demoliendo paulatinamente la confianza que los ciudadanos tenían depositada en sus instituciones. Prueba de que la lucha contra la corrupción excede del Derecho positivo y dimana a un plano ético es la ya lejana frase de Publio Cornelio Tácito: “*Cuanto más corrupto es el Estado más numerosas son sus leyes*”⁽¹⁷⁾.

En definitiva, la prostitución de esta dimensión ética e imparcial que debe acompañar la actuación de todo funcionario en un Estado de Derecho es la base que nos dibuja los contornos tanto de la represión disciplinaria como penal de su actuación torticera.

En cualquier caso, la fidelidad del funcionario al Estado no debe ser interpretada como un arcaico servilismo de éste frente al Gobierno, sino como una lealtad a ley, a los derechos fundamentales y demás principios ínsitos en la mecánica de funcionamiento de un Estado Democrático. El funcionario es un elemento esencial en el recto funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho y se erige como instrumento dinámico para poder proyectar su mensaje de mejora sobre la vida de los ciudadanos. En conclusión, el servidor público por antonomasia se justifica en relación al destino que desempeña, y las prerrogativas que ostenta carecerían de sentido, convirtiéndose en simples y absurdos privilegios, si se desvía de su recto cometido. Como refiere APPLEBY⁽¹⁸⁾, todo servidor público se debe al pueblo, su sueldo es pagado por la sociedad y, por lo tanto, éste tiene una responsabilidad y compromiso con la comunidad, a la cual además debe respetar. El funcionario público no debe olvidar que no está por encima de la sociedad, sino que es un mero servidor de ella.

Desde el lado pasivo, la reciente Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado sobre agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo, de 25 de noviembre, entiende que el bien jurídico protegido por el delito

⁽¹⁶⁾ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 8.

⁽¹⁷⁾ En análoga dirección, Aristóteles decía que “la bajeza de los seres humanos es una cosa insaciable [...] porque en su naturaleza ese apetito es ilimitado y la gran mayoría de la humanidad vive para satisfacer su apetito”. Una de las mayores causas que motiva al ser humano a ser corrupto es la codicia. El filósofo entiende que el ser humano nunca está satisfecho con lo que posee debido a que es codicioso por naturaleza. [ARISTÓTELES, *Política* (trad. Samarach, Francisco de Paula), Aguilar, Madrid, 1964, p. 751].

⁽¹⁸⁾ Vid. APPLEBY, Paul H., *Morality and administration in democratic government*, Greenwood Press, Nueva York, 1969, pp. 231 y ss.

de atentado es el orden público en sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están dirigidas a menoscabar la actuación de las personas encargadas del normal funcionamiento de actividades relativas al interés general que la Administración debe prestar a los ciudadanos.

Existe pues una palmaria tendencia a objetivizar la función desligándola de las personas que circunstancial o permanentemente ejercen los cometidos públicos, así la STS de 16 de junio de 2003⁽¹⁹⁾ proclama que: “*lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos*”. Este régimen extraordinario normativo de los funcionarios públicos viene justificado precisamente por GARRIDO FALLA⁽²⁰⁾ en la necesidad de garantizar la neutralidad política de la Administración (art. 103, números 1 y 3 de la CE) y en su especial vinculación al cumplimiento del interés general de toda la ciudadanía. De otro lado, la independencia de los funcionarios comporta cierta neutralidad administrativa del Gobierno, pues para asegurar esta última se requiere que la carrera funcional sea ajena a las alternancias políticas.

III. EL MARCO JURÍDICO ADMINISTRATIVO: EL ESTATUTO FUNCIONARIAL

Históricamente, hasta la Constitución de 18 de junio de 1837 no va a reconocerse el principio general de acceso de todos los españoles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (art. 5), pero habrá que esperar aún al Estatuto de Bravo Murillo (Real Decreto de 18 de junio de 1852), para ver definido propiamente un Estatuto de la función pública, en cuanto marco jurídico rector de sus derechos y obligaciones⁽²¹⁾. Se pretendió dar una nueva regulación uniforme que permitiera poco a poco, y a través de innumerables vericuetos históricos, evolucionar desde el servilismo y total subordinación del funcionario de la monarquía absoluta —pasando por el régimen de las cesantías (conocido en el orbe anglosajón como *spoils system*)— al moderno funcionario constitucional caracterizado por su imparcialidad y su implicación en el cumplimiento de los valores constitucionales.

(19) STS 877/2003 (Sala 2.ª), de 16 de junio (Soriano Soriano).

(20) Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, “Constitución y Administración”, *REDA* núm. 20, enero-marzo de 1979, esp. pp. 9 y 10.

(21) Entendemos como Estatuto de los funcionarios públicos, la norma o conjunto de normas que regulan la vida profesional de los funcionarios en sentido estricto, garantizando sus derechos frente a la Administración y estableciendo sus obligaciones frente a ella y frente a terceros (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, vol. I, Madrid, 1970, p. 86).

Los rasgos delimitadores del “funcionario público” venían contenidos en los arts. 1 y 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero)⁽²²⁾ y permitían conceptuarlo, a los meros efectos operativos, como la persona incorporada a las plantillas de la Administración Pública, mediante una relación de servicios profesionales, permanente, retribuida con cargo a los Presupuestos y regida por el Derecho Administrativo. Posteriormente, el artículo 9 de la Ley 7/2007, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, define a los funcionarios de carrera como: “quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”.

El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica estatutaria, predefinida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso⁽²³⁾, no siendo el funcionario propiamente titular de derechos adquiridos⁽²⁴⁾.

(22) Artículos derogados por la disposición derogatoria.a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

(23) En consecuencia, no existen propiamente “derechos adquiridos”, sino tan sólo expectativas y cargas, pues la ley, en atención a razonables y justificadas circunstancias, puede redefinir continuamente el estatus jurídico del funcionario. Por lo tanto el funcionario se mueve en un marco jurídico inconcreto y se integra en las determinaciones unilaterales que le marca el legislador. Con ello queremos decir que el funcionario no tiene posibilidad de incidir por su voluntad en un régimen jurídico que le viene predeterminado, limitándose a aceptar un régimen jurídico que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 de la CE). En este sentido, la STC 75/1991 (Pleno), de 11 de abril (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), establece que los que se hallan incurso en una situación estatutaria sólo son titulares de meras expectativas pero carecen propiamente de derechos adquiridos, dado que su situación depende directamente de la configuración legal.

(24) La posibilidad de estas compensaciones ha sido, sin embargo, puesta en tela de duda por el Tribunal Constitucional, en la STC 99/1987 (Pleno), de 11 de junio (De la Vega Benayas), como ya hiciera en la STC 108/1986, al apuntar la posibilidad de que “las modificaciones legales que originen una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos, pueden merecer algún género de compensación”. El Tribunal Supremo la ha negado por los perjuicios económicos derivados de la frustración de expectativas funcionariales como consecuencia de la anticipación de la edad de jubilación [STS (Sala 3.ª, Sec. Pleno) de 30 de noviembre de 1992 (González Mallo)]. Hoy la situación viene prevista en la LRJYPAC, cuyo art. 139.3 dispone que la indemnización por aplicación de actos legislativos no expropiatorios, y que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, procederá sólo “cuando así se establezca en los propios actos

No obstante, la aludida falta de reconocimiento de derechos adquiridos en su estatuto *regimental* —problema relacionado, en definitiva, con la retroactividad de la norma— no afecta a la potestad de modificación del estatus funcional, sino que tan sólo supone que cualquier alteración de éste deberá respetar aquéllos⁽²⁵⁾, adoptando, en su caso, las medidas compensatorias que procedan.

El funcionario público sólo podrá pretender, ante un cambio de su régimen normativo, el respeto de sus derechos consolidados en relación con su montante retributivo y con el contenido de las funciones asignadas⁽²⁶⁾. Tal concreción de los derechos adquiridos (función y retribución) aparece reiterada, con algunas variantes, en una muy numerosa corriente jurisprudencial⁽²⁷⁾.

legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. Por ello, toda modificación legislativa que afecte al estatuto funcional, ni es *a priori* contraria a la Constitución ni genera un automático derecho a indemnización, ya que no entraña, *a priori*, una privación de derechos consolidados.

(25) Pero aun siendo incuestionable que el funcionario conserva ciertas expectativas básicas que debe respetar la ley, sin embargo “una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto” [STS (Sala 3.ª, Sec. 7.ª), de 28 de septiembre de 1994 (García Carreno)]. Así, por ejemplo, no existe un derecho adquirido a mantener la duración de la vida profesional del funcionario público, pudiendo rebajarse su edad de jubilación (STC 99/1987, 70/1988, 178/1989) y la STS (Sala 3.ª) de 19 de diciembre de 1986 (Roldán Martínez).

(26) Por lo que se refiere al desarrollo de las relaciones estatutarias en el seno de la Administración, la STS de 13 de abril de 1988 reitera la tesis de que, frente al poder organizativo de la Administración: “El funcionario no puede esgrimir con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar; facultad organizativa de la Administración que comprende el regular los servicios de la forma que estima más conveniente, sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización o de situaciones que pretende superar, e incluye la de clasificar las escalas en atención a las funciones encomendadas” [STS (Sala 3.ª, Sec. 7.ª), de 5 de octubre de 1992 (García Carrero) (FJ 5.º)]. Llama la atención en este punto la coincidencia de esta doctrina con la que ya en su día emanó del Consejo de Estado, como es el caso del Dictamen núm. 2129, de 9 de octubre de 1946, donde se sostenía que “Contra la regulación general de la situación estatutaria de los funcionarios públicos en forma distinta a aquella en que dicha situación venía siendo anteriormente regulada no cabe, en general, esgrimir supuestos derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, ya que de admitirse dicha tesis sería ineficaz la facultad de la Administración de dictar aquellas normas que considera en cada momento más convenientes para la determinación de sus relaciones jurídicas con los funcionarios, en beneficio e interés de los servicios públicos”.

(27) Así por ejemplo, la STS (Sala 3.ª), de 8 de mayo de 1981 (De Páramo y Cánovas), de 29 de noviembre de 1986, 18 de enero, 7 de abril y 18 de octubre de 1993, 21 de marzo de 1994, etc. Otros pronunciamientos jurisdiccionales toman partido, sin embargo, por un distinto contenido de derechos adquiridos; así: “... los únicos derechos adquiridos

Dos aspectos integran la relación funcionarial administrativa⁽²⁸⁾:

A) La relación orgánica o de subordinación, a través de la cual el funcionario se integra e identifica con la estructura administrativa: frente al ciudadano, sus actos y declaraciones de voluntad, se imputan a la Administración, en cuanto emanados de ésta.

B) La relación de servicio o de conflicto: mediante ella, por el contrario, el funcionario público se relaciona con la Administración como parte contrapuesta, frente a la que ostenta una serie de derechos y obligaciones.

El origen de esta relación de servicio es unilateral, derivada del acto de nombramiento, pero una vez nacida se transforma en bilateral en sus efectos, generando derechos y obligaciones para ambas partes⁽²⁹⁾. Se requieren unas referencias a la naturaleza jurídica de la relación de servicio, sujeta, como se dijo, al Derecho administrativo, como premisa del ulterior análisis del conjunto de derechos y deberes del funcionario público⁽³⁰⁾. Dicha relación viene caracte-

por los funcionarios son los que directamente afectan a su categoría administrativa y a su inmovilidad imponiéndole un cambio forzoso de residencia, y al sueldo consignado en los Presupuestos Oficiales, que son los derechos adquiridos que vinculan a la Administración” [STS de 19 de diciembre de 1986 (Roldán Martínez)]. Históricamente, se han considerado derechos adquiridos, en general, los de contenido patrimonial consolidados, tales como el sueldo (STS de 11 de abril de 1957), la pensión (STS de 28 de junio de 1963), los trienios reconocidos (STS de 26 de febrero de 1968) o la propia condición de funcionario (SSTS de 9 y 23 de diciembre de 1959 y 28 de abril de 1962). Por el contrario, no cabe alegar derecho adquirido alguno a una compatibilidad otorgada por la Administración (SSTS de 15 de junio, 29 de septiembre y 3 de octubre de 1962), pues tales autorizaciones son revisables y precarias (STS 11 de diciembre de 1952).

(28) Vid. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, *REDA*, núm. 26, 1980, pp. 423-432), que destaca cómo la creación de un estamento profesional en el seno de la estructura administrativa hace emerger las características laborales de la relación de empleo público, al surgir un conflicto permanente de intereses, fruto del intercambio de prestaciones entre el funcionario y la organización administrativa, lo que exige que la relación de servicio deba construirse sobre una posición igualitaria de las partes implicadas.

(29) La relación de servicio presenta los siguientes caracteres: es de Derecho público, voluntaria (se excluyen las prestaciones obligatorias), es personalísima e intransferible, y es bilateral en sus efectos, al comportar derechos y obligaciones recíprocos. Respecto a su naturaleza, la voluntad de la Administración es lo principal, pues es el acto del nombramiento el que perfecciona la relación, mientras que la voluntad del administrado es una condición de eficacia, que no afecta a la validez del acto de nombramiento; los efectos que produce la falta de toma de posesión confirman esta tesis unilateral (GARCÍA TREVIJA-NO FOS, José Antonio, *op. cit.*, pp. 442 y ss.).

(30) Vid. BARRACHINA JUAN, Eduardo, *La función pública: su ordenamiento jurídico, Parte Especial*, Barcelona, 1991, p. 91.

rizada por las siguientes notas: 1. Su carácter excluyente, 2. La predeterminación normativa, 3. La disponibilidad sobre ésta, a excepción del ámbito de los derechos adquiridos, 4. Su dispersión normativa y 5. La imposibilidad de su fijación concertada.

En definitiva, como refiere la STC 99/1987⁽³¹⁾, la incorporación voluntaria al servicio de una Administración Pública presupone aceptar el sometimiento a una situación jurídica objetiva —la “relación jurídica estatutaria”—, definida a través de la ley y el reglamento⁽³²⁾ y modificable por cualquiera de ambas vías. Pero tampoco a la hora de concretar las materias afectadas por la reserva de ley, la citada STC 99/1987 define el concepto y alcance material del “Estatuto del Funcionario Público”, sino que afirma que es “un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*”, aunque añade que debe considerarse incluida en él, y sujeta por tanto a la reserva de ley, “la normación relativa a adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo”. La Ley reguladora de la función pública será estatal⁽³³⁾, cuando contiene las normas básicas del régimen estatutario de los funcionarios de las distintas Ad-

(31) STC 99/1987 (Pleno), de 11 de junio (De la Vega Benayas).

(32) “La reserva de ley, que se contiene en el art. 103.3 de la CE (no así en el art. 149.1.18.º, que tiene un diferente objetivo normativo), no implica la exclusión de la posible colaboración del Reglamento en función de complemento de la Ley” [SSTS de 17 y 20 de mayo de 1993 (RJ Ar. 3892 y 3959), 10 de noviembre de 1994]. Es decir, va a impedir el denominado “Reglamento autorizado”, en cuanto conlleva “una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley” (STC 83/1984, de 24 de julio). En palabras del Tribunal Constitucional, lo que está vedado es “una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.a)].

(33) El Tribunal Supremo ha atribuido asimismo carácter básico, en algunas de sus resoluciones, a los preceptos vigentes del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, y así: al recordar “... la exigencia de que la adjudicación de plazas por las Administraciones Públicas debe respetar las normas básicas contenidas en la legislación del Estado, Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, acorde con el art. 141.1.18.º CE” (STS de 9 de diciembre de 1992, FJ 2.º, A. 9831) o con relación al deber de residencia, previsto en el art. 77 de la LFCE “... que como norma básica en lo que no haya sido derogada, es aplicable según lo dispuesto y ya indicado en el art. 2.3.º de dicha Ley...” (STS de 17 de febrero de 1992, A. 2824).

ministraciones, o autonómica en los demás casos⁽³⁴⁾, en función de los criterios atributivos de las respectivas competencias, en cuyo campo no vamos a entrar. También las entidades locales, en relación con sus funcionarios, advierte ENTRENA CUESTA⁽³⁵⁾, podrían desarrollar reglamentariamente los preceptos legales, estatales o autonómicos, correspondientes que les afecten.

Aunque tampoco la citada STC 99/1987 define el concepto y alcance material del “Estatuto del Funcionario Público”, sino que afirma que es “un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*”, aunque añade que debe considerarse incluida en él, y sujeta por tanto a la reserva de ley, “la normación relativa a adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo”.

Un giro copernicano sobre la función pública y sus asimilados ha surgido tras la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que afecta a importantes capas de la Administración. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: así los de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, como las Universidades Públicas. Con singularidades también se aplica al personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud.

(34) Pues “Pese a la naturaleza básica de los preceptos dotados de tal cualidad que regula la Ley 30/1984, nada impide la creación por las CCAA de normas que les sirvan de complemento” (STS de 30 de septiembre de 1993, FJ 10.º, A. 6563). Con relación al alcance del art. 1.3.º de la Ley 30/1984, que delimita la normativa básica, afirma el TS que “... este precepto únicamente dispone la necesidad de elaborar un régimen uniformador en este ámbito, es decir, no elaborar regímenes sustancialmente diferentes para los distintos Cuerpos funcionariales, aunque sin necesidad de una absoluta uniformidad...” (STS de 18 de junio de 1993, FJ 3.º, A. 4611).

(35) Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael, “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*, vol. II (coord. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián), Madrid, 1991, p. 2618.

De otro lado, el art. 5 del Estatuto Básico establece que el personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en él⁽³⁶⁾.

Sin embargo el art. 4 de la referida norma básica excluye de su ámbito de aplicación a los siguientes importantes colectivos: personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, personal militar de las Fuerzas Armadas, personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal retribuido por arancel, personal del Centro Nacional de Inteligencia y personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.

Como predica su Exposición de Motivos, por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas normas estándar⁽³⁷⁾ conductuales se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Éste, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica *cultura* de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer.

Posteriormente, el Estatuto Básico distingue entre las diferentes clases de empleados públicos⁽³⁸⁾: funcionarios de carrera e interinos, personal laboral,

⁽³⁶⁾ El art. 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, prevé la Constitución de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, y en el número 17 del referido artículo se dispone que “*a partir de la fecha del inicio de la actividad de la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA’, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral*”.

⁽³⁷⁾ Sobre este tema *vid.* MORELL OCAÑA, Luis, “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, *REDA*, núm. 111, Civitas, 2001, pp. 347-372.

⁽³⁸⁾ El nuevo Estatuto varía la clasificación tradicional preordenada en cinco grupos, teniendo en cuenta la evolución que ha experimentado en los últimos años nuestro sistema educativo, y en previsión, particularmente, del proceso abierto de reordenación de

personal eventual..., regulando la nueva figura del personal directivo, que la norma encauza como un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos. Con esta nueva categoría se intenta, por tanto, introducir en España una figura ya arraigada en el entorno de la Unión Europea. Dicho personal pasará en gran medida al concepto penal de autoridad, ya que, como predica el art. 24 del CP, “poseen mando”.

IV LA RELACIÓN FUNCIONARIAL ESTATUTARIA COMO UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL

Considerada como la pieza clave para comprender la situación estatutaria funcionarial⁽³⁹⁾, la teoría de las relaciones de sujeción especial nace en el marco político del II Imperio alemán⁽⁴⁰⁾ (se la vincula al principio monárquico), para explicar ciertos poderes —reguladores, disciplinarios— del Estado sobre personas vinculadas a él por una relación más intensa y directa que la que lo vincula con el común de los ciudadanos. En definitiva, para afirmar un conjunto de potestades domésticas existentes al margen —y para algunos incluso en contradicción— de la ley⁽⁴¹⁾.

los títulos universitarios. La nueva clasificación se organiza en tres grandes grupos, con sus subgrupos, y se efectúa en función del título exigido para su ingreso, estableciéndose un grupo A, con dos subgrupos A1 y A2, un grupo B y un grupo C, a su vez con los subgrupos C1 y C2.

⁽³⁹⁾ STC 2/1981 (Sala 1.^a), de 30 de enero (Díez de Velasco Vallejo).

⁽⁴⁰⁾ Así lo afirma LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, 1.^a ed., Madrid, 1994, pp. 297 y ss. También FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho III: siglos XIX y XX* (trad. Lorca Navarrete, José, F.), Madrid, 1981, pp. 157 y ss., explica que la teoría de las relaciones de especial sujeción nace en Alemania, en el seno de una corriente que se vino a llamar *Allgemeine Rechtslehre* (Teoría General del Derecho), nacida como la expresión más acabada y completa del conceptualismo y del formalismo jurídico. Esta corriente, enmarcada dentro del positivismo jurídico formalista propio del siglo XIX, pretendía la determinación y sistematización de “los conceptos jurídicos fundamentales” (*juristische Grundbegriffe*) obtenidos a través del análisis de los principios generales de las distintas ramas del ordenamiento jurídico positivo.

⁽⁴¹⁾ *Vid.*, históricamente, LÓPEZ BENÍTEZ considera creadores de esta doctrina a Laband y a Jellinek, aunque se considera a Otto Mayer como el creador sistemático de la categoría. (LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, Madrid, 1994, pp. 360 y ss).

Como recalca JIMÉNEZ BLANCO ⁽⁴²⁾, el concepto de relación ⁽⁴³⁾ de sujeción especial se aplica en el Derecho germánico del siglo XIX para determinados colectivos (militares, estudiantes, presos, funcionarios y establecimientos públicos); la categoría se mantiene en este Derecho y sigue siendo aplicada para los mismos colectivos (a diferencia de nuestro Derecho, en el que hay una acusada tendencia a generalizarlo). La doctrina clásica protagonizada por Laband y Mayer la concebía como una fórmula jurídica que, eludiendo la general validez de los derechos fundamentales, posibilitaba la restricción de la vigencia de dichos derechos para un ámbito determinado ⁽⁴⁴⁾. FORSTHOFF ⁽⁴⁵⁾ explicaba que, según su formulación, en principio, no tiene aplicación el principio de legalidad y, por ende, inviste a la Administración de un gran ámbito de producción jurídica. Pero esta técnica autoritaria, que, como vimos, encuentra sus raíces en el siglo XIX, se fue “*dulcificando*”—tal como afirma STERN ⁽⁴⁶⁾— paulatinamente con la llegada de la Ley Fundamental de Bonn.

Mediante la técnica jurídica de las relaciones de especial sujeción, la Administración se encuentra en un papel preeminente en relación al funcionario público ⁽⁴⁷⁾. Históricamente, tal como sostiene Alejandro NIETO GARCÍA ⁽⁴⁸⁾, en España se tenía una vaga idea de la teoría de las relaciones de especial

(42) Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, “Notas en torno a las relaciones de especial sujeción: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, mayo de 1988, pp. 1 y ss.

(43) Partimos del concepto de relación jurídica definiéndola, con ENTRENA CUESTA, como una relación social concreta, regulada por el Derecho, que supone que a un sujeto le corresponde una situación de poder y a otro una situación específica de deberes positivos o negativos. (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I/1.º, 11.ª ed., Madrid, 1995, p. 147).

(44) Vid. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992, pp. 39 y ss.

(45) Vid. FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho administrativo* (trad. por Fernando Garrido Falla y otros), Madrid, 1956, pp. 185 y 186.

(46) Vid. STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania* (trad. por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón), Madrid, 1987, pp. 604 y ss.

(47) Tal como sostiene PÉREZ TREMPs, la categoría afecta principalmente a dos planos, íntimamente relacionados entre sí: la relajación de la posición de la ley y el reglamento en el establecimiento de la situación estatutaria y el que atañe a la limitación del disfrute de los derechos fundamentales frente a quienes se hallan sometidos a ésta. (PÉREZ TREMPs, Pablo, “El ejercicio de los derechos fundamentales por funcionarios públicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993, pp. 314 y ss.).

(48) Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 223.

sujeción creada por Otto Mayer en el siglo pasado (en especial a través de tratados de GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA) pero irrumpió avasalladoramente a través de la publicación del excelente artículo de GALLEGO ANABITARTE en 1961, *RAP* número 31, bajo el título “Las relaciones de especial sujeción y la legalidad de la Administración”⁽⁴⁹⁾.

LÓPEZ BENÍTEZ⁽⁵⁰⁾ las define como “*las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantías, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación*”. A su vez nuestro Tribunal Constitucional⁽⁵¹⁾ lo ha definido como “esas peculiares relaciones y asimilables en las que entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas”⁽⁵²⁾.

La utilidad de esta categoría estriba en que, cuando una determinada relación con la Administración se reputa de “especial sujeción” y se determina cuál es su finalidad, puede conocerse, a su vez, cuáles son los derechos fundamenta-

(49) Es preciso destacar con GÓNZALEZ NAVARRO que, de otro lado, la distinción entre relaciones de general y de especial sujeción no es tajante y pone de manifiesto la falta de acuerdo doctrinal entre los supuestos de uno u otro. *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, *op. cit.*, p. 544. Para NIETO GARCÍA uno de los aspectos fundamentales que llevaron a la aceptación globalizada de esta doctrina en nuestro país fue la necesidad de explicar determinadas relaciones que se apartaban del modelo general, tales como la analizada de los funcionarios. (NIETO GARCÍA, Alejandro, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, en *RAP*, núm. 63, 1970, pp. 60 y ss.).

(50) LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

(51) STC 61/1990 (Sala 1.ª), de 29 de marzo (De la Vega Benayas).

(52) Como comenta NIETO GARCÍA, en España —donde se tenía una vaga idea de las relaciones jurídicas de sujeción especial a través de los tratados de GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA— irrumpió esta teoría avasalladoramente a través del excelente artículo de GALLEGO ANABITARTE, en 1961, que salió a la luz bajo el título “Las relaciones de especial sujeción y la legalidad de la Administración”. (NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., 1994, reimpr., Madrid, 2000, p. 223). También *vid.* GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Las relaciones de especial sujeción y la legalidad de la Administración”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 31, 1961, pp. 11 y ss. El artículo versaba sobre el *status quaestionis* de la categoría. Describía el autor la evolución que se había producido en esta figura desde los albores del II Imperio alemán hasta los años 50, la situación de la cuestión en Alemania a finales de los años 50, y se describía cuál era la situación de los grupos sometidos a una relación de

les que pueden tener una modulación especial⁽⁵³⁾, y con qué intensidad, en relación a la propia peculiaridad de la institución administrativa que las encuadra. Así, la STC de 23 de abril de 2001⁽⁵⁴⁾ sostiene:

“existen miembros de determinados colectivos que, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente más estrictas en sus derechos fundamentales, no aplicándoles los límites comunes a todos los ciudadanos”.

En esta línea también se manifiesta LÓPEZ BENÍTEZ⁽⁵⁵⁾: *“las relaciones de sujeción especial suponen la existencia de un previo marco estatutario dentro del cual las desarrollan y encuentran sus fines propios que las configuran y delimitan”*. Juzgo acertadas las críticas de MAPELLI CAFFARENA⁽⁵⁶⁾ cuando entiende que el talón de Aquiles de esta teoría radica en su indeterminación, sobre todo en un ámbito como éste, particularmente frágil y en el que el peligro de lesionar los derechos humanos es incuestionable.

Sintetizadamente, la jurisprudencia constitucional afirma que la relación de sujeción especial hace que la reserva de ley pierda *“parte de su fundamentación material”*. Siguiendo con esta línea discursiva, la ya citada STC 2/1987 sostiene de modo claro que el interno está sujeto a una relación jurídico-administrativa con la Administración Penitenciaria incardinada en el marco estatutario detallando a continuación:

especial sujeción en aquellos momentos en Alemania, influidos decisivamente por la inercia histórica, en los que infringía la legalidad, pues la Administración actuaba con absoluta discrecionalidad en aquella esfera y no se acomodaba a la nueva realidad jurídica surgida con la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

(53) STC 2/1987 (Sala 1.^a), de 21 de enero (Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer). Esta sentencia más representativa y comentada viene referida al ámbito penitenciario.

(54) STC 102/2001 (Sala 1.^a), de 23 de abril (García Manzano).

(55) Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, “Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción”, Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, pp. 360 y ss.

(56) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Contenido y límites de la privación de libertad. Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 52, 1998, p. 225. Concretamente el autor sostiene que: *“las relaciones de sujeción especial corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la Administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del Poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes”*.

“Se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes al margen de su condición de ciudadano, adquieren el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos”.

Como señala HESSE, para que los derechos fundamentales puedan ser restringidos más allá de las posibilidades generales, en una relación de especial sujeción, deberían cubrir dos requisitos: estar prevista en la CE y la peculiaridad de la relación debe requerir la existencia de esa restricción. A su vez ULE distingue dentro de la relación especial dos subrelaciones: la relación fundamental (*Grundverhältnis*) y la relación organizativa o de funcionamiento (*Betriebsverhältnis*). La primera es una relación que se basa en la ley y que, por lo tanto, no es disponible por la Administración, y no se ve influenciada por sus potestades domésticas, que no pueden disponer de ella, sino sólo en base a la ley. En cuanto a la segunda, la relación de funcionamiento, sobre la que sí sería posible reconocer una libertad a la disposición normativa de la Administración⁽⁵⁷⁾. Para ULE la protección judicial se extiende a la relación fundamental, pero no a la organizativa⁽⁵⁸⁾.

Por ende, estas relaciones no operan como un límite inmanente general al contenido de los derechos fundamentales, pues tanto la existencia de tal relación como su alcance restrictivo de *determinados* derechos fundamentales habrán de justificarse para cada relación en concreto (funcionarios, presos, militares, objetores de conciencia, etc.). Así TRAYTER JIMÉNEZ⁽⁵⁹⁾ entiende que ni la categoría de las relaciones especiales de sujeción es unitaria ni puede significar idéntico régimen jurídico para todas las personas incluidas en este concepto.

En consecuencia, es necesario reseñar la gravedad de las consecuencias de aceptar incondicionalmente esta sistematización, ya que entraña riesgos de convertirse en un caballo de Troya para los derechos fundamentales o, como lo calificara FORSTHOFF una laguna dentro del Estado de Derecho (*Lücke im*

(57) Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 333 y ss. El autor señala las dificultades de fijar con precisión la línea fronteriza entre la relación básica o fundamental y la de funcionamiento o de empresa, como la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana reseñaba y, por otro lado, consideraba que la reserva de ley regía en cuanto a la ley fundamental.

(58) La tutela judicial efectiva se dirigía a proteger la tutela judicial con respecto a la relación básica, frente a la posición tradicional, que consideraba que las relaciones de especial sujeción estaban exentas globalmente de todo control judicial.

(59) Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Sanción penal y sanción Administrativa. El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, núm. 22, CGPJ, junio de 1991, pp. 117 y ss.

Rechstaat). Por ello, en la actualidad, tal como refiere RIVERA BEIRÁS⁽⁶⁰⁾, en Alemania se está produciendo un franco declive de la figura⁽⁶¹⁾, sobre todo a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) de 14 de marzo de 1972, quien obligó a la adecuación de esta categoría a los nuevos principios constitucionales. A través de dicha sentencia se cuestiona firmemente la doctrina, dominante hasta el momento, de las “*relaciones de sujeción especial*”. MAPELLI CAFFARENA⁽⁶²⁾ entiende que la sentencia referida viene a corregir una tendencia que se estaba produciendo en Alemania y que se inclinaba por teorizar acerca de la desprotección jurídica de los internos, proporcionando soportes técnico-jurídicos a esta situación.

En torno a esta categoría dogmática se han planteado enormes objeciones pues implica unas relaciones de especial intensidad sobre determinados grupos de ciudadanos con respecto a los poderes públicos, representando un “*plus de sujeción*” de los ciudadanos respecto al Estado⁽⁶³⁾, lo que implícitamente com-

(60) RIVERA BEIRÁS, “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos...”, *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(61) Como reseña TIEDEMANN, esta sentencia del TFCA tuvo una gran importancia en el ámbito penitenciario, obligando literalmente al legislador a dictar, dentro de un plazo, una ley en materia de ejecución de penas, reclamada por la doctrina y la opinión pública desde hace casi cien años. [TIEDEMANN, Klaus, “Constitución y Derecho penal” (trad. Arroyo Zapatero, Luis), *REDC*, núm. 33, año 11, septiembre-diciembre de 1991, p. 153]. FUSS mantuvo que la sentencia representaba “*la despedida de las relaciones de especial sujeción*”. ROTTMANN predica que han muerto y GÖNSCH vaticina su desaparición por conceptuarlas como “*un residuo autoritario del Estado absoluto*”. Lo que el legislador realizó diligentemente, dando así fundamento legal a numerosas restricciones de derechos fundamentales contenidas en ese momento en meros reglamentos organizativos de los Länder. (Vid. GÖNSCH, Manfred M., “Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur von besonderen Gewaltverhältnis”, *JZ*, 1979, p. 19. ROTTMANN, “Grundrechte und rechtsschutz im Beamtenverhältnis”, *ZBR*, 1983, p. 86, así citados por LÓPEZ BENÍTEZ: *op. cit.*, p. 149, nota a pie 268. En España se manifiesta en parecidos términos ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 40, 1990, p. 147, la cual manifiesta “*la relación de sujeción especial es una relación jurídico-pública de sometimiento en la que se encuentran sometidas aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con carácter duradero y a favor de indeterminado fin administrativo*”).

(62) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El sistema penitenciario. Los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional” en coord. RIVERA BEIRÁS, Iñaki, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 1994, pp. 18 y 19.

(63) Por ello autores como LÓPEZ BENÍTEZ entienden que la CE no ha desterrado esta categoría, sino que la ha constitucionalizado en orden a convertirla en “*un instrumento útil para enfatizar al más alto nivel normativo la permanente peculiaridad de unas relaciones jurídicas que definen unos perfiles propios*”, peculiaridad que consiste “*en su*

porta un *minus* en el goce de los derechos fundamentales ⁽⁶⁴⁾. Los defensores de la categoría, como LÓPEZ BENÍTEZ, justifican su existencia porque responden “a una necesidad perenne de operatividad y eficacia que precisa la maquinaria administrativa en determinados ámbitos” ⁽⁶⁵⁾, pero dicha “necesidad no es ajena a ningún país ni a ningún ordenamiento” ⁽⁶⁶⁾.

Pero, como reseña SANTAMARÍA PASTOR ⁽⁶⁷⁾, en la medida, que este concepto autorizaba a la Administración a imponer limitaciones sin el obstáculo formal de la reserva de ley, se ha producido una peligrosa tendencia a ampliar insensiblemente su ámbito, llegando a preconizarse, con mayor o menor claridad, que la relación de especial sujeción existiría siempre que se produjera una conexión entre la Administración y un ciudadano que no fuera predicable a la totalidad de éstos, pasando con ello a ser la excepción la regla ⁽⁶⁸⁾.

El problema, bajo mi punto de vista, radica en que, aunque abandonásemos el *nomen iuris* ⁽⁶⁹⁾ de relaciones de especial sujeción por considerarlo vinculado a un pasado autoritario (lo que no deja de ser cierto), no por ello vamos a

propia lógica, esto es, en el orden que vive en el interior de las mismas, que exige e impone un tratamiento diferenciado”, dada la permanente, duradera y estrecha relación que se traía entre ellas. (Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ: op. cit., pp. 161 y ss.).

⁽⁶⁴⁾ Así por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario”, *op. cit.*, pp. 291 y 293, estima que, tras la teoría de las relaciones de especial sujeción, subyace la idea del Estado absoluto en el que sus intereses no sólo son autónomos respecto de los intereses de los ciudadanos, sino incluso antagónicos, lo que abiertamente contradice el criterio actualmente asumido de que el Estado carece de intereses propios al tratarse de un mero instrumento al servicio de los intereses de la sociedad.

⁽⁶⁵⁾ *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ: *op. cit.*, p. 40.

⁽⁶⁶⁾ *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ: *op. cit.*, p. 43.

⁽⁶⁷⁾ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR: Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo*, tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 792.

⁽⁶⁸⁾ En cualquier caso, resulta constitucionalmente inadmisibile cualquier concepción de esta teoría como una *patente de corso* que sirva para limitar en abstracto e indeterminadamente los derechos fundamentales. Para evitar los previsibles efectos abusivos que comportan, PARADA VÁZQUEZ exige la nota de la voluntariedad en su CE como un fundamento imprescindible ésta (PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, tomo I, Parte General, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 432 y ss.).

⁽⁶⁹⁾ Sobre esta categoría subyace una disputa nominalística, de neto carácter bizantino, a modo de discusión sobre el sexo de los ángeles. Para orillar este aspecto superficial de la polémica quizás fuera oportuno utilizar acepciones que técnicamente aparecen como más neutras y no suscitan tanta inquina doctrinal. Así la acepción de *estatuto jurídico del*

resolver el problema. Lo cierto es que siempre, como se mire, ciertas instituciones administrativas necesitan de unas técnicas viables y de un marco jurídico especial para poder funcionar. Así lo postula LÓPEZ BENÍTEZ⁽⁷⁰⁾, que entiende que su fundamento se encuentra en “*el buen funcionamiento de las cosas administrativas*” o, en palabras de STERN, la Administración, para poder cumplir sus objetivos, es decir, para ser eficaz, necesita “*una cierta libertad de actuación*”⁽⁷¹⁾.

Dicho de otra forma, sea cual sea la técnica jurídica que se utilice, y *el nomen iuris* que se otorgue a esta categoría⁽⁷²⁾, ésta parece destinada a sobrevivir con ella⁽⁷³⁾, pues es la que confiere contenido específico jurídico a la relación funcional, diferenciando al funcionario del resto de los empleados públicos.

interno, propuesta por TÉLLEZ AGUILERA, *op. cit.*, pp. 21-88, y anteriormente por RODRÍGUEZ SUÁREZ, Joaquín, “El estatuto jurídico del interno” en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 125 y ss.

(70) Vid. LÓPEZ BENÍTEZ: *op. cit.*, p. 158.

(71) Vid. STERN, Klaus, *Derecho del Estado en la República Federal de Alemania*, *op. cit.*, pp. 604 y ss. Igualmente MERTEN entiende que la categoría aún puede dar juego en un Estado constitucional, y en las críticas que se hacen a la institución hay una demagógica “*fobia al Poder*”. (MERTEN, Detlef, “Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis”, en la obra, *Besonderen gewaltverhältnis*, Berlín, 1985, p. 56. Por ref. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*, Madrid, p. 85).

(72) Paralelo a este planteamiento, LASAGABASTER HERRARTE, “Las relaciones...”, *op. cit.*, pp. 425 y 426, que afirma que “Se opte por el nombre que se opte, la categoría jurídica no se utiliza como un ‘concepto’, sino como un ‘descriptor’”.

(73) Así SANTAMARÍA PASTOR dice que las relaciones de especial sujeción existen (o tienen necesariamente que existir), y es algo que no puede ponerse en duda. Mucho más problemático es determinar su intensidad y cuál es su ámbito de aplicación. Si optamos por prescindir de la categoría como *nomen iuris* por entender que comporta connotaciones autoritarias, necesariamente habremos de ofrecer una categoría jurídica alternativa que nos sirva para dar cobertura teórica a las especialidades que dichas situaciones fácticas comportan. (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho administrativo*, tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 792). También parece que la doctrina alemana se inclina por su supervivencia. Así DÜRIG entiende que se trata de una institución que permanece ahí en el sentido de configurarse como relaciones que crean obligaciones de la fidelidad, de los fines a cumplir. LOSCHELDER mantiene su existencia en el ámbito administrativo, si bien propone una sustitución terminológica, aludiendo a una “*vinculación particular*”. [Vid. DÜRIG, G. *VVDStRL* 37, 1979, p. 322, y LOSCHELDER, W., *Von besorendem Gexaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*, Colonia, 1982, pp. 159 y ss. Ref. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, *op. cit.*, p. 85).

V. *NE BIS IN IDEM* Y RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL

La regla *ne bis in idem*, cuyos orígenes más remotos se encuentran en el Libro de Sentencias de Paulo y el Decreto de Graciano, comporta la imposibilidad de sancionar o proceder criminalmente contra una persona una vez que su caso ya fue enjuiciado. Semejante posibilidad entrañaría una admisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, e inseparablemente una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia. Tiene una vertiente formal o procesal y una vertiente material o sustantiva.

El principio viene expresamente recogido tanto en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos como en el art. 4.1 del Protocolo 7 Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (aunque este último Protocolo, pese a estar firmado, no ha sido ratificado por España).

La STC 2/1981⁽⁷⁴⁾ considera que aunque no esté redactada expresamente en el texto constitucional cabe inducirla como una parte integrante del principio de legalidad. Está sentada y acreditada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad constitucional de la doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial y el fundamento de ambas sanciones no es coincidente.

Partiendo de esta premisa, la invocación de la relación de sujeción especial en que se encuentran los funcionarios ha facilitado al Tribunal Constitucional⁽⁷⁵⁾ y al Tribunal Supremo⁽⁷⁶⁾ la justificación de la acumulación de penas y sanciones disciplinarias por un mismo hecho. Parece que del particular estatus en que se encuentran los funcionarios deriva sin más la diversidad de bienes jurídicos protegidos por delitos e infracciones disciplinarias, sin necesidad de mayores argumentos sobre el fundamento concreto de cada sanción⁽⁷⁷⁾.

(74) STC 2/1981 (Sala 1.^a), de 30 de enero (Díez de Velasco Vallejo). Igualmente en la referida resolución se afirma que dicho principio supone “que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal” en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial que justifique el *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez por la potestad sancionadora de la Administración.

(75) La doctrina señalada ha sido reiterada por numerosos pronunciamientos; entre otras, SSTC 77/1983, 159/1985, 94/1986 y 112/1990, y AATC 150/1984, 721/1984 y 781/1985.

(76) Vid. STS (Sala 5.^a), de 30 de mayo de 2005 (Calderón Cerezo).

(77) La STS (Sala 3.^a), de 8 de octubre de 1986 (Martín del Burgo y Marchán): “en los Reglamentos de Régimen Disciplinario se tipifican una serie de faltas o infracciones administrativas relativas a los deberes y obligaciones del funcionario de acuerdo con la legalidad vigente, las cuales no se identifican plenamente con las que se recogen en el

Profundizando más en la cuestión la STC 234/1991 ⁽⁷⁸⁾: “*La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. (...) Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de una condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección*”. Modernamente se tiende, como enfatiza LOZANO SUÁREZ ⁽⁷⁹⁾, a buscar un análisis menos apriorístico y más proporcionado al caso a enjuiciar.

La STC 177/1999 ⁽⁸⁰⁾ entiende que la interdicción de dicho principio debe ser entendida respetando la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativo-disciplinaria. Profundizando sobre la anterior jurisprudencia, la STC 2/2003 ⁽⁸¹⁾ declara la imposibilidad de que la Administración lleve a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta de acuerdo al Código Penal o las

Código penal, que responden a principios inspiradores distintos a la específica finalidad de las del Régimen Disciplinario [...], ya que el proceso disciplinario es peculiar y tiene como finalidad determinar si, con independencia de una infracción legal de carácter general, se produjo también la de las normas específicas concernientes al desempeño de los deberes del cargo”. Enlazando con el último aspecto señalado, y en un intento de avanzar en la concreción del bien o bienes jurídicos específicamente protegidos por el Derecho disciplinario, algunas sentencias resaltan “[...] el significado eminentemente ético del Derecho disciplinario, en cuanto que su objetivo primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado, y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fija la ley; y por ello, en el Derecho sancionador disciplinario, predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto este último reservado a la jurisdicción penal y de ahí que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección”; en este sentido *vid.* STS (Sala 3.ª, Sec. 7.ª) de 18 de diciembre de 1991 (Conde Martín de Hijas) y STS (Sala 3.ª, Sec. 5.ª) 18 de diciembre de 1991 (Delgado Barrio).

⁽⁷⁸⁾ STC 234/1991 (Sala 2.ª), de 10 de diciembre (Rubio Llorente).

⁽⁷⁹⁾ *Vid.* LOZANO SUÁREZ, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 15, 2005, pp. 58 y ss.

⁽⁸⁰⁾ STC 177/1999 (Sala 1.ª), de 11 de octubre (García Manzano).

⁽⁸¹⁾ STC 2/2003, (Pleno) de 16 de enero (Casas Baamonde). La prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo a aquellos que pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de

leyes penales especiales, debiendo suspender su actuación mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.

Como explica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA ⁽⁸²⁾ “cuando existe una relación de especial sujeción se defiende el vínculo singular voluntariamente asumido que permite a la Administración ejercer su potestad sancionadora con independencia de la sanción penal”. Es este vínculo jurídico-estatutario (Estado-funcionario) el que posibilita la doble sanción, marcando una hipótesis distinta a la relación general Estado-ciudadano.

VI. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La STS 1292/ 2000 ⁽⁸³⁾, señala que las dos ideas nucleares de funcionario público, desde la perspectiva penal, son:

a) Existe un concepto propio del orden penal más amplio que el operativo en la esfera administrativa.

b) Lo que decide la condición de funcionario público es la participación en las funciones públicas.

Se trata, como señalan doctrina ⁽⁸⁴⁾ y jurisprudencia ⁽⁸⁵⁾, de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídica-política, acorde con el planteamiento político-criminal que exige por la lógica protección de determinados bienes jurídicos atendiendo a los criterios y fines de Derecho penal, que sólo coinciden eventualmente con los criterios del Derecho administrativo. En cualquier caso, como destaca RUIZ VADILLO ⁽⁸⁶⁾, para comprender la dimensión de la represión penal sobre el funcionario público hay que poner el acento en la función y no en la persona.

quien se halla sometido a un proceso penal. No prohíbe el doble «reproche aflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecidas por el mismo sujeto. Tras la STC se produce un cambio de doctrina frente a la que consideraba que la mera declaración de la sanción infringía el derecho fundamental.

⁽⁸²⁾ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Tratado de Derecho Procesal, 2.ª ed., Aranzadi/Thomson, Cizor Menor, 2007, p. 194.

⁽⁸³⁾ STS 1292/2000 (Sala 2.ª), de 10 de julio (Giménez García).

⁽⁸⁴⁾ Vid. *Código penal Comentado*, tomo I, CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, (dir.) Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 168.

⁽⁸⁵⁾ STS 1952/ 2000, (Sala 2.ª), de 19 de diciembre (Martín Pallín).

⁽⁸⁶⁾ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique en *Comentarios al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido), Trivium, Madrid, 1997, p. 897.

Como señala VIVES ANTÓN, a efectos penales de la función pública, para conferir la atribución de funcionario, son exigibles tres clases de requisitos:

- a) Subjetivo: Función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público.
- b) Objetivo: Es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público.
- c) Teleológico: Función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos.

En definitiva, nos enfrentamos ante una ampliación subjetiva de la línea punitiva de protección, se trata de un concepto más amplio que el administrativo, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y, de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo⁽⁸⁷⁾, e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia⁽⁸⁸⁾, de un concepto “nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho penal y que, sólo eventualmente, coincide con los criterios del Derecho administrativo”.

Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos, mas con ello se produce necesariamente una decoloración del concepto y a la vez produce que se reprende de la misma forma al funcionario de carrera que al sucedáneo de dicho concepto.

(87) SSTS 1292/2000 (Sala 2.ª), de 10 de julio (Giménez García); 68/2003 (Sala 2.ª), de 27 de enero; 333/2003, de 28 de febrero, y 663/2005 (Sala 2.ª), de 23 de mayo, (Berdugo y Gómez de la Torre).

(88) SSTS (Sala 2.ª), de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000.

En cuanto a la noción de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones, públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Igualmente, en la STS 1292/2000 ⁽⁸⁹⁾, se dice que “*lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública*”. En la STS 68/2003 ⁽⁹⁰⁾, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, se afirma que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública”. Asimismo, en la STS 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo “*verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos*” ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ STS 1292/2000 (Sala 2.ª), de 10 de julio (Giménez García).

⁽⁹⁰⁾ De igual forma la STS 1590/2003 (Sala 2.ª), de 22 de abril de 2004 (Conde-Pumpido Tourón). También conocido como el “caso Intelhorce”. Así en el FJ 13.º se afirma que se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente “la participación en la función pública”. Se castiga como funcionario al Presidente de Improasa, pues cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”.

⁽⁹¹⁾ En la STS 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que “la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común”.

Mas no se puede desconocer que la noción de “servicio público” en el plano administrativo se halla en plena crisis, cuando no en franco declive. Tras el conocido fenómeno de la privatización de la mayoría de los entes administrativos que desempeñaban estas funciones el fenómeno galopante de la “huida del Derecho administrativo”⁽⁹²⁾ parece no poder detenerse. Parece cuando menos problemático asentar un concepto penal (con la necesidad de seguridad jurídica que le es inherente) sobre una noción administrativa tan discutible y difusa⁽⁹³⁾.

Asumiendo este concepto de “servicio público”, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio, tales como alcalde y concejales⁽⁹⁴⁾. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la Administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas.

⁽⁹²⁾ Sobre éste *vid.* DEL SAZ CORDERO, Silvia, “La huida del derecho administrativo: aplausos y críticas”, *Revista de administración pública*, núm. 133, 1994, pp. 57-98; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, *Revista de administración pública*, núm. 140, 1996, pp. 25-68.

⁽⁹³⁾ En ocasiones, como en la prevaricación administrativa urbanística, la dicción del tipo excluye a funcionarios que desempeñan funciones relevantes aunque no resolutivas. Así VERCHER NOGUERA critica que existe un importante número de funcionarios o Autoridades que pueden intervenir a través de informes, dossieres, proyectos, etc., y cuya intervención podría ser determinante para la decisión final. El autor se lamenta de que el artículo no comprende otras figuras tales como los expertos o asesores independientes, técnicos contratados, etc., que aun no siendo funcionarios o autoridades pueden tener también una intervención esencial y decisiva en ese resultado final. (*Vid.* VERCHER NOGUERA, Antonio, “Delitos contra la ordenación del territorio: notas sobre su tratamiento por el Ministerio Fiscal”, *Ley del Suelo y Corrupción, Cuadernos de derecho público*, núm. 31, 2007, pp. 155-157).

⁽⁹⁴⁾ STS 485/2006 (Sala 2.ª), de 28 de abril (Maza Martín).

La jurisprudencia ha venido considerando que quien participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento, debe ser considerado funcionario público, así lo es el presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales (STS 1590/2003⁽⁹⁵⁾); un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados” (STS 576/2002⁽⁹⁶⁾), precisándose más adelante en esta sentencia que “su función, como dispensador de productos médicos a través de la Seguridad Social, ya central, ya autonómica, le hace merecedor de esa consideración funcional en cuanto tal función la ejercía por la simple designación como Farmacéutico Titular, con todos los beneficios y todas las obligaciones que tal cargo supone”. También merece esta consideración un médico de la Seguridad Social (STS 2361/2001⁽⁹⁷⁾), considerando que *“dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública”*⁽⁹⁸⁾.

(95) STS 1590/2003 (Sala 2.^a), de 22 de abril (Conde-Pumpido Tourón). También se considera a quienes actúan como presidente de sociedad anónima estatal encargada de la gestión de inmuebles de titularidad pública y a los empleados de concesionarios de servicios públicos y gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública.

(96) STS 576/2002 (Sala 2.^a), de 3 de septiembre (García Ancos). A los meros efectos penales, en el delito de estafa, se considera funcionario público al farmacéutico titular por estar en relación con los organismos públicos de salud respecto a los asegurados. Del mismo modo, las SSTS de 15 de junio de 1979 y de 7 de abril de 1981 mantienen que a los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del —antiguo— Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal.

(97) STS 2361/2001 (Sala 2.^a), de 4 de diciembre (Ramos Gancedo). Referido al delito de uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su cargo o de una información privilegiada. Reconsidera funcionario al jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de un centro hospitalario público que utilizaba datos personales de mujeres a las que asistían en dicho servicio para, posteriormente, captarlas como pacientes en su clínica privada.

(98) Señalando esta sentencia, además, que “la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en las SSTS de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, y la de 7 de noviembre de

En el mismo sentido, en relación con delitos de atentado, la STS de 26 de febrero de 1991 ⁽⁹⁹⁾ confirmó la condena por atentado contra un catedrático de universidad al haber sido agredido por un alumno al que había suspendido. Y la STS de 22 de julio de 1988 ⁽¹⁰⁰⁾, por atentado contra funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria; en la STS 1183/1993 ⁽¹⁰¹⁾, confirmando una condena por dicho delito de atentado, se consideró funcionario público a la víctima, médico de la Seguridad Social, argumentando que la “actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración Pública”. En la STS de 7 de abril de 1981 ⁽¹⁰²⁾ se declaró de forma terminante que posee la conducción de funcionario el médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante como la salud pública”. Y la STS 876/2006 ⁽¹⁰³⁾ confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima el director-conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

La reciente Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado sobre agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo, de 25 de noviembre, entiende que para catalogar a un sujeto como funcionario público es preciso que su actividad incida en el ejercicio de las funciones públicas realizadas en actividades vinculadas a los principios básicos de convivencia, orden político y paz social de una sociedad democrática.

este mismo año 2001”, los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, además, la STS de 10 de octubre de 1997 considera que ostentan la calidad de funcionarios públicos, en tanto que dicho “Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” (STS 789/2001, de 10 de mayo).

⁽⁹⁹⁾ STS (Sala 2.ª), de 26 de febrero de 1991 (Huerta y Álvarez de Lara).

⁽¹⁰⁰⁾ STS (Sala 2.ª), de 22 de julio de 1988 (García Ancos).

⁽¹⁰¹⁾ STS 1183/1993 (Sala 2.ª), de 20 de mayo (Móner Muñoz).

⁽¹⁰²⁾ STS (Sala 2.ª), de 7 de abril de 1981 (Hijas Palacios).

⁽¹⁰³⁾ STS 876/2006 (Sala 2.ª, Sec. 1.ª), de 6 de noviembre (Martínez Arrieta).

De lo expuesto se desprende el carácter de función pública que se establece desde el punto de vista penal de la vinculación con la prestación de un servicio público.

VII. SITUACIÓN PENAL DE LOS INTERINOS, CONTRATADOS LABORALES Y TRABAJADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ESTATALES

Ya la STS de 30 de septiembre de 1992 ⁽¹⁰⁴⁾ asimila al concepto de funcionario *stricto sensu* a los llamados “funcionarios de hecho” que desempeñan una función pública aunque no reúnan las calificaciones o legitimaciones requeridas, encuadrando bajo este concepto a los interinos, sustitutos, etc. Bajo estos conceptos se encuadran un grupo difuso y heterogéneo de empleados públicos amalgados por una situación jurídica mucho más precaria y endeble que las referentes: los funcionarios que poseen la plaza en propiedad.

El problema es que, como la propia sentencia indica, dicho cuadro jurídico no es totalmente asimilable, lo que debería ser contemplado, en principio, como una fuente de atenuación. En definitiva, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni de permanencia, sino fundamentalmente “la participación en la función pública”, a la que debe accederse por cualesquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto ⁽¹⁰⁵⁾.

Existe una jurisprudencia persistente ⁽¹⁰⁶⁾ en el tiempo en relación a que, a efectos penales, tan funcionario público es el titular, o “de carrera”, como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante jurisprudencialmente es que dicha persona se encuentre al servicio de los entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitiva. Pero, a la par, no se advierte ninguna tendencia que intente atemperar el rigor punitivo sobre la base de las diferentes situaciones fácticas que subyacen detrás de esta interpretación extensiva.

El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos ⁽¹⁰⁷⁾, gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo

⁽¹⁰⁴⁾ STS 2024/1992 (Sala 2.^a), de 30 de septiembre (Moyna Ménguez).

⁽¹⁰⁵⁾ STS 1590/2003 (Sala 2.^a), de 22 de abril (Conde-Pumpido Tourón).

⁽¹⁰⁶⁾ STS 252/2008 (Sala 2.^a, Sec. 1.^a), de 22 de mayo (Berdugo y Gómez de la Torre). Del mismo modo SSTs (Sala 2.^a), 8 de octubre de 1990, 1292/2000 (Sala 2.^a), de 10 de julio, (Sala 2.^a), de 4 de diciembre de 2002, o 1544/2004 (Sala 2.^a), de 23 de diciembre (Giménez García).

⁽¹⁰⁷⁾ SSTs (Sala 2.^a), de 19 de diciembre de 1999, y 1590/2003 (Sala 2.^a), de 2 de abril de 2004 (Conde-Pumpido Tourón).

patrimonio se integra en el de una Administración Pública ⁽¹⁰⁸⁾, así como a las entidades estatales reguladas en el art. 6.2 de la LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público, el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado ⁽¹⁰⁹⁾.

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso ni la categoría, por modesta que fuere, ni el sistema de retribución ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión ni aun la estabilidad o temporabilidad ⁽¹¹⁰⁾, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento ⁽¹¹¹⁾.

En este sentido nos encontramos casos de otro tipo de trabajadores que, aun cuando están vinculados a un servicio o función pública, no tienen una figura paralela en el ámbito estatutario de la Administración Pública por ser trabajadores por cuenta ajena. Dentro de este grupo nos encontramos un heterogéneo grupo emparejado por la jurisprudencia, así: los auxiliares del Registro de la Propiedad ⁽¹¹²⁾, los empleados de las notarías (STS de 28 de febrero de 1974), el

⁽¹⁰⁸⁾ STS 590/1997 (Sala 2.^a), de 29 de abril (Cotta Márquez de Prado). En relación al servicio público de radiodifusión y televisión en la Comunidad de Madrid.

⁽¹⁰⁹⁾ STS 1889/2002 (Sala 2.^a) de 13 de noviembre (Andrés Ibáñez). La resolución entiende que nos hallamos ante un delito de malversación de caudales públicos, pues eran fondos públicos, al ser la titular una sociedad estatal, integrada en el sector público y que tenía por objeto la prestación de un servicio público.

⁽¹¹⁰⁾ STS 2361/2001 (Sala 2.^a), de 4 de diciembre (Ramos Gancedo). La STS proclama la cualidad de funcionario público a efectos penales de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social, con independencia de la fuente de su contratación. También la STS (Sala 2.^a), de 11 de octubre de 1993 (Carrero Ramos). Se considera funcionario al ordenanza de un organismo oficial de la Administración autonómica, pues participa a ese nivel del ejercicio de funciones públicas.

⁽¹¹¹⁾ STS 68/2003 (Sala 2.^a), de 27 de enero (Delgado García). Se afirma en el FJ 2.^o que “no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para ello, incluso con sometimiento de la relación jurídica correspondiente al Derecho Laboral”. (En el caso analizado en la resolución era un director-gerente del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Aceros Especiales).

⁽¹¹²⁾ STS 175/1997 (Sala 2.^a), de 15 de febrero (Bacigalupo Zapater).

soldado cartero accidental⁽¹¹³⁾, los empleados de concesionarios de servicios públicos⁽¹¹⁴⁾, empleados del sindicato de regantes⁽¹¹⁵⁾ o los empleados de la actual Sociedad Estatal de Correos SA⁽¹¹⁶⁾.

También se sanciona como funcionario al asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la Administración de Lotería⁽¹¹⁷⁾. Y, como ya vimos, se asimila al concepto de funcionario público al empleado laboral del Ayuntamiento encargado de entregar recibos de entrega de dinero a terceros⁽¹¹⁸⁾. También se considera así al gerente de personal del Ayuntamiento⁽¹¹⁹⁾ y a un contratado laboral de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la Comunidad Autónoma, en la que prestaba sus servicios como subalterno con el cargo de ordenanza⁽¹²⁰⁾.

En el lado opuesto, no se consideran funcionarios públicos a los efectos penales a los vigilantes jurados o empleados de seguridad privada⁽¹²¹⁾. Tampoco lo es un trabajador laboral, mecánico oficial de primera, en una empresa concesionaria de un servicio de ITV dependiente de la Generalitat⁽¹²²⁾.

(113) STS (Sala 2.ª), de 31 de octubre de 1992 (Bacigalupo Zapater). Se afirma que un soldado encargado por la autoridad militar competente participa del ejercicio de una función pública.

(114) STS 1590/2003 (Sala 2.ª), de 22 de abril (Conde-Pumpido Tourón).

(115) STS (Sala 2.ª), de 9 de marzo de 1992.

(116) Son numerosas las sentencias que recogen al primitivo empleado de correos como funcionario (SSTS 1843/1993 de 22 de septiembre y 1425/1997, de 26 de noviembre) pero hasta la fecha no se ha abordado el tema de los futuros empleados de la Sociedad Estatal de Correos SA, aunque dado el sentir de la jurisprudencia nada apunta a que habrá cambios cualitativos en su asimilación a la figura funcional.

(117) STS 1544/2004 (Sala 2.ª), de 23 de diciembre (Giménez García), que asimila al concepto de funcionario público a un asalariado de la administradora con la que estaba unido sentimentalmente. Sin embargo, en la STS 1433/2003, de 28 de octubre, no merece la referida consideración un contratado verbal de la Administración de Lotería cuya función consistía en entregar décimos de ésta a empresas determinadas y cobrar inmediatamente su importe.

(118) STS 1292/2000 (Sala 2.ª), de 10 de julio (Giménez García).

(119) STS 37/2003 (Sala 2.ª), de 22 de enero (Conde-Pumpido Tourón).

(120) STS 2208/1993 (Sala 2.ª), de 11 de octubre (Carrero Ramos).

(121) SSTS 2500/1992 (Sala 2.ª), de 18 de noviembre (De Vega Ruiz), y 806/1993 (Sala 2.ª) de 7 de abril (Granados Pérez). Se llega a esta conclusión en base a la redacción de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

(122) STS 1122/2007 (Sala 2.ª, Sec. 1.ª), de 10 de diciembre (García Pérez) debido a que no queda clara “su posición jerárquica dentro de la empresa”.

Últimamente se nota cierta tendencia restrictiva consagrada en la ya tan comentada Consulta de la Fiscalía 2/2008, que entiende que los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque éstas —en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración— participen en el ejercicio de actividades propias del sector público, no ostentan por este mero hecho la condición de funcionarios a efectos penales. Esto es así, pues basándose en el principio de la taxatividad de los tipos penales su designación no se realiza con la suficiente precisión por alguna de las tres formas expresadas en el art. 24.2 del CP —disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente—, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales.

VIII. CONCLUSIONES

La razón primaria que debería justificar la represión de la actuación de todo funcionario público es la vulneración de su deber de fidelidad hacia lo público, concretamente hacia la Administración constitucional y los principios inherentes al Estado de Derecho.

Parece de todo punto necesario configurar una categoría armónica entre las cargas y deberes exigibles al funcionario y su posterior represión penal. Este divorcio legislativo genera enormes desequilibrios y agravios comparativos. Hemos de recordar que los principios fragmentario y de intervención mínima exigen que la primera respuesta, más superficial, frente a conductas que sólo atacan periféricamente los valores constitucionales contenidos en el art. 103 de la CE, sea disciplinaria y sólo frente a las conductas más graves se debe reaccionar con la vara penal. Mas en este campo la reacción penal es más extensa subjetivamente que la administrativa, es decir el Derecho penal acude a ámbitos donde el Derecho administrativo no reacciona. Como consecuencia, al descolocar los instrumentos de coacción represiva haciéndolos divergentes, se produce el efecto de desproporcionar la reacción punitiva, colocándola en la primera línea de reacción disciplinaria.

Cabe la posibilidad de plantearse que el Derecho penal abandone el concepto estricto de funcionario y opte por asumir el concepto penal más amplio, pero más concreto (y menos equívoco), de “empleado público”, siguiendo la estela de la nueva normativa administrativa.

Esta amplia acepción jurisprudencial de la noción de funcionario público, unida al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente mediante concesiones o empresas estatales, en la vida pública están produciendo un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que contemplan primaria y originariamente al funcionario *strictu sensu* como servidor público estandarizado y sólo de modo relativo y secundario a otras figuras residuales. En mi opinión, deberían delimitarse los delitos

relacionados con el deber de fidelidad propio del estatuto funcional diferenciándolo de aquellas situaciones en las que el servidor público meramente coadyuva en misiones caracterizadas por el *ius imperium* (en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción). No obstante, *lege ferenda* sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ése fuera finalmente el designio del legislador.

Uno de los propósitos que debería tener el Ordenamiento jurídico es repeler las antinomias y disonancias irreductibles que se producen en su seno, *a fortiori* se advierte una tendencia incontrovertible a ampliar la distancia entre el concepto penal y administrativo de funcionario público. Frente a la unidad estatutaria auspiciada por el art. 103.3 del la CE no encontramos ante una patente bipolarización del concepto de funcionario, que se muestra ambiguo o esquizoide. Dicha disociación de ideas y conceptos entraña, como es fácil de deducir, graves agravios comparativos, pues se trata por igual situaciones que son radicalmente distintas. Con ello se menoscaba el principio de equidad (en su acepción de *suum cuique tribuere*) pues se castiga por igual situaciones que son radicalmente distintas, y que sólo en base a extrapolaciones conceptuales y teleológicas se ha conseguido equiparar.

Esta exacerbación punitiva se sostiene jurisprudencialmente en base a que la figura *sui generis* penal del funcionario viene justificada en atención a “*un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del Derecho administrativo*”⁽¹²³⁾.

Existen determinados sujetos, como pueden ser el personal laboral o el integrado en las denominadas Sociedades Anónimas estatales y, en menor grado, los interinos, que difícilmente podrán alcanzar la condición funcional y sobre quienes el Derecho penal reacciona con una contundencia que no es proporcional a una situación laboral mucho más precaria. Además, la sociedad no tiene el mismo nivel de exigencia y reprochabilidad que sobre aquellos que gozan de una situación mucho más estable y segura. El frecuente compromiso vitalicio del funcionario con su Administración se traduce en un deber de *fidelitas* que aumenta la antijuricidad y reprochabilidad por la deslealtad hacia el cumplimiento de sus cometidos. El contorno periférico es muy distinto, otra

⁽¹²³⁾ FJ 13.º de la anteriormente citada STS 1590/2003 y STS 37/2003 (Sala 2.ª), de 22 de enero (Conde-Pumpido Tourón) (FJ 4.º).

cosa sería que el Derecho penal asumiera la moderna (y más precisa) figura del empleado público.

Al tratar criminalmente por igual situaciones que no lo son, se corre el riesgo de quebrar el principio de igualdad material frente a la ley consagrado en el art. 14 de la CE, interpretado conforme a la jurisprudencia constitucional⁽¹²⁴⁾. Aunque, como bien es sabido, dicha jurisprudencia constitucional sostiene que “el derecho a la igualdad que consagra el art. 14 de la CE ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual siendo ajeno al ámbito de este precepto la llamada discriminación por indiferenciación”⁽¹²⁵⁾.

Por lo tanto, existen determinadas connotaciones en el concepto de funcionario público (deber de fidelidad bajo juramento o promesa, estabilidad, vinculación de permanencia, etc.) que no podemos encontrar o podemos encontrar en un modo muy distinto en los trabajadores laborales, en los interinos o en los meros asociados al ejercicio de funciones públicas. Por ello, resulta loable la postura de la Consulta 2/2008 de la FGE, en relación exclusivamente al delito de atentado, que margina del concepto de funcionario público a los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque actúen en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración.

Debería establecerse *lege ferenda* en el campo penal algún tipo de atenuación a quienes, aun siendo responsables en el campo penal como funcionarios públicos, no merecen administrativamente esta condición sino tan sólo la de empleado público por analogía así por ejemplo el personal al servicio de las sociedades anónimas estatales (Correos, de infraestructuras del transporte terrestre, etc.).

Otra de las variables a examinar es que la ciudadanía —con su conocimiento paralelo en la esfera de lo profano— tiene una noción de funcionario sociológicamente distinta a la del legislador penal y más afín a la noción burocrática. Lógicamente, estos distintos modos de concebir el concepto de funcionario repercuten en una mayor confusión. Se generan equívocos sobre quién es y quién no es funcionario, lo que puede incidir en la aparición de errores de tipo, tanto vencibles como invencibles. A nuestro juicio dicha eventualidad no ha sido suficientemente analizada por la jurisprudencia.

(124) STC 86/1985 (Sala 2.^a), de 10 de julio (Rubio Llorente) y STC 156/2003, de 15 de septiembre (García Manzano).

(125) STC 49/2002 (Sala 1.^a), de 25 de febrero (Casas Baamonde) (FJ 2.^o).

En este sentido, coincidimos con RUIZ VADILLO⁽¹²⁶⁾ cuando afirma que cuando nos encontramos *extraneus* a la condición propia de funcionario debería fijarse una pena especialmente atenuada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Tal vez sería conveniente analizar la posibilidad de aplicar *ad hoc* una atenuante analógica o de configurar *lege ferenda* una norma análoga al nuevo art. 65.3 del cuerpo legal para el *extraneus* en los delitos especiales propios.

Se advierte en la jurisprudencia una tendencia hacia la inflación progresiva del concepto que no va aparejada con una delimitación negativa clara sobre las barreras, lo que repercute en la convicción de que cualquier tarea vinculada con la función o el servicio público sea sospechosa de incardinarse en tal concepto normativo penal. La situación se hace aún mucho más confusa teniendo en cuenta la abierta crisis del concepto “servicio público” y el proceso irrefrenable de “huida del Derecho administrativo” que le es anejo.

Finalmente, contemplando el Ordenamiento jurídico como un todo armónico *lege ferenda* se hace necesario instaurar un concepto penal más estricto, paralelo y uniforme entre ambos sectores del Ordenamiento. El divorcio de ambas legislaciones es poco compatible con la lectura constitucional del art. 103.3 de la CE, con el principio de igualdad material de situaciones y con el hecho de que, conforme a los principios fragmentario y de intervención mínima, el Derecho penal debe ser conceptuado como la última línea de defensa. Hoy por hoy, se creado un marco jurídico penal inflado que puede traducirse en una palpable situación de confusión generalizada, porque un empleado contratado por temporada de una sociedad anónima de Correos responde igual que un funcionario de carrera de toda la vida, equiparándolo completamente en lo negativo pero desconociendo que sus expectativas laborales son absolutamente disímiles.

En conclusión, examinando el latir de la jurisprudencia, se ha amalgamado, un tanto artificialmente, a un heterogéneo grupo de profesionales reunidos en torno a un concepto tan ambiguo, controvertido y difuso como el de “servicio público” que subyace tras la equívoca etiqueta de funcionario público penal. Se genera a los meros efectos represivos una nada recomendable dicotomía entre dos sectores del ordenamiento jurídico. Bajo el *nomen iuris* administrativo “funcionario público” se cobija una lógica y una sistemática interna administrativa que no puede ser arbitrariamente retorcida y desfigurada en el campo penal sin comportar paralelamente graves distorsiones en la necesaria unidad y armonía del Ordenamiento. Además, esta bifurcación normativa donde se sobrecarga desmesuradamente a efectos represivos un concepto administrativo, genera nu-

⁽¹²⁶⁾ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *op. cit.*, p. 897.

merosos vejatorios agravios comparativos y confusiones, convirtiendo en equívoco un concepto que no lo es. En definitiva, hemos realizado una crónica de las múltiples disfuncionalidades derivadas de adelantar la barrera jurídica punitiva soslayando y omitiendo la primaria barrera administrativa.

Con base a la cláusula de tipicidad contenida en el art. 24 del CP, se ha ido progresivamente avanzando tanto en la interpretación extensiva que se ha llegado a utilizar subrepticamente la analogía contra reo, ninguneando principios penales tan sagrados como el de la *lex certa*, y el de la taxatividad de los tipos. Sólo así *verbi gratia*, se puede llegar a entender que un contratado laboral eventual o por temporada de una sociedad anónima, como por ejemplo, el antiguo servicio público postal merezca ser incluido en la categoría y, procesalmente, en determinados delitos ser sometido, en base a tal condición, ante un jurado popular.

Una vez más, todo el problema surge como una derivación de la aparentemente irresistible tendencia estatal a perder el norte desdibujando la frontera entre la más amplia área administrativo-disciplinaria y el necesario pero más reducido espacio destinado a la represión criminal.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES Y DERECHO PENAL

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL

I. ANTECEDENTES

La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén, dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 267/2008, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cazorla, condenó a la acusada como autora de un delito de maltrato del artículo 153.2 y 3 del Código Penal, declarando probado que, encontrándose en el domicilio familiar, recriminó a su hijo por no haber hecho los deberes, a lo que el niño respondió tirándole una zapatilla y escondiéndose en el cuarto de baño, donde la madre, al alcanzarle, le agarró por el cuello y, cuando se encontraba sobre el lavabo, le dio un tortazo por detrás de la cabeza, lo que hizo que se golpeará en la nariz y sangrara, con el resultado de contusiones y hematomas que se calificaron como lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar. Sobre tal fundamento fáctico la sentencia evoca como bien jurídico protegido la paz familiar, entendiendo que “nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otra...”, argumentando a continuación que no se exige un dolo específico, sino que basta con que se ejecute la acción descrita por el tipo cuando entre el agresor y la víctima se dé una de las relaciones previstas y de las circunstancias concurrentes se infiera que existía una situación de dominio de un miembro sobre el otro.

Añade que ha quedado acreditado el acto de agresión descrito aludiendo a que “en el Juicio Oral la acusada ha reconocido los hechos (...) y que (el niño) se golpeó en el lavabo de manera accidental, habiéndose llegado a la conclusión —añade— de que todo sucedió tal y como relató en el Juicio Oral por haber mantenido dicha versión de manera reiterada...”, por lo que el único debate que se plantea es si tal actuación tiene cabida en el derecho de corrección de los padres, concluyendo que una agresión física como la descrita no puede considerarse comprendida dentro de la moderación que, en el momento de los hechos, establecía la legislación civil.

Termina la sentencia reflexionando en torno a la concurrencia o no del dolo de lesionar, considerando al respecto que “la acusada obró con un dolo eventual pues (...) tuvo que prever las consecuencias lesivas que se produjeron y sin embargo las aceptó y actuó...”.

Recurrida dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, considerando que la pena estaba mal impuesta y que procedía su incremento hasta los 65 días de privación de libertad, ante la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Jaén, estimó ésta el recurso en el sentido indicado, pero proponiendo expresamente el indulto por entender que se podría llegar a “una situación de desamparo por la aplicación imperativa y rigurosa de una norma penal que en el caso, no grave y aislado en el seno familiar, la Sala considera no resultaría proporcionada, ni aun necesaria a los efectos de la finalidad de la misma, de reeducación y protección de la víctima”.

El indulto fue efectivamente concedido por decisión del Consejo de Ministros por Real Decreto 606/2009, de 8 de abril, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 113, de 9 de mayo de 2009.

II. ESTIMACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PROBLEMA

La concesión del beneficio del indulto ha vuelto a traer a primer plano la sentencia que citamos y la problemática que en ella se examina, en materia, como hemos visto, del ejercicio del derecho de corrección por los padres y de sus limitaciones.

No es, pues, ocioso examinar la problemática jurídico-penal que los hechos de la sentencia evocan, tomando como punto de partida las dificultades que apareja la educación, en general, y la de los hijos, en particular: “... hay dos descubrimientos humanos que podemos considerar como los más difíciles: el arte de gobernar a los hombres y el de educarlos” (Kant).

Se trata de dificultades que, como es obvio, se proyectan, de una parte, en cuanto a la determinación de los fines del proceso educativo y, de otra, a la fijación de los medios o instrumentos para llegar a alcanzarlos, teniendo en cuenta, aunque no fuese necesario recordarlo, que la educación —“incorporación ordenada de bienes culturales con vistas a su comprensión y transformación”— abarca, por definición, tales aspectos condicionados en todo caso por las circunstancias previas del educador y sus ideas fundamentales en cuanto al hombre y su posición en el mundo. Desde aquí se graduará la mayor o menor espontaneidad del orden que se patrocine, suscitando la aparición del modelo de que se trate en concreto, y siempre oscilando entre un límite máximo de libertad y uno mínimo de autoridad, a la búsqueda, en todo caso, de una asimilación más perfecta, y en cuyos modelos desempeñarán un inevitable papel de incidencia variable, según los casos, la disciplina, la corrección y el castigo.

Por ello, desde luego a efectos penales, nos parece inocuo e inoperante el hecho de la derogación del último inciso del artículo 154 del Código Civil: “Los padres (...) podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

No compartimos, por tanto, la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, en lo que a este tema se refiere,

al anunciar que “... se aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”.

Se trataba, en efecto —a tenor de este precepto— de “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Pues bien, el ordenamiento jurídico español, en el artículo 27.1 y 3 de la Constitución, formula el derecho fundamental a la educación, de manera que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. En el mismo sentido, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952, instrumento de ratificación de 2 de noviembre de 1990, y publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 11, de 12 de enero de 1991, a efectos de su vigencia interna (artículo 96.1 de la Constitución) garantiza que “a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres para asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Finalmente, el ya citado artículo 154 del Código Civil asigna la patria potestad a los progenitores y precisa que “se ejercerá siempre en beneficio de los hijos (...) y comprende los siguientes deberes y facultades: (...) educarlos y procurarles una formación integral”.

En definitiva, si los padres educan y forman, inevitablemente, también disciplinan, corrigen y castigan. A ellos mismos, pues, corresponderá la elección de objetivos y medios a tales efectos, lo que nunca podrá dejar de tener un fundamento subjetivo atendiendo a lo que en cada caso, según la propia experiencia y grado de cultura, se conoce y se asume como algo apropiado a normas morales y exigencias utilitarias: lo que es natural y lo que es práctico.

Por todo ello, aparte de supuestos de violencia de mayor entidad o habitualidad en los malos tratos, difícil encaje jurídico-penal tiene el hecho que constata la sentencia aludida, ya que, por una parte y como es bien sabido, no siempre es posible la punición de la imprudencia, dada la estrategia legislativa en este punto (artículo 12 del Código Penal) y, por otra, el propósito educativo —núcleo de la voluntad— excluye la malicia del delito doloso, siendo realmente

discutible la estimación del dolo eventual, máxime a la vista de la equívoca argumentación en que tal estimación se fundamenta en la sentencia. En efecto, es muy ambigua la expresión “tuvo que prever las consecuencias lesivas que se produjeron y sin embargo las aceptó y actuó...”, ya que puede entenderse que, no obstante estar obligada a ello, no previó las consecuencias lesivas que se produjeron, lo que, a todas luces, impediría la estimación que, sin embargo, la sentencia patrocina, mientras que la interpretación contraria basada en ese “tuvo que prever” implicaría una presunción *contra reo* que había de conducir, según nuestro criterio, a la desestimación de las conclusiones en cuestión, máxime a la vista de que si llega “a la conclusión de que todo sucedió tal y como (la madre) relató en el juicio oral” tenía que haber aceptado también “que se golpeó en el lavabo de manera accidental...”.

Sin embargo, antes de llegar tan lejos con aquella afirmación en cuanto a la criminalización del hecho, habría que preguntarse si el Estado está legitimado para irrumpir en el ámbito familiar, dando a la madre precisamente el trato que a ésta le prohíbe penalmente con respecto a la persona de su hijo.

Creemos, en efecto, que esto pudiera ser así por dos razones que concurren, al menos, en este caso concreto:

1.^º Porque cabría pensar en un error de prohibición que, por afectar al fundamento de ésta, nos llevaría al núm. 1 del artículo 14 del Código Penal y, por ende, a la impunidad.

2.^º Porque tampoco parece acertado afirmar que “para culminar el delito del artículo 153 del Código Penal, basta con que se ejecute la acción descrita por el tipo cuando entre agresor y víctima se dé una de las relaciones del artículo 173.2 del Código Penal y que del entorno de circunstancias se infiera que existía, aunque fuera puntualmente, una situación de dominio de un miembro sobre el otro...”. En efecto, si no ha sido fácil limitar el ámbito de la alevosía —supuesto extremo y especialmente cualificado de dominio de uno sobre otro— únicamente a los supuestos en los que no sólo se da el desequilibrio de fuerzas, sino también la conciencia de que es así y la voluntad de servirse de ello, no podemos compartir que la doble exigencia objetivo-subjetiva no se proyecte a la situación de dominio a que la sentencia se refiere a los efectos de la condena que instrumenta.

Por otro lado, atendiendo al criterio de intervención mínima, la respuesta ha de ser forzosamente negativa. Se trata de un principio pacíficamente aceptado, como es bien sabido, al menos en la fase legislativa, pero ello no impide su estimación, también, en la judicial a efectos interpretativos, y así lo tiene expuesto la Sala Segunda del Tribunal Supremo, concretamente en la Sentencia de 19 de enero de 2002, que admite que puede servir de orientación como “postulado razonable” de política criminal *pro reo*.

No significa esto aprobar los castigos violentos y desproporcionados, ni abogar por la impunidad de la brutalidad, en su caso, de éstos, sino buscar fuera del Derecho Penal la solución a los problemas que ello entraña, al menos para los supuestos menos relevantes y contradictorios con los principios a que debe responder nuestra especialidad. Desde este punto de vista, nos parece que bien pudo merecer el supuesto que nos ocupa una depuración menos extrema de lo que el remedio penal efectivamente representa. Dadas las circunstancias de orden, tanto objetivo como subjetivo, sin duda, no fue tan grave la perturbación del orden jurídico, ni el aparente o real exceso en el castigo desbordaba tan radicalmente los límites del Derecho, que, de otra manera, lo hubiese amparado sin discusión posible, con lo que el Estado hubiese podido recurrir a instrumentos más ponderados e instalados probablemente en ese creciente proceso de privatización del Derecho Penal al que asistimos en extraña y patente paradoja con la hipertrofia de la actividad legislativa en la creación de nuevos comportamientos delictivos, muchas veces poco meditada. Los mecanismos de mediación familiar, por ejemplo, suficientemente implantados y reconocidos, hubiesen podido ser más que satisfactorios. No olvidemos —según es sabido— que el principio de intervención mínima vedaría recurrir a la pena —“la pena hierre”— si el equilibrio roto se puede restablecer mediante expedientes menos severos.

Todo ello aún es más verdad si, como en el caso que nos ocupa, se ha perdido la necesaria inmediatez entre la pena y el hecho castigado. Han pasado más de dos años entre la una y el otro y ello la hace inútil e, incluso, contraproducente. No tiene, pues, sentido su aplicación.

Desde este punto de vista, bueno será acudir a la perspectiva constitucional: cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC núm. 55/1996).

Pero más grave se nos presenta la cuestión desde la perspectiva del objeto de protección de la norma, a la vista de que el bien jurídico protegido concierne al ejercicio de la patria potestad, lo que se entiende vinculado sólo e indiscutiblemente al beneficio del niño.

Así, a la luz de este principio interpretativo, incluso por muy éticamente reprochable que el hecho fuera, no sería éste el único caso en que el Derecho Penal se abstiene de interferencia alguna en la inteligencia de que, siendo, según decimos, remedio tan radical, su intervención habría de ser más perturbadora para el mundo de emociones y afectos que implica la convivencia familiar que la impunidad misma. No otro sentido tiene, claro está, la excusa absolutoria

—irresponsabilidad criminal— que contiene el artículo 268 del Código Penal, en materia de la delincuencia contra el patrimonio, que éste especifica, tratándose del círculo de próximos parientes que se citan.

El propio Tribunal Constitucional tiene dicho que “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”. Añadiendo que “ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la CE garantiza puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”. “(SSTC núms. 62/1982, 66/1985, 19/1988, 85/1992, 50/1995, 66/1995, 55/1996 y 136/1999)”.

Por último, también cabría plantearse el problema desde la perspectiva de la seguridad jurídica que la Constitución se compromete a garantizar en su artículo 9.3 y como inevitable consecuencia del principio de legalidad que persigue, precisamente, tal objetivo.

Desde este punto de vista, y sin perjuicio de que el Estado, torpemente, entienda la seguridad de otra forma, es claro que la certeza que debería suponer queda malparada por la respuesta expresada desde el Ministerio Fiscal, que, por una parte, formuló recurso postulando la aplicación de una pena más grave y, por otra, llamó la atención acerca de la falta de proporcionalidad del pronunciamiento judicial, invocando la eventualidad del indulto como correctivo. Si este es su criterio, no tenía explicación plausible que, en su momento procesal, desconociese la vigencia del principio acusatorio, teniendo en cuenta que, como hemos visto, base sólida tenía para ello a pesar de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Penal.

Por todo ello, creemos que, según nuestras conclusiones en este punto, habría quizá que recurrir a la caricatura para expresar el rechazo a aceptar que sea el Derecho Penal el mecanismo adecuado para sentar las bases de una filosofía de la educación o de una pedagogía, con desprecio de los fundamentos subjetivos a que nos hemos referido. Siempre quedaría la duda de cómo va a calificar la Administración de justicia penal en cada caso castigos tales como las *orejas de burro*, el *cuarto oscuro*, los *brazos en cruz*, el *cara a la pared*, el *tirón de orejas*, la *prohibición de salida*... así como tantos otros que, aparentemente, pudieran pugnar con lo previsto en el contexto de los delitos contra la integridad moral o contra la libertad.

Ésta es, sin duda, la idea que late detrás de la concesión del indulto, como ya adelantábamos, a la madre condenada, habiendo entendido la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, que vio el Recurso de Apelación, que separar a madre e hijo “puede producir consecuencias perjudiciales para los dos hijos menores de la acusada que se encuentran a su cargo...” y el Ministerio Fiscal, por su parte, que es “la única salida para una situación kafkiana...”.

**CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO
PENAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 235/2007,
DE 7 DE NOVIEMBRE**

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES

Abogado. Doctor en Derecho Penal

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL.
 - 1. **Legitimación con independencia del concepto de bien jurídico.**
 - A) Criterio de la lesividad y ofensividad.
 - B) La protección del ordenamiento jurídico.
 - C) La protección de los valores.
 - 2. **Legitimación a partir del bien jurídico.**
 - 3. **Recapitulación y toma de posición.**
 - III. RELEVANCIA PENAL DE LA NEGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE GENOCIDIO. LA SENTENCIA.
 - 1. **La Sala mayoritaria.**
 - 2. **Los votos particulares.**
 - 3. **Recapitulación y toma de posición.**
 - IV. CONSIDERACIONES FINALES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Tal vez una de las cuestiones que con mayor frecuencia se discute en la doctrina penal sea la relativa a los límites del *ius puniendi* estatal. Como es

sabido, la actuación del aparato punitivo del Estado a través del Derecho Penal constituye, sin duda, la intromisión más intensa sobre la esfera de libertad de la persona, toda vez que se le prohíben u ordenan determinadas conductas bajo amenaza de sufrir consecuencias que pueden llegar a privarla de su libertad personal e, incluso, en algunos ordenamientos, de la vida. En estas condiciones parece autorizado afirmar, *a priori* y con carácter genérico, que sólo pueden quedar dentro del ámbito penal las conductas que revistan una especial gravedad, no siendo autorizado por el contrario tipificar como ilícitos penales comportamientos que, aun siendo social o moralmente reprobables, no afectan de forma especialmente importante a la convivencia.

La legitimación del Derecho Penal ha venido girando, mayoritariamente, en torno a la idea de protección de los bienes jurídicos, afirmándose así que resulta justificado sancionar comportamientos susceptibles de lesionar o poner en peligro tales bienes. Sin embargo, lo elemental y obvio de tal aseveración parece perder consistencia desde el momento en que los modernos códigos penales tipifican conductas que se encuentran sumamente alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico, como sucede, por ejemplo, con las relativas al tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas. Asimismo, la sanción de meros actos preparatorios que ni siquiera suponen un comienzo objetivo de ejecución no parece resultar congruente con dicha finalidad protectora.

En el actual panorama jurídico-penal se constata un generalizado incremento de tipos penales que no prevén la lesión efectiva de bienes concretos, sino que contienen simples conductas que se realizan en condiciones tales que pudieran acabar facilitando la lesión de dichos bienes. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 607.2, inciso 1.º, del Código Penal, que castiga a quienes difundan por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, con lo cual el legislador incluye en la órbita penal conductas consistentes en verter expresiones acerca de determinados hechos históricos, sin necesidad de que de ello se deriven ulteriores consecuencias lesivas.

En relación con dicho tipo penal, la Audiencia Provincial de Barcelona, con motivo del recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de dicha ciudad, de 16 de noviembre de 1998, elevó al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que la sanción de tales comportamientos podría entrar en colisión con los derechos fundamentales a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción,

recogidos en el artículo 20.1.a) de la Carta Magna⁽¹⁾. Este planteamiento ha sido recientemente resuelto por dicho Tribunal a través de la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, cuya redacción no ha sido ni mucho menos pacífica, al contar con cuatro votos particulares.

Pues bien, el objeto de la presente reflexión se refiere precisamente a la problemática que se aborda en la citada sentencia, que no es otra que la concreción de los límites del Derecho Penal, es decir, si resulta admisible insertar en la esfera penal meras opiniones relativas a hechos históricos. No obstante, antes de proceder al análisis de la sentencia y de los votos discrepantes, vamos a exponer a grandes rasgos las diversas opciones que ha manejado la doctrina para legitimar la intervención penal.

II. CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

A la hora de establecer los límites que deben acotar la intervención jurídico-penal, la doctrina ha trabajado con parámetros muy diversos, si bien todos ellos pueden reconducirse a dos perspectivas: una, que justifica dicha intervención sobre la idea de protección de los bienes jurídicos y, por tanto, la tipificación penal sólo podrá abarcar aquellos comportamientos que resulten adecuados para causar una lesión a tales bienes, y, otra, que intenta establecer tal legitimación con independencia del concepto de bien jurídico.

1. Legitimación con independencia del concepto de bien jurídico

A) Criterio de la lesividad y ofensividad

Esta perspectiva ha sido especialmente desarrollada en la literatura penal anglosajona, en la que el concepto de bien jurídico no desempeña relevancia alguna en la discusión relativa a los límites del ordenamiento punitivo. En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo las modernas tendencias del Derecho Penal, entre ellas la creciente importancia de los intereses colectivos y la tipificación de conductas caracterizadas por una peligrosidad abstracta, ponen al descubierto la insuficiencia del concepto de bien jurídico como tal⁽²⁾, debiéndose

(1) La citada sentencia del Juzgado de lo Penal castigó, con base en el tipo previsto en el artículo 607.2, inciso 1.º, del Código Penal, al regente de una librería donde se distribuían publicaciones en las que se negaban los hechos cometidos contra los judíos durante el Tercer Reich.

(2) Vid. SEHER, "Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff", *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, p. 39.

dose a JOHN STUART MILL, en su conocida obra *Sobre la libertad* (*On Liberty*), una de las reflexiones más acabadas sobre dicho particular. El citado autor comienza su argumentación llamando la atención acerca de la presión que la sociedad ejerce sobre el individuo, considerando que en ocasiones puede resultar mucho más insoportable que el poder ejercido por un gobierno despótico, pues, aunque carece de efectos tan graves, sin embargo, al afectar a un número más elevado de cuestiones cotidianas, existen menos posibilidades de librarse de ella, por lo que no es suficiente con buscar mecanismos frente a la tiranía de las autoridades, sino asimismo contra la tendencia de la sociedad a imponer sus ideas como normas de conducta frente a quienes discrepan de ella⁽³⁾.

Por consiguiente, es preciso establecer límites a la intromisión de la sociedad en la esfera privada del individuo, lo que resulta aún más evidente en el proceso de creación de las normas penales, que suponen sin duda la forma más drástica de coartar la libertad de la persona, y tales límites los resume el citado autor en un principio muy sencillo, según el cual la intromisión de la sociedad en el ámbito de libertad personal sólo puede encontrar justificación allí donde la actuación individual sea susceptible de perjudicar a los demás, pero no cuando únicamente resulte lesiva para el propio individuo. Se afirma, en este sentido, que “nadie puede ser obligado por ley a realizar o no determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le hiciera más feliz, o porque en opinión de los demás, resultase más prudente o justo actuar de esa manera”⁽⁴⁾. De acuerdo con tal razonamiento, el sujeto está llamado a responder sólo respecto de aquellos comportamientos que puedan causar un daño ajeno⁽⁵⁾ y, por tanto, únicamente en ese caso la sociedad estará legitimada para disuadirlo de actuar de esa forma; en cambio, respecto de aquellas conductas que únicamente al propio individuo puedan perjudicar no es lícito intervenir, bien entendido que esto es predicable para personas mentalmente maduras, no para menores ni para quienes no hayan alcanzado la madurez, respecto de los cuales sí que resultará legítimo intervenir en evitación de conductas que puedan perjudicarlos en exclusiva a ellos⁽⁶⁾.

⁽³⁾ *Sobre la libertad*, versión 1869 (traducido por Gregorio Cantero), Edaf 2004, pp. 43-44.

⁽⁴⁾ *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 52.

⁽⁵⁾ Ya anteriormente, BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (traducido por Juan Antonio de las Casas), 1968, pp. 37-38, venía a declarar que el daño hecho a la sociedad era el motivo que legitimaba la intervención penal.

⁽⁶⁾ *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 53; SEHER, “Principiengestütze...”, *op. cit.*, p. 52, denomina “paternalismo flexible” a aquel sistema que respeta la libertad del individuo en relación a conductas que puedan producirle un daño a sí mismo, pero siempre que esté en condiciones de decidir libremente.

Conforme al citado principio, sería también legítima la prohibición no sólo de aquellas conductas directamente dañosas, sino igualmente las que, sólo de forma eventual y futura, podrían acarrear un daño para terceros, es decir, conductas que presentan una tendencia a la lesión. Así, se considera justificado sancionar el hecho mismo de embriagarse en relación a aquellas personas que han demostrado en ocasiones anteriores un comportamiento agresivo bajo los efectos de las bebidas alcohólicas⁽⁷⁾. Del mismo modo, sería legítimo prohibir actuaciones que, siendo en principio perjudiciales únicamente para la persona que las lleva a cabo, sin embargo se ejecutan a la vista de todos, constituyendo un atentado a las buenas costumbres, como sucede con los delitos contra la decencia⁽⁸⁾, y, finalmente, también serían admisibles aquellas leyes que limitan la procreación en países superpoblados, por cuanto la incorporación al mercado laboral de las generaciones venideras podría producir una disminución de las ganancias obtenidas por el trabajo, lo que sería lesivo para todos los que tienen que vivir del esfuerzo remunerado⁽⁹⁾.

Por las mismas razones, estaría justificada la tipificación de conductas que, si bien en sí mismas no resultan lesivas, no obstante constituyen un paso previo para la lesión, como sucede, por ejemplo, en el tipo de “estafa de seguros”⁽¹⁰⁾, en el que la destrucción del propio bien asegurado con vistas a la percepción de la indemnización coloca al autor en un “punto de no retorno”, ya que, pasado un límite —por ejemplo, el incendio de la vivienda—, la acción dañosa se realizará con seguridad, y por esta misma razón estaría legitimada la tipificación de delitos de peligro abstracto, entendidos como formas de intervención referidas a conductas que pueden desembocar en un daño efectivo, pero sin necesidad de esperar a la lesión⁽¹¹⁾.

(7) *Sobre la libertad, op. cit.*, pp. 216-217.

(8) *Sobre la libertad, op. cit.*, p. 217. En este sentido, SEHER, “Prinzipiengestütze...”, *op. cit.*, pp. 49-51, se refiere al “principio de ofensividad”, declarando que la ofensa se caracteriza por ser pasajera y la falta de consecuencias lesivas, suponiendo por ello un perjuicio de menor entidad, de manera que, para determinar si una conducta de tal índole merece la intervención penal, es preciso considerar, del lado de la víctima, la intensidad y duración de la perturbación, así como la posibilidad de eludirla, y, del lado del autor, las costumbres (habitualidad social) y los motivos que lo llevaron a actuar.

(9) *Sobre la libertad, op. cit.*, pp. 236-237.

(10) Parágrafo 263.1 Código Penal Alemán: “El que con intención de procurarse un beneficio económico ilícito propio o ajeno, perjudique el patrimonio de otro provocando falsedades o simulando hechos verídicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa”.

(11) SEHER, “Prinzipiengestütze...”, *op. cit.*, pp. 48-49.

B) La protección del ordenamiento jurídico

La premisa de la que parte esta concepción es que el objeto prioritario del Derecho Penal no sería la protección de los bienes jurídicos, sino que este sector del ordenamiento se legitimaría, en su aspecto formal, mediante la aprobación de las leyes penales conforme a la Norma Fundamental y, desde el punto de vista material, en que tales leyes son necesarias para mantener la forma de la sociedad y del Estado, careciendo dichas normas de un contenido genuino, ya que es el respectivo contexto de la regulación el que condiciona los diversos contenidos posibles⁽¹²⁾. En consecuencia, el Derecho Penal iría fundamentalmente dirigido a garantizar el cumplimiento de las normas, contribuyendo así al mantenimiento de la configuración social y estatal, y la citada garantía consiste en que no van a ser defraudadas las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social en la forma legalmente dada y exigida, de modo que el bien jurídico-penal objeto de protección no sería otra cosa que “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica”⁽¹³⁾.

Este razonamiento es el resultado de la consideración del ser humano no como un individuo aislado, sino como persona titular de deberes y derechos, con lo cual la persona no debe ser entendida como algo que venga dado por la naturaleza, sino como una construcción social⁽¹⁴⁾, y, por ello, la función que la norma está llamada a cumplir es la integración social, por medio de la cual es posible crear, junto a un mundo natural, un mundo social, lo que sólo puede alcanzarse a través del sometimiento de las conductas de los sujetos al marco de lo debido⁽¹⁵⁾. Y esto requiere un consenso entre todos los intervinientes acerca

(12) JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 1995, pp. 44-45.

(13) JAKOBS, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 45.

(14) JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducido por Manuel Cancio Meliá), 2003, pp. 18 y ss. Esta orientación se basaría en el concepto de persona ofrecido por Kelsen, *La teoría pura del derecho*, 1975, p. 198, según el cual “la llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la llamada persona física es una persona jurídica”; citado este último en PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid 2005, p. 67.

(15) KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad* (traducido por Claudia López Díaz), 1996, pp. 34-35.

de lo que debe estar normativamente permitido, lo cual a su vez exige disponibilidad recíproca para acatar lo acordado⁽¹⁶⁾, de donde se derivan dos presupuestos: la “autonomía comunicativa” del individuo, a través de la cual el sujeto está en condiciones de participar en situación de igualdad y libertad en la conformación del acuerdo, y la “lealtad comunicativa”, entendida como fidelidad a lo consensuado en común⁽¹⁷⁾.

Por consiguiente, la finalidad del Derecho Penal sería proteger aquellas condiciones elementales necesarias para la integración social dirigida al acuerdo pacífico, y los bienes jurídicos serán aquellas cualidades de las personas, cosas o instituciones que permiten participar en condiciones de libertad e igualdad en el acuerdo normativo⁽¹⁸⁾, resultando así un concepto de bien jurídico dinámico, al venir definido no de forma naturalista u ontológica, sino en función de una relación jurídica entre partes⁽¹⁹⁾.

De acuerdo con esta concepción, la protección de los bienes jurídicos, tales como la vida o la integridad física, entendidos en sentido estático, pasaría a un plano secundario, ya que éstos son diariamente lesionados por otras causas diversas al comportamiento humano evitable —enfermedades, catástrofes naturales, actuaciones humanas inevitables⁽²⁰⁾—, y por tanto el fin del Derecho Penal se centraría en los ataques dirigidos a la propia valoración positiva realizados a través de comportamientos humanos mediante los que el sujeto actuante revela su intención de no respetar dicha valoración positiva, de manera que la lesión de un bien jurídico-penal no consistiría en la causación de una muerte, sino en la oposición a la norma reguladora del homicidio evitable⁽²¹⁾. Igual-

(16) KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad*, op. cit., pp. 37-38.

(17) KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad*, op. cit., pp. 43-44.

(18) KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad*, op. cit., p. 55; KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena” (traducido por Ramón Ragués y Vallés), *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, p. 57.

(19) KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad*, op. cit., p. 69; KAHLO, “Über den Zusammenhang von Rechtsgütsbegriff und objektiven Zurechnung”, *Die Rechtsguttheorie*, op. cit., p. 27, declara que el bien jurídico debe ser entendido como un concepto jurídico de “relación”, la cual se orienta esencialmente “a la realización de la libertad externa de la persona como sujeto de derecho, es decir, a su propia autonomía, que no puede ser desarrollada sólo en una relación aislada como individuo consigo mismo, sino que es naturalmente coinfluenciada y codeterminada a través de la relación con otras personas” (subrayados en el texto original).

(20) JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., pp. 63 y ss.

(21) JAKOBS, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 45-46.

mente, en los delitos contra la propiedad el bien jurídico no sería la cosa mueble ajena o la relación del propietario con ésta, sino exclusivamente la validez del contenido de la norma conforme a la cual debe protegerse la propiedad; en definitiva, el bien jurídico-penal sería la vinculación práctica de la norma⁽²²⁾. Correlativamente a ello, la pena, como consecuencia jurídica del delito, no sirve para asegurar bienes jurídicos ni para repararlos, sino sólo para asegurar la vigencia de la norma⁽²³⁾, aunque, ciertamente, de esta forma se consiga de forma indirecta la protección mediata de los bienes⁽²⁴⁾.

A mayor abundamiento, se afirma que, aunque se admitiera la función protectora del Derecho Penal sobre los bienes, ésta no sería absoluta, toda vez que la sociedad no es una institución destinada a la conservación u optimización de los bienes, como lo demuestra el hecho de que éstos deben ser ocasionalmente sacrificados a fin de posibilitar el contacto social, y qué clase o nivel de riesgos deba soportar un bien con motivo del contacto social es una cuestión que no puede responderse a partir de los bienes, de donde se deriva que la norma no protege al bien contra todos los riesgos sino sólo frente a aquellos que no constituyen una consecuencia necesaria del contacto social permitido, si bien el umbral a partir del cual el contacto ya es intolerable no se puede determinar en base a la doctrina del bien jurídico⁽²⁵⁾.

C) La protección de los valores

Esta concepción ha sido desarrollada por WELZEL, quien, al comienzo de su argumentación, viene a reconocer que, ciertamente, la incolumidad de deter-

(22) JAKOBS, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 46-47; *Sobre la normativización*, *op. cit.*, p. 48: “Lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma siendo equivocada la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, pues el Derecho es una relación entre personas y sólo a través de éstas entran también en acción los bienes”. LESCH, “Intervención delictiva e imputación objetiva” traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, *ADPCP*), 1995, p. 926: “Para la interpretación del injusto penal no se está a la valoración del suceso del mundo exterior, sino al significado de éste para la validez de la norma. El derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a los bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico”; KARGL, “Protección de bienes jurídicos...”, *op. cit.*, pp. 53-54, aunque desde una perspectiva más ecléctica, afirma que el juicio de lesividad no puede asentarse en la mera producción del hecho indeseado y perjudicial en sí mismo, sino en el quebrantamiento de las expectativas de que ese estado de cosas no llegue a hacer acto de presencia.

(23) LESCH, *ADPCP*, 1995, *op. cit.*, pp. 923-924.

(24) JAKOBS, *Sobre la normativización...*, *op. cit.*, p. 59.

(25) JAKOBS, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

minados bienes vitales de la sociedad, tales como la integridad del Estado, la vida, la salud o la libertad, llamados bienes jurídicos, es el fin al que aspira el Derecho Penal, si bien ello lo hace a través de la prohibición y castigo de aquellas conductas que se dirigen a la lesión de éstos, sancionando así ante todo el llamado “desvalor de acto” y garantizando la vigencia de aquellos valores de acto ético-sociales positivos, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, de modo que el Derecho Penal lo que realmente proscribe es la lesión de los citados valores, manifestado a través de acciones desleales, de rebeldía, por lo que la finalidad primordial de este sector del ordenamiento jurídico es el aseguramiento de la vigencia de aquellos valores⁽²⁶⁾.

Al proceder así, resultan indudablemente protegidos los bienes jurídicos a los que van referidos los citados valores, de manera que, por ejemplo, la fidelidad al Estado concierne al bien del Estado, el respeto a la personalidad concierne a la vida y así sucesivamente, pero la protección de tales bienes en sí mismos posee un carácter meramente policial y negativo, primando, por el contrario, la finalidad de aseguramiento de tales valores: “La misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela en la forma más concluyente a disposición del Estado la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica”⁽²⁷⁾.

El valor de acto así configurado es relativamente independiente del bien jurídico o valor material al que se refiere, razón por la cual es posible castigar por homicidio a quien, poco antes de ser ajusticiado un condenado a la pena capital, se adelanta al verdugo y causa la muerte al reo, pues aun cuando en este supuesto el bien jurídico referido al condenado no resultaría afectado, por carecer ya de valor social, de todas formas el autor habría vulnerado el valor consistente en el respeto a la vida ajena⁽²⁸⁾. Los valores ético-sociales se corresponden con la naturaleza eminentemente prohibitiva del Derecho Penal —no debes matar, robar, etc.— e, igualmente, los mandatos de actuar consisten en deberes

(26) WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez) 1969, p. 2.

(27) *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 3.

(28) *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 4. Desde otra perspectiva, KAHLO, *Über den Zusammenhang, op. cit.*, pp. 36-37, considera igualmente que, en el supuesto planteado, la conducta homicida sobre el condenado a muerte es penalmente relevante, si se concibe el bien jurídico-penal a partir de una relación interpersonal jurídicamente diseñada.

elementales como el de asistencia de los padres para con los hijos⁽²⁹⁾, cumpliendo así el Derecho Penal una función de formación ética, ya que, al proclamar la validez inquebrantable de los deberes ético-sociales elementales, sometiendo a castigo su lesión, “modela y refuerza eficazmente el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos (...) en esto reside el profundo alcance del Derecho Penal: en tanto en cuanto limita sus normas a los elementales deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo del valor ético de una época”⁽³⁰⁾.

2. Legitimación a partir del bien jurídico

Frente a las teorías precedentemente expuestas, que tratan de establecer los límites del Derecho Penal a partir de parámetros distintos a la categoría del bien jurídico —al menos, en relación directa con él—, las que ahora nos ocupan vienen a declarar que sobre dicho elemento debe pivotar todo lo relativo a la justificación de la intervención del ordenamiento punitivo.

No se ocultan a los defensores de esta postura las dificultades que existen para definir lo que es un bien jurídico, máxime desde el momento en que dicho concepto no se limita a los bienes de carácter individual, sino, asimismo, a los que afectan a la comunidad, como el Estado o la Administración de Justicia⁽³¹⁾. Sin embargo, se persevera en la protección de los bienes jurídicos como la finalidad primordial del Derecho Penal, siendo mayoritaria la doctrina que deduce el concepto de bien jurídico a partir de la Constitución vigente en cada Estado en un momento determinado. Se afirma, en este sentido, que, siendo el Derecho Penal parte integrante de la función de organización estatal, sólo puede justificarse en la protección de los derechos sociales que afectan a las libertades de los ciudadanos, de donde resulta que la protección estatal no es lícita a toda costa, sino sólo cuando se oriente a la protección de tales derechos, ora asegurando la libertad individual ora salvaguardando las unidades funcionales sobre cuya existencia lo particular es ordenado como presupuesto de su desarrollo de libertad personal⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, pp. 5-6.

⁽³⁰⁾ *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 6.

⁽³¹⁾ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), 1997, p. 54.

⁽³²⁾ STERNBERG-LIEBEN, “Rechtsgut, Verhältnismässigkeit und die Freiheit des Strafgesetzbuchs”, *Die Rechtsgutstheorie, op. cit.*, pp. 65-66; BUNZEL, “Die Potenz der verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzipien als Grenze des Rechtsgü-

La Constitución, al reconocer una serie de derechos fundamentales, ha establecido la primacía de los hombres y su dignidad frente al poder del Estado⁽³³⁾, reconociendo así al ser humano como valor jurídico supremo al que tiene que servir toda la actividad del Estado y, por tanto, al Derecho Penal le corresponde la tarea de prestar su contribución en la seguridad de los presupuestos de desarrollo personal, constituyendo así el Derecho Penal un medio de asegurar *ultima ratio* aquellos objetos que representan presupuestos y condiciones de desarrollo personal, abarcando así el concepto de bien jurídico el conjunto de objetos reales, susceptibles de lesión, que en la situación histórica se presentan como presupuestos y condiciones de desarrollo personal, siendo dicho concepto el resultado de una comprensión estatal determinada que coloca la libertad del individuo en el punto central del sistema jurídico⁽³⁴⁾.

Conforme a esta concepción, la moral quedaría fuera de protección penal toda vez que objeto de proscripción serían únicamente las conductas socialmente dañosas, y ello en razón a que “el Estado ideológicamente neutral de la Norma Fundamental, que no toma partido en los asuntos ideológicos o religiosos de los ciudadanos, tiene que tolerar las convicciones políticas, religiosas, ideológicas y morales de sus ciudadanos, mientras no conlleven perjuicios a bienes jurídicos de terceros. Toda vez que el Derecho Penal es delimitado sobre la protección de esferas de libertad externas de una persona, no cabe impedir penalmente que resulte afectada la libertad del que se escandaliza por la actuación de quien obra privadamente, pero no en esferas ajenas”⁽³⁵⁾. Tampoco podrían ser legitimadas las conminaciones penales arbitrarias como, por ejemplo, la obligación de hacer una reverencia a alguna persona o símbolo, pues tales

terschutzes in der Informationsgesellschaft”, *Die Rechtsgutstheorie*, *op. cit.*, p. 99: “La relación entre el ciudadano y el Estado experimenta una especial caracterización —el moderno Estado constitucional garantiza, por una parte, la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo y, por otra, asegura a sus súbditos una garantía de libertad en forma de derechos constitucionales como derechos de defensa frente al propio Estado que castiga”.

(33) HASSEMER, “Darf es Straftaten geben, die strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, *Die Rechtsgutstheorie*, *op. cit.*, p. 58.

(34) STERNEBER-LIEBEN, “Rechtsgut...”, *op. cit.*, pp. 67-68; ROXIN, *Derecho Penal I*, *op. cit.*, pp. 55-56, define los bienes jurídicos como aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social y global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

(35) STERNBERG-LIEBEN, “Rechtsgut...”, *op. cit.*, pp. 74-75; ROXIN, *Derecho Penal I...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

mandatos no favorecen en absoluto la libertad del individuo ni la capacidad funcional del sistema⁽³⁶⁾.

Resulta así un concepto de bien jurídico eminentemente personal, el cual sin embargo es de carácter dinámico, pues depende del modelo y de las condiciones de la respectiva sociedad,⁽³⁷⁾ de modo que dicho concepto está abierto al “cambio social y a la prognosis del conocimiento científico. Así, por ejemplo, la punición de las acciones exhibicionistas es ilícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el transcurso del tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta sólo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir una mera inmoralidad, y tendría que suprimirse”⁽³⁸⁾.

No obstante, el significado valorativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución únicamente constituye un indicador general para el legislador, pero no resulta adecuado para decidir sobre el merecimiento de pena de una concreta conducta, pues si bien el comportamiento del autor, en un caso concreto, puede perjudicar los bienes protegidos de terceros, también la conducta lesiva podría estar legitimada como derecho fundamental⁽³⁹⁾. Por esta razón, algún sector de la doctrina ha considerado que, desde esta perspectiva, el bien jurídico desempeña una función fundamentalmente negativa, es decir, no determina la necesidad de criminalizar todas aquellas conductas que sean potencialmente lesivas para el bien jurídico, sino más bien excluye de la amenaza penal los comportamientos que no sean susceptibles de la lesión o puesta en peligro del bien, por lo que esta figura no actuaría como elemento legitimador del Derecho Penal, sino únicamente como elemento limitador, siendo, por otra parte, el valor del correspondiente bien jurídico el que determinará la medida respecto de la cual resulta proporcionada la intervención jurídico-penal sobre la libertad general de acción de los ciudadanos⁽⁴⁰⁾.

En consecuencia, el bien jurídico representaría el fundamento jurídico constitucionalmente necesario para la determinación de los límites a la intervención jurídico-penal, por lo que la tipificación de conductas que no afecten a

(36) ROXIN, *Derecho Penal I*, op. cit., p. 56; SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüter-schutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftalbestände und ihrer Interpretation”, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., pp. 141-142.

(37) STERNBERG-LIEBEN, “Rechtsgut...”, op. cit., p. 70.

(38) ROXIN, *Derecho Penal I...*, op. cit., pp. 57-58.

(39) STERNBERG-LIEBEN, “Rechtsgut...”, op. cit., p. 66.

(40) HASSEMER, “Darf es Straftaten...”, op. cit., pp. 59-60.

bienes jurídicos sería puro “terrorismo de Estado”, ya que supondría interferir en la libertad de acción de los ciudadanos sin un fin legítimo⁽⁴¹⁾.

3. Recapitulación y toma de posición

Una vez vistas, *grosso modo*, las diversas propuestas ofrecidas por la doctrina sobre la legitimación y los límites del Derecho Penal, es el momento de posicionarse, y para ello tenemos que manifestar, ante todo, que en principio todas las opciones que se han formulado contienen argumentos asumibles. Así, comenzando con las teorías que prescinden del concepto del bien jurídico, la que se sustenta en el principio de lesividad tiene toda la razón cuando expresa que sólo pueden legitimarse intervenciones jurídico-penales sobre conductas que presenten una tendencia al daño ajeno, mientras que aquellas que sólo puedan perjudicar al propio actuante deben quedar, por regla general, fuera de la órbita jurídico-penal. El postulado que ofrece esta teoría es obvio y elemental, pero no resulta adecuado para resolver el problema que está precisado de resolver, es decir, una vez afirmada la potencialidad de una conducta para lesionar bienes ajenos surge la necesidad de encontrar un criterio adicional que permita determinar, de entre todas las conductas lesivas posibles, cuáles de ellas deberán ser penalmente proscritas y cuáles, a pesar de su tendencia al daño, deberán permanecer en el ámbito de lo tolerado, y este criterio no nos lo ofrece la citada teoría, la cual, como se indicó, llega hasta el punto de legitimar el control penal de la natalidad en países subdesarrollados por los eventuales daños que se pudieran causar a las generaciones futuras como efecto de la superpoblación⁽⁴²⁾.

En consecuencia, el principio de lesividad puede admitirse como un criterio básico de legitimación, como límite mínimo para la intervención penal, en el sentido de que sólo las conductas con una potencialidad lesiva ajena pueden entrar dentro de la esfera punitiva, pero necesita de otros criterios adicionales que permitan seleccionar, de entre todas las conductas lesivas posibles, aquellas que merezcan un reproche jurídico-penal.

(41) HASSEMER, “Darf es Straftaten...”, *op. cit.*, p. 64.

(42) BECCARIA, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 44, quien hacía depender la legitimación de la intervención penal en el carácter dañoso del hecho, considera con base en este criterio admisibles los delitos que él denomina *contra la tranquilidad pública*, “como los estrépitos y desórdenes en los caminos públicos destinados al comercio y paso de los ciudadanos, como los sermones fanáticos que excitan las pasiones fáciles de la curiosa muchedumbre, que toman fuerza con la frecuencia de los oyentes, y más del entusiasmo oscuro y misterioso que de la razón clara y tranquila, pues ésta nunca obra sobre una gran masa de hombres”. De acuerdo con estas premisas, sería perfectamente legítimo el delito de negación o justificación del genocidio.

También la teoría de la protección del ordenamiento jurídico tiene parte de razón, ya que es una realidad que el ser humano no vive de forma aislada, sino en sociedad, y por ello debe ser considerado como persona titular de derechos y deberes, con lo cual se dinamiza el concepto de bien jurídico, que pasa de concebirse como un objeto estático a ser entendido como aquellas condiciones que permiten las relaciones entre las personas que conforman la sociedad. Es igualmente cierto que los bienes jurídicos son diariamente lesionados con motivo de la realización de conductas lícitas y que, por ello, su protección no puede erigirse en la finalidad prioritaria del Derecho Penal. Sin embargo, desde el momento en que tal concepción legitima la intervención estatal en el propio ordenamiento jurídico, se llega a una explicación circular o tautológica, en el sentido de que la pregunta de cuándo será legítimo sancionar penalmente una conducta encontrará su respuesta en el propio sistema jurídico⁽⁴³⁾, con lo cual, en principio, tampoco habría límites seguros a la hora de tipificar conductas, pues más allá del ordenamiento jurídico no existiría otra referencia que permita establecer coto a la intervención jurídico-penal⁽⁴⁴⁾.

Y en cuanto a la teoría de la protección de los valores, al igual que la precedente coincide en que la protección de los bienes jurídicos no es el fin primordial del Derecho Penal, entre otras cosas, porque si esperara a su lesión para intervenir llegaría demasiado tarde, por lo que parece razonable que deba actuar antes de que se lleve a cabo la conducta susceptible de causar la lesión. Es por ello que el criterio del desvalor del acto como desaprobación de la conducta que tiende a la lesión de un determinado objeto resulta más adecuado que la mera protección del bien en sí mismo. Por su parte, el parámetro que se utiliza para enjuiciar el desvalor del acto —la ética-social— parece asimismo admisible, toda vez que condensa el conjunto de valores de una determinada sociedad en un momento concreto, por lo que no se trata de un criterio fijo e inmutable, sino cambiante con el transcurso del tiempo y de las costumbres⁽⁴⁵⁾.

(43) PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos...”, *op. cit.*, p. 59: “Basándose en un principio de prevención general positiva orientado al mantenimiento del sistema social, su pensamiento se erige en un perfecto círculo en el que no se cuestionan las decisiones del subsistema político creador del derecho”.

(44) ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, pp. 314-315; FUENTES OSORIO, “Formas de anticipación de la tutela penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en adelante, *RECPC*) de la Universidad de Granada 8-8, 2006, pp. 2-3.

(45) En sentido crítico, STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible* (traducido por Gladys Romero), 1976, pp. 2-3, declara que la consideración de la ética social como última instancia para la descripción de la conducta criminal tendría como consecuencia que el único objeto de protección sería el “orden moral” en su forma históricamente determinada, aun cuando dicho orden haya quedado anacrónico con res-

Se puede sentar, por ello, una primera conclusión, y es que el fin prioritario del Derecho Penal no es la protección de los bienes jurídicos en sí misma, sino la prohibición de determinadas conductas susceptibles de lesionar tales bienes, lo que se confirma por el hecho de que la incolumidad de los bienes jurídicos es igualmente el objetivo de otras ramas del ordenamiento jurídico, como el civil o el administrativo, los cuales sancionan, asimismo, las lesiones a tales bienes, habiéndose indicado que el concepto de “bien jurídico” no es privativo del Derecho Penal, toda vez que se utiliza igualmente en otras ramas del ordenamiento jurídico, razón por la cual debe ser considerado como un concepto de la Teoría General del Derecho, no pudiendo ser empleado por el Derecho Penal en sentido diverso a las restantes ramas del ordenamiento jurídico⁽⁴⁶⁾.

En consecuencia, el Derecho Penal no puede pretender, como fin primordial, la evitación de lesiones a los bienes jurídicos, sino sólo determinadas formas de comportamiento —activo u omisivo—, a través de las cuales la integridad de tales bienes no puede ser racionalmente asegurada, es decir, aquellas conductas humanas que de forma consciente desprecian los derechos inherentes a la persona o bien aquellas condiciones esenciales de la organización social⁽⁴⁷⁾. De esta forma, el bien jurídico, que es un concepto general de la Teoría del Derecho y común para todas sus ramas, constituye para el Derecho Penal un punto de referencia a la hora de establecer qué modalidades de ataque contra éste merecen sanción penal.

Partiendo, pues, de que el bien jurídico juega un papel de primer orden para la legitimación de la intervención jurídico-penal, por cuanto sirve para establecer qué conductas deben ser penalmente tipificadas, el problema que nos planteamos en este trabajo sigue sin estar resuelto, ya que es necesario determinar ahora, en primer lugar, qué bienes jurídicos tienen la suficiente importancia como para justificar que ciertas formas de conducta dirigidas a su lesión o puesta en peligro deban ser amenazadas con una pena y, en segundo lugar,

pecto al desarrollo social, económico o técnico y, por tanto, incapaz de dar respuesta a los problemas esenciales. Esta apreciación no es exacta, pues el propio WELZEL, “Derecho natural y positivismo jurídico” (traducido por Ernesto Garzón Valdés), *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, 2004, pp. 190-191, reconoce el carácter contingente del contenido material del Derecho, de donde deriva que las regulaciones generales del Derecho sólo pueden deducirse a partir de relaciones empíricas iguales o similares, teniendo las reglas así obtenidas una universalidad relativa, empírica, pero no una validez universal absoluta supratemporal, ya que su contenido depende de condiciones temporales y empíricas derivables únicamente de la experiencia.

(46) AMELUNG, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 155.

(47) Vid. ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, op. cit., pp. 260-261.

disipada esa duda, y partiendo del catálogo de bienes jurídicos de especial valor a tales efectos, tendrá que ser aclarado si cualquier conducta que de alguna forma pueda lesionar o poner en peligro esos bienes debe ser penalmente proscribida o, en cambio, sólo podrán sancionarse determinadas formas especialmente graves de ataque.

La cuestión planteada es relevante desde el momento en que el actual modelo de Estado social-asistencial, característico de muchos países, genera un excesivo intervencionismo, manifestado a través de una gran abundancia de disposiciones normativas, lo que trae como consecuencia una desmesurada expansión del Derecho Penal y un proceso de monopolización de los bienes jurídicos por parte del Estado⁽⁴⁸⁾. Esto determina que al orden natural y a sus leyes naturales se superponga un orden normativo, de manera que la incriminación típica pasa de ser naturalista y descriptiva a típica, quedando así definido el núcleo del Derecho Penal como mera transgresión de la norma⁽⁴⁹⁾. Por su parte, el bien jurídico, que en el Derecho Penal clásico se configuraba como criterio limitador de la incriminación penal, en el sentido de que no podía haber conducta típica allí donde no se pudiera lesionar un bien jurídico, en el moderno Derecho Penal dicho criterio parece tener un efecto contrario, por cuanto de lo que ahora se trata es de criminalizar el mayor número de conductas posibles⁽⁵⁰⁾.

Como consecuencia de esto, el bien jurídico sufre un proceso de espiritualización al ser monopolizado por el Estado, transformándose en un fin de éste⁽⁵¹⁾,

(48) SGUBBI, *El delito como riesgo social. Investigaciones sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (estudio preliminar y traducción por Julio E.S. Virgolini), 1998, pp. 55-57; MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal en la moderna sociedad del riesgo*, 2001, pp. 68-69, destaca que la introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles difusos es un fenómeno propio del Estado social, que se ha acentuado y agravado con el Derecho Penal de la sociedad del riesgo, y que se caracteriza por el cambio de un Derecho Penal que prohíbe lesiones a bienes individuales, a otro que aspira a la seguridad en todos los ámbitos.

(49) SGUBBI, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 59-60. En este sentido y respecto de los delitos contra el medio ambiente, MÜLLER-TUCKFELD, "Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente" (traducido por Elena Íñigo Goroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallés), *La insostenible situación*, *op. cit.*, pp. 522-523, denuncia cómo en la actual regulación de los ilícitos medioambientales en el Código Penal alemán —lo que sería extensible a nuestro Código Penal—, lo que en realidad se sancionan son meras contravenciones.

(50) HASSEMER, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno" (traducido por Elena Larrauri), *ADPCP*, 1992, pp. 238-239.

(51) SGUBBI, *El delito...*, *op. cit.*, p. 64; GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?" (traducido por Jesús María Silva Sánchez), *La insostenible...*, *op. cit.*, pp. 496-497.

con lo cual la protección de tales bienes se efectúa a través de las llamadas “normas de organización”, caracterizadas por estar ausente una finalidad de tutela efectiva, ya que prohíben acciones humanas no porque sean susceptibles de lesionar un bien, sino porque se dirigen a fines distintos a los que interesa al Estado⁽⁵²⁾, lo que determina que la intervención del Derecho Penal responda a decisiones políticas, motivadas por los intereses de ciertos grupos de presión⁽⁵³⁾. Este proceso de espiritualización del bien jurídico hace que quede desprovisto de un soporte material prepositivo⁽⁵⁴⁾ y, por tanto, la gravedad del delito, entendido como mera infracción de deber⁽⁵⁵⁾, no depende ya de la importancia de la lesión o de la peligrosidad de la conducta, sino exclusivamente de la entidad de la transgresión,⁽⁵⁶⁾ y la conducta típica, en lugar de configurarse como un dato físico-natural, se concibe como algo puramente normativo, en el que lo esencial es la infracción de la norma y no las consecuencias de dicha inobservancia sobre el bien tutelado, prevaleciendo entonces los delitos de peligro abstracto/presunto⁽⁵⁷⁾.

Para evitar que el concepto de bien jurídico sufra el proceso de espiritualización al que hemos hecho referencia, permitiendo así la tipificación de cual-

(52) SGUBBI, *El delito...*, op. cit., p. 69. MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, op. cit., p. 73, subraya que en el proceso de expansión de los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal contemporáneo “es claramente perceptible también una proclividad a sustituir la protección real de concretos bienes jurídicos por la de vagas e indeterminadas *funciones*, puesto que ya no se trataría en muchos casos de la protección de intereses concretos referidos directamente a las personas sino, más bien, de la protección de instituciones, de modelos de organización social o de ‘unidades funcionales’ a las que se atribuye un valor. Ello supone castigar la perturbación del funcionamiento de la organización o el subsistema correspondiente e, incluso, la mera perturbación de la confianza en su funcionamiento”.

(53) HERZOG, “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal del peligro)” (traducido por Elena Larrauri Pijoan y Fernando Pérez Álvarez), *ADPCP*, 1993, pp. 320 y 322; HASSEMER, *ADPCP*, 1992, op. cit., p. 243.

(54) SGUBBI, *El delito...*, op. cit., p. 70. Por su parte, HIRSCH, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico” (traducido por Daniel R. Pastor), *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, 2001, p. 381, apunta que el proceso de creciente espiritualización y desmaterialización no sólo es constatable en las concepciones del bien jurídico inmanente al sistema, sino también en aquellas que conciben el bien jurídico como previamente dado.

(55) GÜNTHER, “De la vulneración de un derecho...”, op. cit., p. 500.

(56) SGUBBI, *El delito...*, op. cit., pp. 71-72.

(57) SGUBBI, *El delito...*, op. cit., p. 74; HASSEMER, *ADPCP*, 1992, op. cit., p. 242.

quier conducta aun cuando no suponga una amenaza, ni siquiera lejana, al citado bien, es preciso concretar qué objetos deberán ser incluidos en la categoría de bien jurídico. En este sentido y por lo que respecta a los bienes individuales, existe unanimidad en admitir como tales la vida, la integridad física y psíquica, la libertad individual, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, pues todos ellos son inherentes a la persona humana y, por tanto, los comportamientos tendentes a su destrucción deben ser penalmente sancionados⁽⁵⁸⁾. Otra cuestión será determinar qué concretas modalidades de ataque a tales bienes son penalmente legítimas, y así, recientemente, en el ámbito de la libertad sexual se cuestiona hasta qué punto es autorizado tipificar penalmente la mera posesión para uso propio de material pornográfico en cuya elaboración se haya utilizado a menores⁽⁵⁹⁾, o el maltrato de animales domésticos⁽⁶⁰⁾.

Pero, junto a los citados bienes individuales existen otros de dimensión colectiva, caracterizados, ora por referirse a una colectividad indeterminada de personas, ora porque conciernen a las condiciones elementales de organización estatal⁽⁶¹⁾. En el primer caso, aunque el bien jurídico se proyecta en principio sobre una generalidad de personas, sin embargo los daños que la conducta tipificada pueda causar se irrogan a personas concretas, como sucedería, por ejemplo, con los delitos de insolvencia, en los que el objeto de protección es el

(58) SCHÜNEMANN, *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos? Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho* (traducido por Ángela de la Torre Benítez), Universidad Externado de Colombia, p. 26, destaca cómo con el concepto de “bien” se pone de manifiesto que objeto de protección penal no puede constituir un interés cualquiera, sino sólo un “interés urgente de convivencia saludable”, por lo que no es legítima la intervención penal para simples molestias o disgustos al individuo o meras imperfecciones en la organización social.

(59) Artículo 189.2 del CP: “El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.

(60) Artículo 337 del CP: “Los que maltrataren con ensañamiento e injustificada-mente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales”.

(61) SCHÜNEMANN, *¿El derecho penal..., op. cit.*, pp. 25-26: “Por el anclaje en el concepto del contrato social bajo la idea directriz, a asegurar por el Estado, de la posibilidad del libre desarrollo del individuo, está dada una estructura para aquello que el Estado puede proteger o no con medios del Derecho Penal: en primer lugar, los bienes necesitados por el individuo para su libre desarrollo, sin que éstos se usurparan a costa del libre desarrollo de los otros, y en seguida los bienes compartidos por todos, necesarios para una convivencia saludable”.

patrimonio del acreedor individual, y ello con independencia de la repercusión que tales conductas puedan tener en la economía general, pues realmente la confianza en el correcto funcionamiento de la economía crediticia —como bien colectivo— procede de la naturaleza de la promesa de cumplimiento en la relación acreedor-deudor, por lo que en tales casos se trata de una protección anticipada del bien jurídico individual⁽⁶²⁾. Distintamente, en el segundo caso, se trata de bienes jurídicos dirigidos a la protección de las condiciones marco del Estado, y tienen como finalidad garantizar la existencia de la organización estatal en los distintos niveles jerárquicos, siendo ejemplos de tal modalidad los delitos contra la seguridad del Estado o contra la Administración de Justicia⁽⁶³⁾.

Pues bien, para determinar qué bienes, de carácter individual o colectivo, merecen el calificativo de bienes jurídicos y, por tanto, pueden servir de referencia para la tipificación legítima de conductas penalmente relevantes, parecen convenientes las directrices contenidas en la Norma Fundamental del Estado de que se trate⁽⁶⁴⁾, en nuestro caso, la Constitución Española de 1978 y, por ello, nos adherimos a las posturas anteriormente expuestas que tratan de definir el concepto de bien jurídico a partir de la Norma Fundamental, bien entendido, sin embargo, que ésta deberá actuar como límite mínimo. De esta forma, deberán excluirse los intereses de carácter moral y los de índole individual y social, que no sean esenciales por no corresponderse con la categoría de “derechos fundamentales”, debiendo ser seleccionados como bienes jurídicos aquellos valores cuya vulneración afecte a un interés que, directa o indirectamente, concierna al individuo⁽⁶⁵⁾. La existencia de bienes jurídicos colectivos en la esfera penal se justificaría, según ello, en el carácter social que nuestra Constitución atribuye al Estado, lo que implica la necesidad de promocionar los intereses económicos, no sólo individuales sino también sociales, y con este fin la propia Norma

(62) HEFENDEHL, “Das Rechtsgüterschutzprinzip”, *Die Rechtsgutstheorie*, *op. cit.*, pp. 121-123.

(63) HEFENDEHL, “Das Rechtsgüterschutzprinzip”, *op. cit.*, p. 125.

(64) SCHÜNEMANN, *¿El derecho penal...?*, *op. cit.*, p. 25, alude a las “condiciones fundamentales suprapositivas de cualquier poder estatal legítimo (...) la premisa tácita de cualquier Estado liberal y democrático de derecho, sin importar si éste está consagrado de modo expreso en la Constitución”.

(65) PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, Cuadernos de Política Criminal (en adelante CPC) de 1989, pp. 744-745. MAQUEDA ABREU, “La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, *Actualidad Penal* 26/27, 1994, p. 493, considera legítima la protección penal de bienes colectivos siempre y cuando se produzca una suficiente precisión del objeto de tutela o de la conducta prohibida, el bien jurídico posea relevancia, no exista excesiva lejanía respecto de la lesión y, finalmente,

Fundamental establece la necesidad de proteger —incluso penalmente— el medio ambiente ⁽⁶⁶⁾, la calidad de vida, la propiedad, la defensa de los consumidores..., debiendo el legislador penal elegir, de entre todos estos valores, cuáles considera esenciales, sin infringir el principio de intervención mínima ⁽⁶⁷⁾.

Una vez determinados los bienes que, según los parámetros expuestos, deben ser incluidos en la categoría de bienes jurídicos, merecedores por ello de atención por el legislador penal como objeto de referencia, es necesario establecer los criterios que permitan acotar qué conductas humanas susceptibles de lesionar o poner en peligro tales bienes deben sancionarse legalmente. Y, al respecto, se puede declarar que al Derecho Penal, dado su carácter de *ultima ratio* ⁽⁶⁸⁾, sólo le interesan formas especialmente graves de ataque a los bienes jurídicos, por lo que únicamente deben ser objeto de sanción conductas que, objetivamente, resulten adecuadas para lesionar algún bien jurídico, mientras que, desde el punto de vista subjetivo, el sujeto debe ser consciente del carácter potencialmente lesivo de su conducta o, dicho con otras palabras, el sujeto debe actuar dolosa o imprudentemente.

Sin embargo, no todas las conductas que, en el plano objetivo, presenten una tendencia lesiva deben quedar dentro de la órbita jurídico-penal, pues en tal caso la vida social se paralizaría, dada la constante realización de actividades que, siendo necesarias, conllevan niveles de riesgo nada despreciables. Es por ello que sólo podrán tipificarse penalmente conductas que supongan una amenaza relevante para los bienes jurídicos y cuya realización ponga de manifiesto un patente desprecio del actuante respecto de los citados bienes. No obstante, dado que existen muchas modalidades de bienes jurídicos de distinto rango y

que el peligro que la acción representa revista suficiente gravedad, debiendo quedar por ello excluidas las acciones de mínima peligrosidad; MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, op. cit., p. 172, admitiendo la necesidad de los bienes jurídicos colectivos, considera que cuanto más se alejen de los intereses referidos a la persona más difícil será justificar la necesidad de que actúe el Derecho Penal.

⁽⁶⁶⁾ En relación con el medio ambiente, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, op. cit., p. 72, destaca cómo el artículo 325 del Código Penal “distingue, no sólo nominalmente, sino también a efectos de gravedad de la pena a imponer, entre peligro para el equilibrio de los sistemas naturales y riesgo para la salud de las personas; parte pues de que el primero no necesariamente incluye el segundo y configura el bien jurídico en un sentido también ecocéntrico autónomo respecto a la salud de las personas”.

⁽⁶⁷⁾ PORTILLA CONTRERAS, *CPC* de 1989 (39), op. cit., pp. 745-746.

⁽⁶⁸⁾ FEIJOO SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio” (artículo 607.2 CP), *La Ley*, 1998, Diario 4693 de 15 de diciembre, pp. 2272-2273, pone de relieve que el que un interés sea digno de protección no es suficiente para que entre en juego la intervención penal, sino que es preciso además que no existan otras alternativas.

que la prohibición de determinadas conductas puede suponer, a su vez, la restricción de un derecho fundamental para el propio sujeto, es necesario adicionalmente efectuar una ponderación de los intereses implicados⁽⁶⁹⁾, de manera que la posible amenaza que para ciertos bienes jurídicos pueda suponer una determinada conducta deberá legitimarse penalmente si tal conducta es el resultado del ejercicio de un derecho fundamental que, tras la debida ponderación⁽⁷⁰⁾, debe prevalecer sobre la intangibilidad del bien afectado⁽⁷¹⁾.

Así, por ejemplo, en el caso de los delitos contra el honor deberá tomarse en consideración el derecho a la libertad de expresar y emitir opiniones, de manera que, para determinar si la expresión proferida por el actuante es penalmente ilícita, tendrá que efectuarse una cuidadosa ponderación entre el citado derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor eventualmente afectado. Del mismo modo, otros delitos cometidos a través de la palabra, como la apología, sólo podrán ser legitimados penalmente cuando la expresión implique la creación de un riesgo relevante para un determinado bien jurídico⁽⁷²⁾, razón

(69) ROXIN, “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, en *La teoría del delito en su discusión actual* (traducido por Manuel Abanto Vázquez), 2007, p. 92, se refiere al “equilibrio entre los intereses estatales de seguridad y los intereses individuales de libertad. Cuando prevalecieran los intereses de seguridad se presentará un riesgo no permitido que, en caso de su realización, llevará a la imputación del resultado típico. En cambio, si prevalecieran los intereses individuales de libertad, el riesgo estará permitido y la imputación del resultado quedará excluida incluso en caso de realizarse el riesgo”. El citado autor mantiene, sin embargo, una concepción del injusto basada en la imputación del resultado, que no comparto, pues si se afirma que en el caso concreto debe prevalecer la libertad del actuante y que, por ello, estaríamos ante un riesgo permitido, lo que realmente sucede es que la conducta no estaría prohibida, siendo superfluo ya el análisis de la imputación del resultado. Lo que importa no es, por tanto, la imputación, sino la desvaloración, *Vid.* FRISCH, en *Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal* (traducido por Robles Planas), 2006, pp. 49 y ss.

(70) SCHÜNEMANN, *¿El derecho penal...*, *op. cit.*, p. 51, con base en el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, afirma que éste no puede legitimarse únicamente en los fines, sino que, además, su empleo debe ser proporcionado, de manera que resulte idóneo y necesario, no pudiendo provocar más daños que beneficios.

(71) La Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983, de 23 de noviembre, declaró que “este Tribunal, en aquella medida en que ha de velar por el respeto de la Constitución y el de los derechos fundamentales consagrados por la misma, tiene que plantearse la cuestión de la legitimidad constitucional de las interpretaciones que de tales preceptos puedan hacer los Tribunales”.

(72) Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 29 de noviembre de 1997: “Es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y su autor, sino que, además, ha de ser apta e idónea para

por la cual el párrafo segundo del artículo 18.1 del Código Penal establece que la apología sólo será delictiva “como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”⁽⁷³⁾. En otro caso, es decir, cuando el sujeto activo vierta expresiones en público por las que se enaltezca al responsable de un delito, pero ello no implique una incitación directa a la comisión de hechos delictivos, la conducta será atípica por realizarse en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁽⁷⁴⁾.

En resumen, pues, la intervención penal estará legitimada cuando la conducta objeto de tipificación se realice en condiciones tales que implique una amenaza seria y real a los bienes jurídicos⁽⁷⁵⁾, en cuyo caso dicho peligro inmediato justificará la sanción penal, aun cuando la conducta se ejecute al amparo de un derecho fundamental y siempre que, tras la debida ponderación entre los derechos afectados, deba prevalecer la incolumidad del objeto amenazado por la conducta. Así, ejemplificando con el supuesto de la provocación para delinquir, para que las expresiones dirigidas a instigar a la comisión de delitos merezcan sanción penal, es preciso, por un lado, que la conducta se realice en condiciones tales que suponga una incitación directa a la comisión del hecho delictivo, pero, adicionalmente, es necesario que los intereses que pudieran verse afectados por la conducta que se intenta provocar posean un rango que deba prevalecer sobre el derecho a expresar ideas u opiniones. Esto explica que, en nuestro actual Código Penal, a diferencia de lo que sucedía en el de 1973, la provocación y los demás actos preparatorios sólo sean punibles cuando se refieren a delitos que el legislador ha estimado de especial gravedad (homicidio, asesinato, detenciones ilegales, atentados, sedición, entre otros), mientras que, en relación a otros delitos (falsedades, salud pública, Hacienda

poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que puede determinar a otros a la perpetración del delito”.

(73) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 155-156.

(74) La STS de 4 de julio de 1994, en referencia al delito de apología tipificado en el artículo 268 del CP de 1973, declaraba que “el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles en la determinación de los alcances del tipo penal, es decir, de la prohibición establecida en el artículo 268 del Código Penal”.

(75) El injusto se fundamentaría, pues, en la capacidad lesiva *ex ante* de la conducta ejecutada, lo que permitiría el castigo de comportamientos que presenten tales características aunque, *ex post*, se hayan revelado inocuos, vid. FUENTES OSORIO, *RECPC* 8-8 (2006), *op. cit.*, pp. 5-6.

Pública) resultaría impune ⁽⁷⁶⁾. La razón de ello estriba en que, siendo la provocación un mero acto preparatorio que todavía no ha superado el umbral de la ejecución, no existe proximidad con la eventual lesión del bien jurídico afectado, lo que determina que, para legitimar su punición, el bien eventualmente afectado tenga una importancia especial. En cambio, cuando tal proximidad sí concurre, como sucede con la inducción, entonces se legitima la intervención penal con independencia del rango que tenga el bien jurídico lesionado por la conducta del inducido, lo que explica que la inducción sea, en todos los casos, punible.

III. RELEVANCIA PENAL DE LA NEGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE GENOCIDIO. LA SENTENCIA

Una vez sentadas las premisas que permiten establecer los filtros a los que deberá someterse toda propuesta de tipificación penal de una determinada conducta, es el momento de centrarse en la cuestión sometida por la Audiencia Provincial de Barcelona al Tribunal Constitucional, esto es, la posible inconstitucionalidad del artículo 607.2, inciso 1.º, del Código Penal, en lo concerniente a las conductas negadoras o justificativas de los actos de genocidio. Muy resumidamente, el citado Tribunal Provincial planteó al máximo intérprete de la Constitución la posibilidad de que la sanción penal de los citados comportamientos resultara contraria al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, reconocidos en el artículo 20.1 del texto constitucional.

Como ya se adelantó al principio, la cuestión planteada fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 235/2007, de 7 de noviembre, que, sin embargo, no fue decidida por unanimidad de los miembros de dicho Tribunal, sino que contó con cuatro votos disidentes, los cuales, a su vez, discrepan de la mayoría en función de diversos argumentos.

⁽⁷⁶⁾ En este aspecto, sin embargo, tiene razón SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 149-150, cuando pone de relieve la arbitrariedad del legislador a la hora de establecer los delitos respecto de los cuales son punibles los actos preparatorios, delitos que no son siempre los más graves, pues mientras se castiga la conspiración, proposición o provocación para el blanqueo de capitales, resulta en cambio impune la preparación de delitos de mucha mayor gravedad, como, por ejemplo, las agresiones o abusos sexuales a menores; en el mismo sentido, FUENTES OSORIO, *REDPC* 8-8 (2006), *op. cit.*, p. 17, quien de *lege ferenda* propone establecer, ora un sistema de incriminación general de las conductas recogidas en los artículos 17 y 18 del CP para los delitos graves o que tengan señalada una pena de prisión superior a determinado límite, ora una tipificación concreta para los tipos y formas de ataque respecto de bienes jurídicos de mayor relevancia.

1. La Sala mayoritaria

La mayoría de los integrantes del Tribunal Constitucional, bajo la Ponencia del Sr. Gay Montalvo, comienza su razonamiento declarando que una sociedad libre no puede concebirse si no se garantiza el mantenimiento de una opinión pública libre, por lo que los derechos a expresar y difundir libremente las ideas y opiniones, reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución “no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático” (Fundamento Jurídico 4.^o). El libre intercambio de ideas, que se considera como el fundamento del sistema democrático, impide que los poderes públicos puedan fiscalizar la circulación pública de ideas o doctrinas, de modo que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opciones contrarias a la esencia misma de la Constitución” (Fundamento Jurídico 4.^o).

Como vemos, pues, la Sala mayoritaria parece situar en el marco de la Constitución los límites que legitiman la intervención penal, toda vez que, a la hora de analizar la relevancia penal de la conducta sometida a su consideración, parte de los derechos fundamentales que, recogidos en el texto constitucional, podrían verse afectados con la proscripción penal de tales comportamientos. Esta conclusión se corrobora en el siguiente Fundamento Jurídico, en el que la Sala viene a establecer que el citado derecho a transmitir ideas no puede entenderse en términos absolutos, toda vez que éste, así como los demás, viene condicionado al respeto de la dignidad humana, reconocido igualmente en la Constitución, por lo que, conforme a ello, no se encontrarían constitucionalmente legitimadas aquellas conductas de enaltecimiento de verdugos o justificación de sus hechos, cuando ello suponga una humillación de sus víctimas, o cuando impliquen una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinados colectivos, por lo que se declara que el artículo 20.1 de la Constitución, cuando se trata de la alusión a hechos históricos, “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que inciten directamente a dichas actitudes constitucionalmente inaceptables” (Fundamento Jurídico 5.^o).

El hilo conductor del razonamiento expuesto resulta indiscutible: la intervención penal debe legitimarse a través de una ponderación de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados, en el caso concreto, la libertad de expresión y difusión de ideas, por un lado, y la dignidad de las personas a las que se refieran tales expresiones, por otro, y por ello la Sala declara que “a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de

ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político” (Fundamento Jurídico 6.^o).

El razonamiento que desarrolla la Sala mayoritaria se completa con la expresa referencia a la protección de los bienes jurídicos, como criterio necesario para justificar la tipificación penal, cuando manifiesta que la mera negación de los actos de genocidio acaecidos a lo largo de la historia no implica, en todos los casos, la creación de una atmósfera hostil contra las personas pertenecientes a los grupos que sufrieron tales actos. Teniendo en cuenta que el precepto penal cuestionado no exige que tales expresiones negadoras resulten adecuadas para ello, se concluye afirmando que la conducta sancionada “permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión” (Fundamento Jurídico 8.^o)⁽⁷⁷⁾.

Distintamente, en lo que concierne a las conductas consistentes en la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, al estimar la Sala que dicha conducta contiene un juicio de valor, sí sería posible deducir del precepto un elemento tendencial en la justificación pública del genocidio, “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el artículo 607.2 del CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio” (Fundamento Jurídico 9.^o).

Por todo ello, la mayoría de los Magistrados del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la expresión “nieguen”, incluida en el primer inciso del artículo 607.2 del CP, mientras se mantiene la conformidad con la Carta Magna en lo que concierne al castigo por la difusión de ideas tendentes a justificar un delito de genocidio, cuando supongan una incitación indirecta a su comisión o se busque la provocación al odio hacia determinados grupos humanos.

2. Los votos particulares

Frente al parecer mayoritario se alzan cuatro votos discrepantes, todos los cuales coinciden en declarar la legitimidad constitucional de la tipificación de las conductas negadoras de los actos de genocidio. El discurso de los Magistrados disidentes discurre por cauces prácticamente coincidentes, argumentando

⁽⁷⁷⁾ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1998, *op. cit.*, pp. 2272-2273.

que tanto los comportamientos de negación como los de justificación son susceptibles de lesionar los intereses de los colectivos afectados.

Así, el Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel afirma que el tipo delictivo cuestionado no adolece de vaguedad, al tomar como punto de referencia concreta el delito de genocidio, por lo que se estarían tipificando acciones “que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana”. Se trata, según dicho Magistrado, de un delito de peligro abstracto, y teniendo en cuenta que las conductas de negación o justificación en él previstas deben realizarse con publicidad⁽⁷⁸⁾, en cuyo caso su potencialidad lesiva es evidente, concluye que su conformidad con la Constitución no ofrece dudas.

Prácticamente por los mismos derroteros va el razonamiento del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, el cual avala la constitucionalidad del precepto sometido a su consideración, y para ello reproduce el argumento ya sustentado por la Sala mayoritaria, relativo a que en la dignidad humana se encuentra el cimiento irrenunciable del orden político y de la paz social⁽⁷⁹⁾, que a su vez fundamentan un Estado social y democrático de Derecho, el cual, para ser plural, precisa de mecanismos que impidan actuaciones contrarias al pluralismo. En base a ello, declara que los colectivos antipluralistas constituyen una amenaza a numerosos grupos (minorías africanas, árabes y asiáticos), resultando, frente a ello, necesaria la prohibición de conductas que, como la negación o justificación del genocidio, puedan crear tales riesgos, resultando por esto legítima la tipificación que de tales comportamientos realiza el artículo 607.2, inciso 1.º, del CP, no incluidos en el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ En el mismo sentido, GÓMEZ NAVAJAS, “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995” (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998), *La Ley*, 1999, Diario 4790, de 6 de mayo, p. 1845, considera que, aunque el precepto no lo establece de forma expresa, debe estimarse que las expresiones de negación o justificación tienen que difundirse “públicamente”; FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1998, *op. cit.*, p. 2273, deduce el requisito de la publicidad a partir de una interpretación sistemática, de la cual resulta que, cuando el legislador ha anticipado la tutela penal hasta la fase preparatoria, ha exigido, bien que el sujeto vaya a intervenir en la ejecución del hecho típico o que la conducta se lleve a cabo con publicidad, tal y como para la provocación exige el artículo 18.

⁽⁷⁹⁾ GÓMEZ NAVAJAS, *La Ley*, 1999, *op. cit.*, p. 1844, declara, igualmente, que tanto la negación como la justificación de los actos de genocidio suponen “un ataque y menosprecio a la dignidad humana y una solapada aceptación del delito”.

⁽⁸⁰⁾ *Vid.* GÓMEZ NAVAJAS, *La Ley*, 1999, *op. cit.*, p. 1840.

La potencialidad lesiva de las conductas cuestionadas es, asimismo, el argumento que utiliza el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, quien, en referencia a la conducta de negación, declara que ésta implica, por sí misma, un desprecio hacia las víctimas que sufrieron los actos genocidas, a través del fomento del olvido del hecho, por lo que la finalidad del precepto es “proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaría un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiera concretarse en actos específicos de discriminación social, étnica o religiosa; ciertamente este es un peligro que una sociedad democrática no puede permitirse correr en las actuales circunstancias, en las que no puede negarse el rebrote de esas actitudes”⁽⁸¹⁾. A mayor abundamiento, el citado Magistrado sostiene que el elemento tendencial, que la Sala mayoritaria reconoce sólo en la justificación, estaría también presente en el negacionismo, dada la total equiparación que de ambas conductas realiza el artículo 607.2 del CP.

Este último razonamiento es el que mantiene el también Magistrado disidente, Pascual Sala Sánchez, basándose en la preposición “o” que separa la negación de la justificación, conforme a lo cual el precepto sancionaría, no la negación o justificación en abstracto, sino en cuanto impliquen “la presentación como justa de un delito de genocidio en términos tales que suponga una invitación indirecta a su comisión”.

3. Recapitulación y toma de posición

Resumiendo las distintas opiniones contenidas en la sentencia comentada, y a través de un atento análisis de los razonamientos expuestos, se llega a la conclusión de que no existen diferencias sustanciales entre el parecer de la mayoría y el que se expone a través de los cuatro votos particulares. Así, tanto la Sala mayoritaria como los Magistrados disidentes coinciden en que la dignidad humana representa el fundamento de todo orden social y político y que, por ello, deben sancionarse penalmente aquellas conductas susceptibles de lesionarla. La mayoría de los Magistrados declara, asimismo, que el legislador penal, a la hora de acotar las conductas penalmente relevantes, está condicionado por los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, por lo que no toda expresión que, de alguna manera, pudiera resultar ofensiva para la dignidad de determinadas personas o grupos puede ser proscrita. Y descendiendo al caso concreto sometido a la consideración del Tribunal, todos los Magistrados coinciden en afirmar que la justificación del genocidio debe ser penalmente sancionada por su idoneidad para provocar el odio hacia determinados grupos

(81) Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1998, *op. cit.*, p. 2273.

humanos. En cambio, por lo que respecta a la negación, la Sala mayoritaria opta por rechazar su relevancia penal, al no requerir el tipo un elemento tendencial en la conducta, con lo cual la negación, en sí misma considerada, no constituiría un comportamiento susceptible de lesionar a la dignidad e intereses de los grupos afectados, a diferencia de los Magistrados disidentes, que mantienen que, al igual que la justificación, el negacionismo lleva consigo dicho elemento tendencial.

Por consiguiente, la única discrepancia que se aprecia en la discusión del Tribunal Constitucional se reduce a si el tipo que recoge la negación de actos de genocidio precisa que la conducta se lleve a cabo en circunstancias tales que suponga, cuanto menos, una incitación indirecta a la comisión de tales actos, lo que la Sala mayoritaria rechaza, pero que, de admitirlo, arribaría a las mismas conclusiones que los Magistrados disidentes, es decir, la legitimidad de la tipificación penal de tales conductas. En consecuencia, la cuestión que debemos resolver consiste, por una parte, en determinar si el tipo penal se limita a sancionar la negación o la justificación en sí mismas o si, por el contrario, requiere que tales comportamientos se realicen de manera que sean susceptibles de implicar una incitación indirecta a ejecutar tales hechos. Y, de responder afirmativamente a esta pregunta, verificar a continuación si resultaría legitimada la proscripción penal de tales comportamientos.

De *lege data*, tal y como se encuentra redactado el tipo penal no parece exigir en el autor una finalidad a la incitación indirecta a la comisión de actos de genocidio, pues el precepto se limita a sancionar la “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo”, sin requerir un ánimo específico en el autor ni la concurrencia de circunstancias que puedan determinar tal incitación, por lo que una interpretación gramatical del precepto excluye dicho elemento tendencial, que, por el contrario, sí aparece expresamente recogido en el parágrafo 130 del Código Penal Alemán, el cual requiere de forma explícita que la conducta sea idónea para perturbar la paz pública⁽⁸²⁾.

Sin embargo, como quedó indicado con anterioridad, al Derecho Penal, dado su carácter de *ultima ratio*, sólo le interesan las conductas que, desde el punto de vista objetivo, resulten idóneas para lesionar algún objeto que merezca especial protección y calificado, por ello, como bien jurídico. Esto significa que, aun cuando el tipo penal no lo prevea de manera expresa, la conducta

(82) Parágrafo 130.3 del Código Penal Alemán: “Será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa, quien apruebe, niegue o minimice públicamente o ante una concurrencia de personas algunas de las acciones descritas en el parágrafo 220.1 cometidas bajo el dominio del nacionalsocialismo, en condiciones tales que sea susceptible de perturbar la paz pública”.

tipificada deberá ser objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, de modo que en aquellos casos en que el legislador sanciona determinadas conductas sin exigir nada más —delitos de peligro abstracto—, no basta con demostrar que se ha realizado una conducta como la descrita, sino que es preciso, además, acreditar que esa conducta, en la situación concreta, era idónea para generar un riesgo —cuanto menos genérico— de efectiva lesión para el bien jurídico. En este sentido, respecto al delito de tenencia ilícita de armas previsto en el artículo 563 del CP, que sanciona la simple tenencia de armas sin la correspondiente autorización, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 24/2004, de 24 de febrero, estableció que “la intervención penal sólo resultaría justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso”⁽⁸³⁾, interpretación que resulta acorde con la posición tomada en este trabajo.

En consecuencia, aunque el tipo no lo diga de manera explícita, la conducta sancionada deberá realizarse en condiciones tales que, desde el punto de vista objetivo, resulte adecuada para incitar indirectamente a la comisión de los actos genocidas que se niegan o justifican⁽⁸⁴⁾. Así, entrarían dentro del tipo las expresiones negadoras o justificadoras de tales actos, proferidas ante una aglomeración de personas con ideologías hostiles hacia determinados grupos nacionales étnicos, raciales o religiosos. En cambio, sería atípica la difusión de tales expresiones cuando, dadas las características de los destinatarios, no resulte previsible que en ellos vayan a arraigar ideas genocidas.

Si trasladamos estas consideraciones a la Sentencia que se está comentando, la Sala mayoritaria declara la inconstitucionalidad de la tipificación de las conductas negadoras sobre el argumento de que el tipo, a diferencia de lo que sucedería con la justificación, no exige un elemento tendencial. Sin embargo,

(83) Esta resolución tuvo también cuatro votos particulares, de los Magistrados Guillermo Jiménez Sánchez, Vicente Conde Martín de Hijas, Pablo García Manzano y María Emilia Casas Baamonde, quienes mantuvieron que el precepto no hace referencia expresa alguna a las circunstancias de riesgo y que, por esa razón, no se puede entender que éstas formen parte del tipo.

(84) No requiere dicho precepto, sin embargo, que la conducta de negación o justificación sea de naturaleza “provocadora” de los delitos de genocidio, pues para tales conductas ya existe una expresa previsión en el artículo 615 del Código Penal, por lo que parece que lo que realmente sanciona el artículo 607.2 es la mera negación o justificación sin más, eso sí, en circunstancias tales que pudieran, de alguna manera, suponer una incitación. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal...*, op. cit., p. 157.

ya hemos visto que, aun no constando expresamente, el tipo penal precisa que la conducta se ejecute en condiciones idóneas para generar una incitación indirecta, con lo cual, a tenor del razonamiento de la Sala, la conducta de negación, al igual que la de justificación, sería conforme con la Constitución, coincidiendo así también con los votos particulares, por lo que, en función de estas premisas, sería plenamente legítima la sanción penal de las conductas de negación o justificación del genocidio.

Pues bien, del parecer expresado por el Tribunal Constitucional en la referida resolución me permito discrepar. Vaya por delante que los actos de exterminio de grupos humanos ejecutados por razones de una pretendida inferioridad racial, o por motivos de tipo nacional o religioso, que desgraciadamente se han producido en la Historia reciente, repugnan y merecen la más enérgica repulsa. Ciertamente es también que, en el momento actual, destaca la proliferación de ideologías de tipo xenófobo contra determinadas etnias y colectivos que constituyen sin duda una amenaza latente para los integrantes de tales grupos, los cuales deben ser penalmente protegidos de los ataques que por tal motivo puedan sufrir. Sin embargo, como ya se ha declarado en varias ocasiones a lo largo de esta reflexión, las especiales características del Derecho Penal hacen que la protección de los bienes jurídicos no pueda exigirse a toda costa y que, por tanto, no resulte legítima la prohibición de cualquier tipo de conducta que, sólo de manera eventual, pueda favorecer la lesión de un bien jurídico.

Los parámetros que marcan la legitimidad de la intervención penal vienen determinados no sólo en función de la importancia de los derechos fundamentales afectados tanto por la prohibición penal como por la conducta a proscribir, sino también por la proximidad entre la conducta y la lesión del bien jurídico⁽⁸⁵⁾. En el supuesto de las expresiones de negación o justificación de los actos

(85) La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio, anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997, por la que se condenaba a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por colaboración con banda armada, conforme al artículo 174.bis.a) del CP de 1973, al haber cedido su espacio electoral a ETA para que dicha organización terrorista difundiese sus propuestas. Entiende el Tribunal Constitucional que la excesiva amplitud de las conductas tipificadas en el referido precepto hacía desproporcionada la pena para ellas prevista. En sus razonamientos, el Tribunal maneja los citados criterios de ponderación de derechos afectados y proximidad en la lesión: “En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar (...) Por el contrario, en el otro plato de la balanza, en el de los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales, debe destacarse, en primer lugar, la muy significativa entidad de la pena: una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas”.

de genocidio, aun cuando deban realizarse en condiciones tales que supongan una incitación indirecta a la comisión de tales hechos, dado que éstas no determinan un riesgo directo sino remoto, debe prevalecer el derecho fundamental a la libertad de expresión y, por ello, considero que no es legítima la tipificación penal de tales conductas, por lo que estimo acertada la inconstitucionalidad que sobre el artículo 607.2 del CP ha declarado la mayoría del Tribunal Constitucional, si bien ésta debió abarcar asimismo las conductas de justificación⁽⁸⁶⁾.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como resumen de lo precedentemente expuesto, podemos concluir que, aun cuando el Derecho Penal sirve a la protección de los bienes que una sociedad, en un momento determinado, ha estimado de especial importancia para la convivencia, no obstante, esa labor protectora tiene que articularse de manera que el remedio no aparezca más gravoso que la enfermedad. Dicho de otra forma, la restricción de la libertad personal que toda conminación penal supone no puede determinar un sacrificio mayor que los perjuicios que la ejecución de la conducta prohibida sería susceptible de generar. Esta afirmación cobra especial importancia cuando se suscita la conveniencia de proscribir penalmente conductas que, si bien pueden contribuir a la lesión de un bien jurídico, sin embargo, su realización se encuentra muy alejada de la efectiva afectación del citado bien.

Descendiendo al caso concreto de las conductas meramente negadoras o justificadoras de los actos de genocidio, la circunstancia de que su ejecución se encontraría sumamente alejada de la efectiva lesión de los bienes jurídicos afectados, y de que la libertad de expresión posee el carácter de derecho fundamental, determina que estos comportamientos deban quedar fuera de la órbita

(86) Una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad elevada en su día, la Audiencia Provincial de Barcelona ha dictado Sentencia con fecha 5 de marzo de 2008, en la cual, siguiendo la doctrina marcada por la mayoría del Tribunal Constitucional, confirma la condena del Juzgado de lo Penal núm. 3 de la citada ciudad, por considerar que la conducta del acusado constituía una justificación del genocidio, declarándose en su Fundamento Jurídico 5.º: “Parece claro que, de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, una vez que han sido eliminadas todas las referencias a las llamadas doctrinas negacionistas, es patente que siguen existiendo razones para aplicar el tipo penal previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, toda vez que en el contenido general de las publicaciones y materiales distribuidas por el acusado se aprecia, sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (artículo 607.2 del Código Penal)”.

jurídico-penal salvo cuando, lógicamente, las expresiones vertidas se profieran en circunstancias tales que impliquen una incitación directa a la comisión de tales actos, en cuyo caso deberá sancionarse como provocación al genocidio, expresamente prevista en el artículo 615 del Código Penal. Fuera de estos supuestos, la mera negación o justificación del genocidio no constituye una conducta de gravedad suficiente para ser penalmente tipificada.

La resolución del Tribunal Constitucional, por el contrario, viene a expresar la legitimidad de la tipificación penal de conductas de negación o justificación del genocidio, cuando se realicen en condiciones que impliquen una incitación indirecta a la comisión de tales hechos, ratificando así que el derecho a la libertad de expresión no ampara manifestaciones u opiniones que, sólo de forma indirecta y eventual, podrían degenerar en un resultado lesivo.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

	<u>Página</u>
A	
Apropiación indebida:	
— STS 228/2009, de 6 de marzo	186
Asesinato:	
— STS 437/2009, de 22 de abril	252
C	
Coautoría:	
— STS 107/2009, de 17 de febrero	167
Comisión por omisión:	
— STS 257/2009, de 30 de marzo	228
Corrupción de menores:	
— SAP Cantabria 3004/2009, de 26 de enero	278
Costas procesales:	
— STS 107/2009, de 17 de febrero	167

D

Declaraciones sumariales:

- STS 225/2009, de 2 de marzo 180

Delito continuado:

- STS 365/2009, de 16 de abril 244
— STS 463/2009, de 7 de mayo 263

Delito fiscal:

- SAP Cádiz 12/2009, de 13 de enero 273
— SAP Badajoz 38/2009, de 5 de marzo 293

Delitos contra el medio ambiente:

- SAP Barcelona 68/2008, de 2 de enero 269

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros:

- SAP Zamora 4/2009, 6 de abril 303

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

- STS 425/2009, de 14 de abril 240

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

- SAP Las Palmas 27/2009, de 19 de enero 275

Delitos relativos a la propiedad industrial:

- SAP Madrid 38/2009, de 3 de febrero 280

Delitos societarios:

- AAP Castellón 79/2009, de 10 de febrero 285

Descubrimiento y revelación de secretos:

- SAP Baleares 11/2009, de 11 de febrero 287

Deslealtad profesional:

- SAP Madrid 47/2009, de 23 de marzo 295

Dolo eventual:

- STS 437/2009, de 22 de abril 252

E

Estafa:

- STS 236/2009, de 17 de marzo 199

Expulsión de extranjeros:

- STS 169/2009, de 19 de febrero 172

F

Falsedad del delito:

- STS 324/2009, de 27 de marzo 217

Falsedad documental:

- SAP Cádiz 12/2009, de 13 de enero 273
 — STS 324/2009, de 27 de marzo 217
 — STS 365/2009, de 16 de abril 244
 — STS 507/2009, de 28 de abril 256

Falsificación de moneda:

- STS 507/2009, de 28 de abril 256

I

Imparcialidad del juzgador:

- SAP Baleares 9/2009, 4 de febrero 281

L

Legítima defensa:

- STS 287/2009, de 17 de marzo 210

M

Medidas de seguridad:

- STS 437/2009, de 22 de abril 252

P

Prescripción:

- AAP Barcelona 72/2009, de 20 de febrero 290
 — STC 147/2009, de 15 de junio 142

Prevaricación judicial:

- STS 102/2009, de 3 de febrero 157

Principio acusatorio:

- STS 169/2009, de 19 de febrero 172
 — STC 155/2009, de 25 de junio 146

Principio de igualdad:

- STC 127/2009, de 26 de mayo 131

Principio de proporcionalidad:

- STC 127/2009, de 26 de mayo 131

Prostitución:

- STS 425/2009, de 14 de abril 240
 — STS 450/2009, de 22 de abril 254

Prueba:

- STS 309/2009, de 17 de marzo 204

• *Prueba documental:*

- STS 443/2009, de 8 de abril 237

• *Prueba testifical:*

- STS 238/2009, de 6 de marzo 183
 — STC 56/2009, de 9 de marzo 119
 — STS 96/2009, de 10 de marzo 188
 — STS 378/2009, de 27 de marzo 221
 — STS 425/2009, de 14 de abril 240

Q

Quebrantamiento de condena penal. Prohibición de aproximación:

— STS 172/2009, de 24 de febrero	175
--	-----

R

Recurso de amparo:

— STC 155/2009, de 25 de junio	146
--------------------------------------	-----

Recurso de apelación:

— SAP Madrid 1/2009, de 2 de enero de 2009	271
— STC 120/2009, de 18 de mayo	122

Relación de causalidad:

— STS 449/2009, de 6 de mayo	260
------------------------------------	-----

Responsabilidad civil derivada del delito:

— SAP Tarragona 19/2009, de 9 de enero	272
— STS 98/2009, de 10 de febrero	164
— STS 322/2009, de 23 de marzo	215
— STS 394/2009, de 22 de abril	247
— STS 457/2009, de 5 de mayo	259

T

Tenencia ilícita de armas:

— STS 123/2009, de 3 de febrero	162
---------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

— STS 311/2009, de 27 de febrero	177
— STS 291/2009, de 17 de marzo	201

Tribunal del Jurado:

— STS 499/2009, de 18 de mayo	265
-------------------------------------	-----

U

Usurpación de estado civil:

— AAP Toledo 53/2009, de 26 de marzo	298
--	-----

V

Violencia de género:

— STC 127/2009, de 26 de mayo	131
— SAP Madrid 13/2009, de 31 de marzo	300

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 56/2009 del Pleno del TC de 9 de marzo de 2009
(BOE 14 de abril de 2009) (Recurso de amparo 3283/2005)**

TESTIMONIO DE COIMPUTADO

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Trepms**

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre los requisitos que ha de cumplir el testimonio del coimputado para erigirse en prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia, el parecer mayoritario de la Sala se inclina por ratificar la validez del prestado en el caso de autos, si bien existe un voto particular discrepante que, por su interés, también se reproduce.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de este recurso de amparo es determinar si se ha vulnerado el derecho del recurrente a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber sido condenado con fundamento exclusivo en la declaración de dos coimputados sin contar con elementos externos mínimos de corroboración que permitieran entender enervada la presunción de inocencia.

2. Este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declara-

ción del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, STC 91/2008, de 21 de julio, FJ 3).

En el presente caso, como se refleja en las actuaciones y ha quedado expuesto en los antecedentes, el recurrente fue condenado como autor de un delito contra la salud pública al estimarse acreditado que, junto con otros dos acusados, se concertó a finales de 2000 para introducir en la península una importante cantidad de estupefacientes a través de la costa de Cádiz, utilizando una embarcación deportiva propiedad de uno de ellos, para lo que contrataron a otros dos de los acusados, que se encontraban en una situación económica precaria, con el fin de que materializaran la operación, siendo detenidos portando en la embarcación más de 2.500 kilos de hachís. La Sentencia de instancia pone de manifiesto como uno de los coimputados explicó que otro de los acusados se puso en contacto con él para ofrecerle

realizar el transporte de hachís a cambio de dinero, llevándole a un taller donde estaba el recurrente, quien se enfadó por haberlo llevado allí, y que fue a quien dio sus datos a fin de realizar el primer contrato de arrendamiento de la embarcación y el que le entregó el contrato para que lo firmara. Igualmente, se destaca que la declaración de los coimputados ha quedado corroborada, además, de por la coincidencia sustancial de las declaraciones de ambos, por la realidad de la existencia del taller donde trabaja el recurrente y donde dice el coimputado que le llevó otro de los acusados y la no constancia de ninguna situación anterior de enemistad de los coimputados. Por su parte, la Sentencia de casación también destaca que las declaraciones de los coimputados, en las que no se aprecian contradicciones, quedaron corroboradas por otros datos periféricos como era la existencia del taller en donde se produjo el encuentro con el recurrente.

3. En atención a lo expuesto, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado y, en segundo lugar, que son los órganos judiciales los que gozan de inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este Tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en las Sentencias impugnadas cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración de los coimputados para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA
PRESIDENTA, DOÑA MARÍA EMILIA CASAS
BAAMONDE, A LA SENTENCIA RECAÍDA EN
EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3283-2005

1. Con el mayor respeto hacia el parecer mayoritario de la Sala expresado en la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la aplicación que hace de nuestra consolidada doctrina sobre el insuficiente valor probatorio del testimonio del coimputado y que supone en realidad un claro apartamiento de la misma. A mi juicio, una aplicación acorde con la exigencia constitucional de corroboración de dicho testimonio y coherente con nuestros propios precedentes jurisprudenciales sólo podía conducir al otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Paso, pues, a exponer mi posición divergente a partir de esa consolidada doctrina de la que la Sentencia mayoritaria se aparta.

2. Uno de los contenidos esenciales del derecho a la presunción de inocencia radica en que la determinación de los hechos en sentido inculpativo no ha de albergar duda alguna razonable (por todas, STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 4). Tal cosa no sucede si el sustrato único del relato de hechos probados es el testimonio de un coimputado, prueba que hemos calificado de «intrínsecamente sospechosa» (SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2), pues su fiabilidad queda afectada, además de por la subjetividad propia de las pruebas testificales, por la ausencia de un deber jurídico de veracidad —y ya, previamente, de declaración, lo que afecta a las posibilidades de contradicción— y por los propios intereses procesales del testigo en relación con su propia responsabilidad penal. La imputación del hecho punible a otro puede contribuir a negar o a diluir la responsabilidad propia, o puede hacer pensar al declarante que constituye un modo de colaboración con la investigación que puede depa-
rarle beneficios procesales o penales. Por estas razones el Tribunal ha subrayado la

«escasa fiabilidad» del testimonio del coimputado «derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios (entre los que es relevante el de autoexculpación o reducción de su responsabilidad)» y del hecho de que «se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción. Y es que... el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación legal de decir la verdad, sino que puede callar en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido expresamente en el art. 24.2 CE» (SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4).

Conforme a nuestra jurisprudencia, este insuficiente valor probatorio del testimonio inculpativo del coimputado hace que no pueda constituir el sustrato único de la enervación de la presunción de inocencia y que el derecho a la misma sólo quede salvaguardado si concurre una corroboración objetiva mínima de la conducta así imputada. La suficiencia constitucional de tal corroboración en orden a disipar las razonables dudas que suscita aquella prueba testifical habrá de valorarse caso por caso, pero se encuadrará necesariamente entre dos extremos: no ha de ser una nueva prueba, pues ello haría constitucionalmente irrelevante la insuficiencia probatoria que se trata de complementar, pero no puede constituir sólo un dato relativo a la coherencia interna de lo declarado o a su veracidad en aquellos aspectos que no se refieren estrictamente a la conducta delictiva imputada, cuya realidad es la que ha de ser corroborada. Así, se trata de «hechos, datos o circunstancias externas» (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 25/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 149/2008, de 17 de noviembre, FJ 3) y «de naturaleza objetiva» (STC 118/2004, de 12 de julio, FJ 2) que avalen la veracidad de la declaración no «en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados», de modo que «los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de ani-

madversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración» (por todas, STC 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). Tampoco «la declaración de un coimputado... constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado» (STC 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3).

3. En el presente caso el dato de corroboración es, además de «la coincidencia sustancial de las declaraciones de ambos coimputados,... la realidad de la existencia del taller donde trabaja el recurrente y donde dice el coimputado que le llevó otro de los acusados» (FJ 2 de la Sentencia). Descartado que el testimonio de un coimputado pueda constituir corroboración suficiente de lo testimoniado por otro coimputado, quedan sólo como posibles datos de complementación que el taller existiera y que en él trabajara el recurrente, pero no la reunión misma, con lo que tales datos expresan la veracidad en este punto de la declaración, pero nada dicen acerca de lo que requería corroboración, que es la conducta imputada, consistente en organizar, junto con otros, una operación de introducción de hachís en la península.

Expresamente hemos afirmado en otras ocasiones la inidoneidad para la corroboración exigida de la mera veracidad de los da-

tos de la declaración del coimputado relativos a la personalidad, propiedad o actividades de la persona a la que se imputa la conducta delictiva, pero ajenos a la conducta misma. Esta inidoneidad lógica provocará que, si se acepta la suficiencia de este tipo de corroboración, la condena ajena pueda depender sólo de la credibilidad que el órgano judicial otorgue al imputado que conozca dicha información relativa a la persona a la que dirige su imputación (SSTC 118/2004, de 12 de julio, FJ 4; 97/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

(...)

4. No puedo compartir, en definitiva, la solución a la que llega la Sentencia, ya que, en mi criterio, tras exponer nuestra doctrina, no la aplica correctamente al caso que resuelve, desvirtuando sus esenciales funciones constitucionales de salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia. Tales funciones son las de impedir condenas basadas en hechos dudosos y evitar la utilización espuria de las imputaciones penales de particulares. Tampoco resulta ajeno a nuestra doctrina sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia que la investigación de los hechos que puedan resultar delictivos no se detenga en el fácil expediente del testimonio potencialmente interesado de los implicados, sino que persevere hacia el hallazgo riguroso de datos objetivos que sirvan a su determinación.

**Sentencia 120/2009 del Pleno del TC de 18 de mayo de 2009
(BOE 20 de junio de 2009) (Recurso de amparo 8457/2006)**

CONDENA EN APELACIÓN. INSUFICIENCIA DE LA REPRODUCCIÓN DE LA GRABACIÓN DEL JUICIO ORAL

Arts. 24.2 CE; 790 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

SÍNTESIS

Con amplia cita jurisprudencial del TEDH se reitera la doctrina que entiende producida la vulneración del derecho a un proceso con todas las ga-

rantías a consecuencia de condena en apelación sin celebrar vista basada en una nueva valoración de pruebas personales sin que sirva para sustituirla la reproducción de la grabación audiovisual del juicio oral de la primera instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Han sido ya numerosas las ocasiones en las que este Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de las garantías que deben concurrir para que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda ser condenado por un Tribunal de apelación. En el presente caso la cuestión capital que se somete al juicio de este Tribunal consiste en dilucidar si un Tribunal de apelación —mediante una valoración de pruebas de carácter personal discrepante de la efectuada por el Juez *a quo*, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral— puede estimar un recurso de apelación interpuesto por error en la valoración de la prueba, fijando un nuevo relato de hechos probados que conduce a la condena de quien fue inicialmente absuelto.

(...)

2. Así delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, resulta conveniente recordar, siquiera sintéticamente, algunos aspectos básicos de nuestra doctrina que han de sustentar la resolución del presente recurso de amparo:

a) Con reiteración hemos señalado que es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad

de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5), a salvo la singularidad del ámbito penal.

b) En efecto, en materia penal el legislador sí debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que, como ya dijimos en la STC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) —de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ex art. 10.2 CE— consagra en su artículo 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior, a salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un Tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución.

También hemos precisado que, «a la vista del tenor literal del mencionado artículo 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos en relación con los artículos 6.1 [del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH] y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia; y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), dicho precepto se debe interpretar, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3). La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 PIDCP, lo que ha permitido que dentro de nuestro Ordenamiento, sean tanto el recurso de apelación como el de casación los que abran al condenado el acceso a un Tribunal superior (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5, y 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6).

c) Por el contrario, no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3, y 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3). Sin perjuicio de lo cual también hemos reiterado que una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5, y 270/2005,

de 24 de octubre, FJ 3). Esta vertiente del artículo 24.1 CE no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2).

Pues bien, en nuestro Ordenamiento procesal las sentencias absolutorias son susceptibles de impugnación a través de los recursos de apelación y casación, según los casos; y, deteniéndonos ahora en el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal, debemos destacar que el vigente artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) configura tres motivos de impugnación, que lo son comunes a las sentencias condenatorias y absolutorias: el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del Ordenamiento jurídico.

d) Interesa destacar que el supuesto del que trae causa el presente recurso de amparo es la impugnación de una sentencia absoluta a través de un recurso de apelación en el que se alegó la existencia de error en la valoración de la prueba, en particular de las pruebas de carácter personal practicadas en el juicio oral. Tal característica es relevante, como seguidamente se verá, para el enjuiciamiento constitucional de las quejas aducidas por el demandante de amparo, en la medida en que de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el citado artículo 790.2 LECrim, es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción, que tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho.

Por consiguiente, y en lo que ahora interesa, en la resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid estaba vinculada por la doctrina fijada a partir

de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, según la cual «en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción» (FJ 1, *in fine*).

Respetada esta limitación, que hemos vinculado al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), corresponde a los propios órganos judiciales interpretar las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal concernientes a la admisión de pruebas en la fase de apelación. En consecuencia, hemos aceptado —por ser respetuosa con la limitación constitucional a que nos referimos— aquella interpretación que entiende que con arreglo al artículo 790.3 LECrim —y, anteriormente a su art. 795.3— sólo podrán practicarse en apelación aquellas diligencias de prueba que no pudieron proponerse en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante (STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3). Del mismo modo, hemos constatado como compatible con la referida limitación constitucional una interpretación que lleve a admitir la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados (STC 167/2002, de 18 de septiembre, y las que siguen a la misma en este punto).

Naturalmente, ello sólo significa que ambas interpretaciones son compatibles con el artículo 24.2 CE; pero más allá de este juicio de constitucionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria fijar cuál sea aquella que mejor se ajuste a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto es, nuestro control a través del recurso de amparo se detiene en examinar si una determi-

nada interpretación judicial de la legalidad ordinaria resulta respetuosa con la Constitución, pero la definitiva opción por cualquiera de las que resulten constitucionalmente admisibles compete en última instancia al Tribunal Supremo, al que el artículo 123 CE confiere la condición de «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» y que desarrolla su destacada función unificadora a través del recurso de casación.

e) Por último interesa destacar que en nuestro Ordenamiento los Tribunales de apelación están facultados no sólo para revocar el pronunciamiento absolutorio del Juez *a quo* sino también para sustituirlo por otro de signo condenatorio. Cuando ello tiene lugar, dos circunstancias cobran relevancia constitucional desde la perspectiva del presente proceso de amparo: una, que el Tribunal de apelación va a ser el órgano judicial que por primera vez condene al acusado; y otra, que toda declaración de condena ha de sustentarse en una valoración directa de la actividad probatoria de cargo.

De la conjunción de ambas facetas, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído la exigencia —que ha vinculado al art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos— de que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal; doctrina que ha sido acogida por este Tribunal, de conformidad con el artículo 10.2 CE, a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, vinculándola al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

3. Resulta, pues, obligado el recordatorio de la doctrina que arranca de la mencionada STC 167/2002, de 18 de septiembre

(FFJJ 10 y 11), sustentada, como decimos, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del artículo 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbani c. Suecia*, §§ 24 y 27; 29 de octubre de 1991, caso *Helmers c. Suecia*, §§ 31 y 32; y 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 53).

No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar. La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbani c. Suecia*, § 32; 29 de octubre de 1991, caso *Helmers c. Suecia*, § 36; 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Anderson c. Suecia*, § 27; 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 31; 22 de febrero de 1996, caso *Bulut c. Austria*, §§ 40 y 41; 8 de febrero de 2000, caso *Cooke c. Austria*, § 35; 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 54 y 55; y 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros c. San Marino*, §§ 94 y 95).

Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una

nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido, el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59— que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 —caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96—, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o

culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.

4. Desde una perspectiva de delimitación negativa, hemos de recordar que, por el contrario, no será aplicable el canon expuesto y, por tanto, «no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales» (STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la STC 170/2002, de 30 de septiembre (FJ 15), que la doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, no es aplicable cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 29 de octubre de 1991, caso

Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36).

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

(...)

En definitiva, como señalamos en la STC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 7), «la garantía de inmediación, y también las de publicidad y contradicción, son... garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena [o de la absolución] cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo [o absolutorio], la declaración de

culpabilidad [o de inocencia] y la imposición de la pena [o su no imposición]».

(...)

6. Advertido que en el presente caso la revocación de la Sentencia absolutoria ha estado acompañada de un pronunciamiento de condena sustentado en una valoración directa de pruebas de carácter personal que ha propiciado una modificación del relato de hechos probados, debemos examinar la cuestión que confiere singularidad al presente recurso de amparo, esto es, la referida a si las garantías de inmediación y contradicción han quedado colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia.

Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal —incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto— viene dada por imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido.

Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que «la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración» (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5).

En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmedia-

ción adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presenten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE).

Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/ 2009, de 26 de enero, FJ 5).

En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen «directo y personal» del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una «nueva audiencia» en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia,

§ 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64).

Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen «directo y personal» —esto es, con inmediación— de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen «personal y directo» implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria.

Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o «revisio prioris instantiae», esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un «novum iudicium», con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de inmediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la reciente STC 16/2009, de 26 de enero [FJ 5.b)], tal déficit de inmediación viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apre-

ciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma.

Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala —aunque falte en esta segunda instancia la inmediación y la contradicción, como consecuencia de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación— cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador [STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b)].

En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de inmediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaria c. Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos —tales como «la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable»—, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inme-

diación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los Artículos 306, *in fine*, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista.

7. En el presente caso, conforme ha quedado ya expuesto, en el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal se sostenía que el Juez *a quo* había incurrido en error al valorar las declaraciones prestadas en el juicio oral, suscitándose tanto cuestiones de hecho como de Derecho afectantes a la culpabilidad o inocencia de los acusados, quienes en el acto del juicio negaron haber cometido los hechos de los que se les acusaba.

La Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez «a quo» había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos.

Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obsta-

tiva legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE.

8. La declaración de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha de ir acompañada, en el presente caso, de la declaración de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al igual que hemos hecho en ocasiones similares (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 12; 197/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 4;

68/2003, de 9 de abril, FJ 4; 118/2003, de 16 de junio, FJ 6; 50/2004, de 30 de marzo, FJ 4; y 168/2005, de 20 de junio, FJ 4), puesto que las actuaciones ponen de manifiesto, tal como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes, que la única actividad probatoria desarrollada sobre los hechos por los que fue condenado el recurrente fue de carácter personal, consistente en las declaraciones testificales y de los acusados, siendo así que la ponderación de dichos medios de prueba no estuvo rodeada de las debidas garantías de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, por lo que la Sentencia condenatoria carece de soporte constitucionalmente apto para enervar la presunción de inocencia.

**Sentencia 127/2009 del Pleno del TC de 26 de mayo de 2009
(BOE 20 de junio de 2009) (Cuestiones de inconstitucionalidad)**

VIOLENCIA DE GÉNERO Y PRINCIPIOS DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROPORCIONALIDAD

Arts. 14 CE; 172 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

Al igual que hizo el Tribunal Constitucional en el caso de los malos tratos (TC 59/2008, de 14 de mayo, recogida en el n.º 25 de la Revista de Derecho Penal) y en el de las amenazas (STC 45/2009, de 19 de febrero, recogida en el n.º 27 de la Revista de Derecho Penal), declara ahora la constitucionalidad de las referencias introducidas en el ámbito de las coacciones por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género. Recogemos también los votos particulares discrepantes. En el mismo sentido SSTC 164/2009 y 167/2009, ambas de 2 de julio (BOE de 28 de julio de 2009) que hacen referencia a los artículos 153.1 y 172.2 CP y 166/2009, de 2 de julio (BOE de 28 de julio), en relación al primero de los mencionados preceptos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. La principal duda de constitucionalidad planteada en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se refiere a la compatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad (art. 14 CE). La duda encuentra respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta ex art 14 CE respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 172.2 CP; en la STC 81/2008, de 17 de julio, que hace lo propio respecto a la misma duda planteada por el órgano judicial ahora cuestionante; y en la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena.

Como en los Autos que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, la pregunta esencial relativa al principio de igualdad es la de si existe un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE. Así, a partir de una interpretación del tipo penal del art. 172.2 CP que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso —pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— a un varón que coaccione levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afini-

dad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados») será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3 CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3), el recuerdo de que «corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal», para el que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del art. 172.2 CP no puede por ello «serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (SSTC 59/2008, FJ 6; 45/ 2009, FJ 3).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del art. 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y

no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 3).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por «que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 4).

a) Según decíamos en la STC 45/2009, FJ 4, «el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma». Como reseñábamos en la STC 59/2008 (FJ 8), de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están

insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales».

«A partir de esta constatación, “tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador (FJ 8)”».

b) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, «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» [FJ 9.a); también, STC 45/2009, FJ 4].

c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado. Frente a la pena del art. 172.2 CP, que consiste en «prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años», cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP la pena será de «localización permanente de

cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días» (art. 620, párrafo 3 CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (art. 495 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (Artículos 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1 CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 CP); no comporta penas accesorias (Artículos 56 y 57 CP); frente al delito de coacciones leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de coacciones (art. 22.8 CP).

Como afirmamos en la STC 45/2009, «[n]o nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma ex art. 14 CE» (FJ 4). Y ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados. Por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales y por el hecho de que frente a la consideración como delito de la coacción leve del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 172.2 CP) se califique como falta la coacción leve hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere

el art. 173.2 CP (art. 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda de facto sometido a cierto riesgo de estigmatización.

Como en la STC 45/2009 en relación con el delito de amenazas leves sin armas, a pesar de esta notable diferencia punitiva entre la coacción en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 172.2, párrafo 1 CP) y el resto de las coacciones leves que puedan darse en el seno de la pareja, dicha diferencia no convierte «en inconstitucional ex art. 14 CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (FJ 4).

Esta conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad de las mujeres, «que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja», y «la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito» (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 172.2 CP, que permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que

se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. Y ha de repararse en que la pena del art. 172.2 CP puede ser la inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho» (párrafo cuarto), con lo que la pena alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 70, 1 y 2 CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las distintas consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del art. 172.2 CP impone la misma pena «al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las coacciones leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras coacciones leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, aluden también los Autos de cuestionamiento a la posible oposición del primer párrafo del art. 172.2 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que «la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable» y el hombre «un maltratador nato».

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como

manifestación de una grave y arraigada desigualdad» (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5).

6. De un modo mucho más breve enuncia el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete una segunda duda, que rotula como de «presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad» (art. 24.2 CE), y que se sustenta, en esencia, en que el legislador presumiría que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Este presupuesto no es aceptable: «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, FJ 11; 81/2008, FJ 4).

En este marco de análisis de la compatibilidad del precepto con el principio de culpabilidad, tampoco cabe asumir la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Que en el supuesto cuestionado que tipifica el primer párrafo del art. 172.2 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta en absoluto que se esté sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, sino «por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (STC 59/2008, FJ 11).

7. La tercera y cuarta dudas planteadas por los Autos se refieren respectivamente a la vulneración del art. 25.1 y a la del art. 9 CE. La primera de ellas se refiere a la indeterminación de la pena referida al lapso

(«hasta cinco años») en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, «cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz». No se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años (STC 81/2008, FJ 2).

Tampoco resulta apreciable, en segundo lugar, la contrariedad del precepto cuestionado con el art. 9.2 CE. Como advertíamos ya en la STC 81/2008, el que supuestamente el nuevo precepto penal no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no comportaría por ello una vulneración del mismo (STC 81/2008, FJ 2).

8. El último bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del primer párrafo del art. 172.2 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que los Autos de cuestionamiento derivan de los Artículos 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 4 c)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Procede recordar que este juicio «debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo», y que en esta configuración, que supone «un complejo juicio de oportunidad», el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional «debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y

que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho». Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga «la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes», y cuando además la pena sea «instrumentalmente apta para dicha persecución», necesaria y proporcionada en sentido estricto. «Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

9. La fundamentación de los Autos de cuestionamiento sustenta la desproporción de la pena en tres argumentos:

a) El primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Con independencia de que lo determinante no es la calificación del ilícito, sino la cantidad y la calidad de la sanción, es lo cierto que frente a la justificación legislativa de «la especial incidencia» que tienen «las agresio-

nes sobre las mujeres» en «la realidad española» (exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, los Autos no exteriorizan los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una «funcionalidad manifiestamente similar» de una pena más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del artículo 172.2 CP para todas las coacciones leves allí descritas (del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva) depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el art. 173.2 CP.

Ninguno de los dos argumentos puede prosperar hacia la declaración de inconstitucionalidad de la pena por desproporción. En primer lugar, porque orillan el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones. Procede recordar una vez más que resulta razonable la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del art. 172.2 CP a partir de «su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres» (SSTC 59/2008, FJ 12; 45/2009, FJ 8). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias

que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas. Debe reseñarse además, en segundo lugar que la argumentación de los Autos se orienta en realidad a evaluar la calidad de la norma pero no su inconstitucionalidad a partir de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, que, como ya se ha referido, centran la interdicción en la idea del «desequilibrio patente y excesivo».

Descartado pues que el párrafo primero del art. 172.2 CP se oponga al principio de igualdad en la Ley (FFJJ 3 a 5) o al principio de culpabilidad (FJ 6), o que su pena sea indeterminada (FJ 7), tampoco cabe ahora apreciar que la misma suponga un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad, por lo que la cuestión planteada debe ser desestimada.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON VICENTE CONDE
MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA
SENTENCIA DE FECHA 26 DE MAYO DE
2009, DICTADA LAS CUESTIONES DE
INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS
NÚMS. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007
Y 6878-2008, PLANTEADAS POR EL
JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 2 DE
ALBACETE, RESPECTO AL ART. 172.2 DEL
CÓDIGO PENAL EN LA REDACCIÓN DADA AL
MISMO POR EL ART. 39 DE LA LEY
ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE,
DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL
CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como Ponente de la Sentencia he asumido el papel de expresar el parecer del Pleno, que no el mío propio discrepante de aquel, por ello, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular para expresar mi personal parecer sobre el caso.

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de la SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 80/2008, de 17 de julio, y 45/2009, de 19 de febrero, de las que también discrepé for-

mulando Voto particular, en lógica coherencia con mi posición precedente reitero aquí mi discrepancia, manifestando en todo caso mi respeto hacia los Magistrados de cuyo criterio me separo.

La clave esencial de todas las precedentes Sentencias aludidas en la actual, aunque se refieran a preceptos del Código penal diferentes (las dos primeras al art. 153.1, la tercera al 171.4 y la actual al 172.2) se cifra en el mayor desvalor de la conducta incriminada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que los preceptos cuestionados en cada caso se refieren.

En el Voto particular a las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA
SENTENCIA DEL PLENO QUE RESUELVE LAS
CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
ACUMULADAS NÚMS. 7393-2006,
8198-2006, 6138-2007 Y 6878-2008,
SOBRE EL ART. 172.2 DEL CÓDIGO PENAL,
EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY
ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado»

de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

Sostuve entonces y reitero ahora que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su art. 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su art. 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el párrafo primero del art. 172.2 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 172.2 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja.

Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 172.2 CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su 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 sobre 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, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el art. 172.2 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador —y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada— por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se coaccione, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta

de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —lex certa— que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la coacción. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las coacciones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 172.2 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta coactiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento, intimidatorio o coactivo contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e

irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda coacción cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 172.2 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (FJ 6). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 172.2 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos coactivos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 6), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la coacción cometida a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 172.2 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 172.2 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 172.2 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los ti-

pos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial —diría que de «orden público»— en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

5. Expreso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS, RESPECTO A LA SENTENCIA DEL
PLENO DE FECHA 26 DE MAYO DE 2009
DICTADA EN LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 7393-2006
Y ACUMULADAS

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo

Penal núm. 2 de Albacete, sobre el art. 172.2 del Código penal, en la redacción dada al mismo por el art. 39 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucio-

nalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7393-2006 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

**Sentencia 147/2009 del Pleno del TC de 15 de junio de 2009
(BOE 17 de julio de 2009) (Recurso de amparo 3768/2007)**

PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

Ponente: **Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

Se ratifica el TC en su interpretación (opuesta, como es notorio a la del TS) en cuanto a la determinación del momento en que se interrumpe la prescripción, tal y como sentó en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo (recogida en el n.º 16 de la Revista de Derecho Penal), y 29/2008, de 20 de febrero (recogida en el n.º 24 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, «en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial», ni está dotado de la protección del recurso de amparo, «ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas

practicadas» (SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4; y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).

Sin 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 prescripción 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).

Como más extensamente concluimos en esta última resolución, si «la prescripción penal supone una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi» motivada por el mero transcurso de un período de tiempo más o menos dilatado, lógicamente solo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius

puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión». Y añadíamos que «esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso» (STC 63/2005, FJ 5).

En consecuencia, y sin necesidad de entrar a dilucidar si el dies a quo en el cómputo del plazo de la prescripción penal, cuando se trata de delitos contra la hacienda pública cometidos en materia de IVA, es el día siguiente a la finalización de cada período mensual o trimestral de liquidación o el día siguiente a la finalización del último período de liquidación del año, lo cierto es que en el presente caso incluso aceptando esta última hipótesis se habría producido la prescripción de la responsabilidad penal por el ejercicio 1999. En efecto, si el plazo de presentación de la última declaración del ejercicio finalizaba el día 30 de enero de 2000, el día 30 de enero de 2005 sería el último día del plazo de prescripción de la responsabili-

dad criminal de cinco años prevista en el art. 131.1 CP. Así las cosas, aun cuando la denuncia de la Administración tributaria —solicitud de iniciación del procedimiento— se presentó el día 10 de enero de ese mismo ejercicio de 2005, el primer acto de interposición judicial —de iniciación del procedimiento— con virtualidad interruptiva —de conformidad con el art. 132.2 CP— habría sido el Auto de incoación de diligencias previas de fecha 20 de abril de 2005, dictado casi tres meses después de haberse extinguido la responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el apartado 6 del art. 130 CP. Así las cosas, 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 por un delito contra la hacienda pública por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor *ex* art. 17 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10).

No desdice la anterior conclusión la tesis del Abogado del Estado conforme a la cual para poder apreciar o no la prescripción de la responsabilidad criminal habría que estar a la existencia de un conocimiento previo o no del acusado en la persecución del delito, o a su grado de colaboración en la investigación administrativa previa. A este respecto, dos son las precisiones que se hace necesario realizar al hilo de esa manifestación. En primer lugar, como hemos dicho, el valor al que sirve el instituto de la prescripción penal «es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11; y en el mismo sentido, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8), a los

efectos de garantizar «su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal» (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2), razón por la cual «no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que ... se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el ius puniendi del Estado» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11), siendo el momento interruptivo de la prescripción, no el de la notitia criminis por parte del órgano judicial como consecuencia de «la mera presentación y registro de una querrela o denuncia», sino el de la existencia «de un acto de interposición judicial», eso sí, «por quien tenga atribuido el ius puniendi del Estado, porque el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c). En suma, «si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el ius puniendi en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.b)].

De lo expuesto se deduce con facilidad que ni es factible otorgar relevancia interruptiva del cómputo del plazo prescriptivo a las actuaciones administrativas dirigidas a la previa determinación de la responsabilidad tributaria, ni tampoco es posible otorgar tal eficacia al conocimiento por el culpable de su propia responsabilidad, pues la notitia criminis hace referencia, como no podía ser de otra manera, al conocimiento por parte del órgano judicial de la comisión de un ilícito para que pueda ejercer el ius puniendi del Estado y, por tanto, interrumpir el cóm-

puto del plazo prescripción mediante la emanación de un acto de interposición; acto de interposición judicial que, si se produce una vez transcurrido el plazo previsto en la norma penal (en el supuesto de los delitos contra la hacienda pública, de cinco años), no evita la extinción de la responsabilidad criminal, con independencia de la mayor o menor dilación en su emisión posterior.

En segundo lugar, con relación al grado de colaboración del acusado en la investigación del delito, no cabe duda de que esta alegación del Abogado del Estado no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio —y no por el principio inquisitivo—, en el que «el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo», y, por tanto, su declaración —o colaboración— «a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa», razón por la cual «ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones» (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 5).

En este sentido, no resulta admisible la pretensión de vincular los efectos de una eventual extinción de la responsabilidad criminal —por prescripción— al grado de colaboración de los culpables cuando, como es bien sabido, la Constitución española garantiza en su art. 24.2 el derecho «a no declarar contra sí mismo» y «a no confesarse culpables», como así hace también, por ejemplo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre 1966, que al recoger las «garantías mínimas» de las personas acusadas de un delito en su art. 14.3 cita entre ellas el derecho «[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable» [letra g)]. Aunque es verdad que este derecho no viene consagrado en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 de

noviembre de 1950, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el «derecho a un proceso equitativo» a que hace referencia el art. 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia). Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho éste que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8, entre otras).

En suma, la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa.

**Sentencia 155/2009 del Pleno del TC de 25 de junio de 2009
(BOE 28 de julio de 2009) (Recurso de amparo 7329/2008)**

RECURSO DE AMPARO: «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL».
PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 50.1.b) LOTC

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

Dos años después de la entrada en vigor de la reforma del recurso de amparo, el Pleno del TC determina finalmente cómo ha de interpretarse el requisito de la “especial trascendencia constitucional”. Aclarado este extremo y concurriendo la exigencia antedicha en el caso, se replantea la doctrina constitucional sobre el principio acusatorio concluyendo que solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial no puede imponer pena que exceda por su gravedad, naturaleza o cuantía de la pedida, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no trasgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la «caracterización más distintiva» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional»

que impone el art. 50.1.b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1.b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los de-

rechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC).

(...)

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una

faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

3. Tras las precedentes consideraciones sobre el requisito que para la admisión del recurso de amparo establece el art. 50.1.b) LOTC, procede que a continuación nos adentremos en el enjuiciamiento de las quejas que la solicitante de amparo plantea. La primera consiste en la posible vulneración del principio acusatorio por falta de la debida correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria, en el concreto extremo referido en este caso a la pena impuesta a la recurrente, por ser de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por la acusación.

La cuestión de los límites constitucionales a la potestad judicial de imponer penas o, en otras palabras, sobre el alcance de la exigencia de correlación entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en ocasiones precedentes, habiendo elaborado al respecto, como tendremos ocasión de constatar, una doctrina constitucional que aparece recogida de manera uniforme en la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia, pero que no está exenta, sin embargo, de inflexiones en algunas otras decisiones, al menos en su enunciado y formulación, dando así lugar a una exposición de dicha doctrina no siempre lo suficientemente nítida que, en cuanto susceptible, por lo tanto, de inducir a confusión, requiere de alguna precisión o clarificación.

Precisamente la razón de la avocación del recurso de amparo al Pleno del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.1 n) y 13 LOTC, ha radicado en la conveniencia de aclarar y perfilar la doctrina constitucional sobre tan compleja cuestión, despejando las posibles dudas que pudiera suscitar y reflexionando de nuevo sobre ella, cuyo debate, además, en el seno del propio Tribunal ha dado lugar en ocasiones anteriores a posiciones contrapuestas entre sus miembros (en este sentido, SSTC 59/2000, de 2 de marzo; 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de

abril; 122/2000, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 228/2002, de 9 de diciembre; 174/2003, de 29 de septiembre; 163/2004, de 4 de octubre).

4. El Pleno de este Tribunal recordaba, una vez más, en la STC 123/2005, de 12 de mayo, reiterando precedente doctrina constitucional, que, aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (FJ 3 y doctrina constitucional allí citada).

Descendiendo de lo general a lo particular, por lo que se refiere, en concreto, al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y fallo, que constituye una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la citada Sentencia lo poníamos en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, pues si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción. Pero también subrayábamos que este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma

competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 123/ 2005, de 12 de mayo, FJ 4; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Como declaramos en la mencionada STC 123/2005, de 12 de mayo, «la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden» (FJ 4).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, es también doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya

sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el Juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (SSTC 4/ 2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 73/2007, de 16 de abril, FJ 3).

5. En lo atinente al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer, que es la cuestión que se suscita en la presente demanda de amparo, como tuvimos ocasión de anticipar, cabe apreciar en las resoluciones de este Tribunal que se han ocupado de la materia una doctrina sobre la que es conveniente volver.

Este Tribunal tiene declarado con carácter general que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, si bien impide la imposición de una pena mayor o más grave que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide, sin embargo, que el Juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones,

cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el Juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 21/1993, de 18 de enero, FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 6; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 9; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 4; 71/2005, de 4 de abril, FJ 7; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; AATC 377/1987, de 25 de marzo; 321/1992, de 26 de octubre; 327/1993, de 28 de octubre; 202/1998, de 29 de septiembre; 310/2003, de 29 de septiembre; 353/2003, de 6 de noviembre; 369/2006, de 23 de octubre). Así pues, de conformidad con esta doctrina constitucional, la vinculación del Juzgador a los hechos y a su calificación jurídica no impide que puedan imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, siempre que la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

Sin embargo en otras resoluciones dictadas sobre la materia, aunque no constituye su ratio decidendi, este Tribunal ha declarado también que «[E]n todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado» (STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; doctrina que se reitera en la STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, y en el ATC 426/2005, de 12 de diciembre).

Parece pues abrirse en estas otras resoluciones, aunque en un plano meramente doctrinal, la aceptación de un límite más restrictivo a la imposición de penas en relación con las pedidas por las acusaciones.

6. Pues bien, es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia, referida al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer.

Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado. En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a éste ha de informársele, ex art. 24.2 CE, no sólo de los

hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquélla pretende por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación por los hechos imputados y la calificación jurídica que éstos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquél ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

Por otra parte el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonestará mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Ciertamente aquella garantía resulta mejor protegida si el órgano judicial no asu-

me la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal. En este sentido en modo alguno resulta ocioso traer a colación que, como se recuerda en la STC 123/2005, de 12 de mayo, «desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer de la acusación ... como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas» (FJ 4). La imposición ex officio por el órgano judicial de pena que exceda de la solicitada por la acusación resulta acaso menos armonizable con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial en el proceso penal al asumir funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden.

Esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

7. La aplicación de la referida doctrina constitucional ha de conducir a la estimación de la primera de las quejas de la recurrente en amparo.

En este caso se ha mantenido inalterado el relato fáctico y la calificación jurídica de

los hechos imputados a la demandante, radiando la denunciada quiebra de la exigencia de correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria en la pena finalmente impuesta. En efecto, el Ministerio Fiscal, única acusación personada en la causa, calificó los hechos imputados a la recurrente como constitutivos de una falta de hurto, prevista y penada en el art. 623.1 CP, solicitando que le fuera impuesta la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €. El Juzgado de Instrucción mantuvo inalterado el relato fáctico en el que se fundaba la acusación, así como se atuvo a la calificación jurídica que ésta había efectuado de los hechos, pero le impuso a la demandante, en vez de la pena de multa interesada por el Ministerio Fiscal, la de localización permanente en su domicilio con una duración de doce días, que la Audiencia Provincial finalmente redujo a ocho días.

La localización permanente de cuatro a doce días y la multa de uno a dos meses están previstas como penas alternativas para la falta de hurto tipificada en el art. 623.1 CP. Tanto la pena de localización permanente como la multa de diez días a dos meses aparecen clasificadas como penas leves en el art. 33 CP. Sin embargo la localización permanente se configura como una de las penas privativas de libertad (art. 35 CP), cuyo cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la Sentencia, dando lugar su incumplimiento a que por el Juez o el Tribunal sentenciador se deduzca testimonio para proceder por quebrantamiento de condena (art. 37 CP). Por su parte, la pena de multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, que únicamente en caso de no satisfacerse voluntariamente o por la vía de apremio puede dar lugar a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, que en el caso de las faltas puede cumplirse mediante la localización permanente, sin el límite de los doce días que esta-

blece el art. 37.1 CP como duración máxima de la pena de localización permanente. La recurrente en amparo y el Ministerio Fiscal, tanto en la vía judicial previa como en este proceso de amparo, consideran de distinta naturaleza y de superior o mayor gravedad y poder afflictivo la pena de localización permanente de ocho días en su domicilio impuesta a la demandante en las Sentencias recurridas, por tratarse de una pena privativa de libertad, que la multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de 6 € solicitada por la acusación en el acto del juicio. Más allá de estas apreciaciones subjetivas, con la perspectiva constitucional que nos es propia la pena de localización permanente aparte de suponer de modo indudable una pena de distinta naturaleza, debe calificarse en principio como de mayor gravedad en razón al bien jurídico afectado: la libertad personal (art. 17.1 CE), que indudablemente es de mayor entidad constitucional que el afectado por la pena de multa.

Desde ese mismo prisma de la libertad como valor superior la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato, mientras que en el caso de la de multa su eventual incidencia sobre la libertad sólo llegaría a producirse de modo mediató, si por su incumplimiento se llegase a aplicar la pena de localización permanente como responsabilidad personal subsidiaria *ex* art. 53 CP.

En este caso los órganos judiciales, apartándose de la petición de la acusación, han impuesto a la demandante de amparo una pena que excede por su distinta naturaleza y gravedad de la solicitada por el Ministerio Fiscal. Tal decisión, lesiva del principio acusatorio, de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, ha alterado sustancialmente los términos del debate procesal relativos a la pena, tal y como había sido planteado por el Ministerio Fiscal en el juicio de faltas, quien se adhirió al recurso de apelación de la demandante en cuanto a la lesión del principio acusatorio por haberle impuesto una pena de mayor

gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por él, resultando limitadas las facultades de defensa de la acusada, al desconocer que los hechos que se le imputaban podían ser sancionados con la pena a la que finalmente fue

condenada, y resultando comprometido también la imparcialidad de los órganos judiciales, ya que han encauzado la acusación en el extremo concerniente a la pena impuesta.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 31 de marzo de 2009

Primer asunto: Subtipo agravado de abuso de firma del art. 250.1.4 del Código Penal en aquellos supuestos en los que se ha obtenido fraudulentamente la clave de acceso a la cuenta.

Acuerdo:

A los efectos del art. 250.1.4 del Código Penal, la utilización de las claves bancarias de otro no es firma.

Segundo asunto: Límite máximo de la medida de seguridad de internamiento.

Acuerdo:

La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, del TS de 26 de mayo de 2009

Asunto: Habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio.

Acuerdo:

En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del

derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda, TS de 21 de julio de 2009

Primer asunto: Interpretación de la violencia física o psíquica incluida en el art. 173.2 del Código Penal.

Acuerdo:

El tipo delictivo del art.173.2 del Código Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

Segundo asunto: Órgano que debe resolver las incidencias que aparezcan en ejecución de sentencia dictada por el Tribunal del Jurado. Recurribilidad de los autos de liquidación y admisibilidad del recurso de casación.

Acuerdo:

Para la resolución de las incidencias en ejecución derivadas del Jurado es competente el Magistrado que presidió el Tribunal del Jurado o en su caso quien orgánicamente le sustituya.

Las decisiones adoptadas en ejecución de sentencia por el Presidente del Tribunal del Jurado serán resueltas en apelación por el Tribunal Superior de Justicia.

Sentencia 102/2009, Sala de lo Penal del TS, de 3 de febrero de 2009

PREVARICACIÓN JUDICIAL

Art. 446 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Recogemos el fundamento donde se ofrece la doctrina jurisprudencial relativa al delito de prevaricación judicial así como la argumentación esgrimida para anular una de las condenas por aquel delito, al entender que no estamos ante una resolución judicial «injusta». Incluimos también un voto particular en el que se discute la interpretación ofrecida por el ponente en torno a este dato (la «injusticia» de la resolución).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Este recurrente, Magistrado con destino en un Juzgado de instrucción de Málaga, ha sido condenado como autor de tres delitos de prevaricación y dos de cohecho. Su condición profesional ha atraído el enjuiciamiento al Tribunal Superior de Justicia, que le condena y contra la que formaliza la impugnación que analizamos.

Como hemos anticipado anteriormente, el Tribunal de instancia divide el hecho probado en cinco apartados. En los dos primeros declara unos hechos que se subsumen en los tipos penales objeto de la condena, por dictar resoluciones injustas recibiendo dinero para dictarlas, delito que comprometen, muy seriamente, la función jurisdiccional que tenía encomendada.

Con carácter previo a la resolución de la impugnación, y en la medida en la que la misma, así como en las formalizaciones de las impugnaciones de otros recurrentes, se realizan afirmaciones sobre la naturaleza y

esencia de la prevaricación y corrupción del juez difícilmente compatibles con la doctrina de esta Sala, como cuando se señala la imposibilidad, o dificultad, de la prevaricación respecto al ejercicio de la función jurisdiccional de naturaleza discrecional, se hace preciso concretar el alcance de la tipicidad en las conductas prevaricadoras.

Concretamente, se afirma en las impugnaciones la imposibilidad de cometer prevaricación respecto a resoluciones en materia de libertad, al poder ser revisables de oficio y en cualquier momento, y tampoco en resoluciones amparadas en el art. 13 de la Ley procesal, al actuar, como primera diligencia, en defensa del perjudicado.

La existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho. Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de

la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley, art. 117 de la CE. Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

La independencia del poder judicial se legitima democráticamente porque el juez solo aplica la ley creada por el Parlamento. Esta construcción tiene hondo fundamento en todos los textos que legitiman la función jurisdiccional desarrollada por los jueces.

El juez es custodio de la ley y legitima su función en cuanto aplica la voluntad del Parlamento expresada en la norma. Así la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir la vigencia efectiva de las leyes.

Esta tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto.

La cuestión de la responsabilidad penal del juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos donde se hace

necesaria las exigencias de responsabilidad penal del juez como «correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia».

La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, mas que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de cohecho, soborno, no sólo perjudican la imagen del juez independiente, también la del juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho.

El Código penal español tipifica esta responsabilidad en el art. 426 como delito de cohecho y castiga no sólo al Juez que exige, acepta o se hace prometer una ventaja determinada, sino también al particular no funcionario que admite la exigencia, ofrece o promete la ventaja.

El núcleo esencial de este tipo penal radica en el peligro de una aplicación indebida del Derecho. El legislador se desentiende de si el Derecho estuvo bien o mal aplicado, le basta con el peligro que supone la recepción o la aceptación de los presentes y el daño efectivo a la imagen a la administración de justicia.

En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.

Los modelos de tipificación son varios: la prevaricación recogida en el Código penal español con tres figuras, la acción de

dictar resolución injusta (art. 446) que extiende la negativa a juzgar (art. 448) y al retardo malicioso (art. 449), punibles con dolo o culpa (art. 447). Las distintas tipificaciones tienen su fundamento común en el hecho de «torcer el derecho».

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen falibilidad humana, se han propuesto diversos criterios.

Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez.

Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

Desde la anterior perspectiva doctrinal analizaremos la jurisprudencia mas reciente de la Sala II, representada por tres Sentencias, STS 2338/2001, de 27 de noviembre, la 359/2002, de 26 de febrero, y la STS 2/1999, de 15 de noviembre, que contiene la doctrina general sobre este tipo penal. Estas tres Sentencias son coincidentes en su contenido jurisprudencial y permite consolidar una doctrina pacífica sobre el abuso judicial o prevaricación.

Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse «sic et simpliciter» los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. Se destacan los dos elementos del delito de prevaricación, el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se esta dictando la resolución injusta. «El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos... el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...».

El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompati-

ble con los postulados del Estado de Derecho.

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica.

(...)

Noveno.—Abordamos en este fundamento el análisis del Auto de 13 de agosto de 2004 en el que se acuerda la libertad de María Purificación, con obligación de constituir fianza en los tres días siguientes a su puesta en libertad y la devolución de la cantidad decomisada en los autos, 141,545 euros.

Del examen del auto y de los antecedentes reflejados en la causa resultan datos que hacen que la calificación de «insólita» que emplea el Tribunal de instancia sea adecuada. Se adopta sin un conocimiento cabal del contenido de las diligencias (declaraciones del secretario del Juzgado y funcionario del Juzgado, incluso las declaraciones del imputado) y contiene disposiciones extrañas con la práctica forense, como la disposición sobre la fianza y la devolución del dinero intervenido en los hechos.

Ahora bien, en la causa existen otros hechos de relevancia en la tipicidad, como es que la decisión adoptada, la libertad, no era objetivamente injusta, pues esta es siempre la regla general en los procesos penales y su

excepción aparece fundamentada en la resolución, particularmente en torno al peligro de fuga y a la posibilidad de impedir la investigación judicial del hecho. Además se fundamenta con argumentos plausibles en orden al cuidado de los niños a su cargo. Por otra parte, la libertad fue ratificada por la Audiencia en el recurso de apelación y la imputada fue finalmente absuelta en la sentencia. Estas circunstancias hacen que la resolución no sea objetivamente injusta, elemento del tipo de la prevaricación, por lo que la concurrencia de las irregularidades que se declaran probadas que afectan a la función jurisdiccional podrán tener un reproche disciplinario pero no penal, pues el contenido material de la resolución no fue injusto en los términos exigidos por la tipicidad de la prevaricación.

(...)

VOTO PARTICULAR

A través del voto particular expreso mi disensión en la sentencia. Existen otras disensiones, en el particular relativo a la impugnación de la acusación popular, pero centraré este voto particular en la prevaricación que considero existió en la adopción del auto de libertad de fecha 13 de agosto de 2004, la adoptada a favor de María Purificación.

La discrepancia radica en un aspecto sustancial. Mientras la sentencia ha considerado que, con independencia del método para la adopción de la resolución, lo relevante para la tipicidad es la injusticia del contenido material a que se refiere la resolución adoptada, en mi criterio, la injusticia de la resolución se cumple cuando el juez en su adopción ha torcido el derecho, pues ha actuado fuera de cualquier posibilidad razonable de entender la función judicial que al consistir en la resolución de conflictos debe tomar conocimiento del mismo y resolverlo en los términos procedentes. En la causa queda probado, y así lo refleja el hecho probado y la fundamentación, que el juez no conoció la causa sobre la que acordó una resolución, no tenía elemento alguno para

decidir y, sin embargo, resolvió. Desde esta perspectiva su resolución es prevaricadora con independencia del contenido material de su decisión y si, concretamente, era injusta, pues el hecho de dictarla, como lo hizo, en un interés que afecta a derechos fundamentales de las personas, integra la tipicidad de la prevaricación.

El art. 446 del Código Penal contiene un elemento normativo «injusta» que siempre ha precisado de concreción por esta Sala. En esa interpretación siempre hemos negado que «injusta» se corresponda con «ilegal», pues es ciertamente posible que resoluciones que formalmente sean defendibles desde el punto de la legalidad no lo sean desde la óptica de la «justicia» de la decisión. No se quiere decir con ello que exista una justicia mas allá de la legalidad, sino que el término «injusta» engloba otros extremos distintos de la estricta legalidad de la resolución, porque la interpretación de la norma se desarrolla dentro del marco constitucional. Así, pues, una resolución puede ser injusta aunque formalmente cumpla con la ley, y la razón radica en que no basta con el cumplimiento de la ley ordinaria sino que es necesario que la aplicación de la ley ordinaria se ajuste a parámetros que establece la Constitución. En otras palabras, es preciso, para que una resolución no sea injusta, el cumplimiento de la ley pero bajo el prisma de los principios y valores constitucionales.

En este sentido, hemos dicho que es injusta una resolución cuando se ha apartado arbitrariamente del procedimiento establecido; también cuando en la interpretación de la norma se ha prescindido de los medios y métodos de interpretación habituales en el ámbito jurídico teniendo en cuenta, naturalmente, el ámbito y finalidad de la norma. Así pues, es evidente que esta Sala en modo alguno equipara legalidad ordinaria y «justicia» de la resolución, pues, como dijimos, una resolución ajustada a la legalidad puede, no obstante, ser injusta a los efectos del delito de prevaricación.

En ese análisis de la resolución debe comprenderse no sólo la resolución en sí, en

su contenido material, sino también en el procedimiento que ha sido utilizado para dar lugar a su existencia, pues es la legislación orgánica y procesal, y el ordenamiento jurídico en su conjunto, el que nos señala la forma de actuar del juez, la manera en la que debe resolver el conflicto con el que se enfrenta y cómo debe resolver.

En el presente caso, nos encontramos en el caso que ahora analizamos con un hecho probado consistente en que el Juez, sustituyendo a otro Juez, desde el inicio de la sustitución ya pregunta por la llegada de una petición de libertad, a lo que la oficial le comunica la llegada de la petición, el Juez, sin examinar la causa a la que se refería, le entrega una resolución en la que acuerda la libertad y la devolución de un dinero decomisado. No entramos, por no ser necesario para la resolución de este apartado de la impugnación, en la acomodación a la legalidad de las concretas resoluciones que adopta, aunque constatamos que el Tribunal de instancia las califica de «insólitas». De lo expuesto resulta claramente que el juez actúa prevenido —sabía que se iba a presentar la petición de libertad— y, con independencia de su contenido y de lo que se desprendera de la causa, que no llegó a examinar, ya tenía tomada la decisión. En otras palabras, que la resolución fuera o no la procedente conforme a los datos de la causa, era lo que menos le importaba, así pues la adecuación a la legalidad, si es que fue así, es el resultado del azar, o, como se dice en la impugnación, cuando menos arriesgada en su legalidad, pues fue adoptada en ausencia absoluta del método legalmente previsto para la actuación jurisdiccional.

Por ello, en este caso, la adecuación, o no, a la legalidad de la resolución es un dato ciertamente intrascendente pues, no procede de una decisión analizada por el juez, sino que obedece a otras causas. Tampoco, por consiguiente, puede el juez ampararse en que la ley otorga discrecionalidad al juez para adoptar la resolución, porque se trata de una discrecionalidad para que el juez adopte una resolución dentro del ámbito de

la finalidad de la norma y esta no prevé la discrecionalidad para que el juez adopte la resolución sin examen del asunto; a modo de ejemplo, también sería injusta una resolución que el juez adopte en función del resultado de tirar una moneda al azar, con independencia de lo ajustado a la legalidad que resulte ser la resolución y de que, en el caso concreto, hubiera un margen legal de discrecionalidad. La discrecionalidad siempre ha de discurrir por unos cauces, y entre ellos, desde luego, es el examen del asunto y su respuesta conforme a la ley y a la interpretación en la forma antes indicada. Cuando la resolución se aparta de dichos márgenes y es adoptada en la forma en que ha sido ésta, no hay duda de que el juez infringió el deber que le incumbía, dando lugar a una resolución absolutamente injusta. Por cuya razón, repetimos, la adecuación o no de la resolución a la legalidad, es indiferente, por-

que la adopción de la resolución, con independencia de concreto contenido material, es ya injusto porque fue adoptada movido por intereses ajenos a la función jurisdiccional que le competía que exige el conocimiento del hecho sobre el que decide y la aplicación de la norma al caso de acuerdo a valores constitucionales. Al juez le corresponde la obligación de establecer, en el caso concreto, cuál es la solución conforme a derecho, a través de la observancia de los métodos de interpretación jurídica y de las reglas procesales que el ordenamiento prevé para la realización del Derecho, lo que es de aplicación, obviamente, a situaciones con cierto margen de discrecionalidad pues ésta, como hemos dicho, ha de discurrir por ciertos cauces y, entre ellos, el examen del asunto.

Andrés Martínez Arrieta.

Sentencia 123/2009, Sala de lo Penal del TS, de 3 de febrero de 2009

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS

Art. 564 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Se aplica al caso enjuiciado el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, (recogido en el n.º 26 de la Revista de Derecho Penal), en cuya virtud no se realiza el tipo del artículo 564 del Código Penal por la simple falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, solución de la que discrepa el voto particular que también incluimos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—En el quinto motivo se denuncia infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

por estimar que el artículo 564.1 del Código Penal no debió aplicarse ya que la tenencia de armas estaba amparada por la necesaria licencia, aunque careciese de la guía de pertenencia. El penado, se advierte, en su cali-

dad de funcionario policial disfruta de la denominada licencia tipo A, que autoriza a disponer de al menos otra arma corta distinta de la reglamentaria. Así deriva de lo dispuesto, se dice, en los artículos 96.3, 114.1.c) y 116.2 del Reglamento de armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

El legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del artículo 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas. Marcó así una diferencia indiscutible en la letra respecto al tipo penal del Código Penal de 1973 (artículo 254). Bastaría ello para hacer innecesarias interpretaciones.

Más aún si las interpretaciones pretende integrar contenidos del precepto penal con invocaciones a criterios como la voluntad del legislador que, si en general deben manejarse con cuidado, más aún cuando lo prevalente debe ser la taxatividad de la descripción de los enunciados lingüísticos que anuncian la norma penal. Más rechazable es el recurso a criterios solamente utilizables como orientadores de política criminal y de lege ferenda, para erigirlos en instrumentos de fijación de contenidos de la norma vigente. Como cuando se dilucida el sentido de la norma desde el deseo del intérprete acerca de las normas de seguridad que estima convenientes.

No cabe incluir en la expresión «licencias o permisos necesarios», cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de «guía de pertenencia».

Así deriva de la lectura del Reglamento citado. Para éste la guía de pertenencia se incluye en el capítulo titulado documentación de la titularidad del arma. Por el contrario remite a otro capítulo la regulación de licencias y autorizaciones especiales (artículos 96 y siguientes).

De ello deriva que, en la terminología de la norma reguladora, aquélla y éstas son conceptos diferentes.

Por lo que la terminología empleada por el legislador penal no puede asimilar términos que esa norma, a la que, por otra parte, remite la penal, utiliza con alcance diverso.

Conforme al artículo 114, dentro de la regulación de las licencias, al personal del Cuerpo de Policía Nacional, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será considerada como licencia A su tarjeta de identidad militar o carné profesional.

Y, conforme al artículo 118 con la licencia A, los integrantes de las Escalas Superior, Ejecutiva y de Subinspección del Cuerpo Nacional de Policía equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, podrán poseer tres armas cortas, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones y los integrantes de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán poseer un arma corta, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.

La guía debe acompañar al arma en caso de uso, depósito o transporte, conforme al artículo 89 del Reglamento que venimos citando y conforme al artículo 92 las armas no pueden enajenarse, prestarse ni pasar por ningún concepto a poder de otro que no sea el titular de la guía de pertenencia, salvo en los casos que se regulan en los artículos 90.4 y 91 y en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, con el cumplimiento de los requisitos respectivos. La infracción de tales prescripciones, como la de otras muchas, conforme a los artículos 155 y siguientes constituye infracciones de diversa gravedad y se sancionarán como tales si no constituyera delito, tal como salva dichos preceptos.

Esa salvedad deja, como no podía ser de otra manera, al legislador orgánico especificar cuales de tales infracciones merecen la sanción penal. Y, si reglamentariamente se distingue la falta de licencia respecto de la falta de guía, la previsión de legislador penal habría de enunciar, también de manera tan diferenciada como inequívoca, uno y otro supuesto al enunciar los comportamientos sancionables como delitos.

Por ello la Sala II del Tribunal Supremo constituida en Sala General, no jurisdiccional acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008 «La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal».

De esta forma, y por las antedichas razones se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenerse nuestra posterior jurisprudencia. Abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala n.º 878/2007, de 8 de noviembre.

Y conforme al criterio que hemos fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa, por lo que, con estimación de este motivo, se dictará segunda sentencia con la correspondiente absolución por este título.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER
RESPECTO DE LA SENTENCIA N.º 123/2009,
DE 3 DE FEBRERO DE 2009 2008, RECAÍDA
EN EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 1462/2007

El Magistrado que suscribe disiente de la resolución adoptada por la mayoría de la

Sala, porque estima posible y, además, más adecuada al fin de la norma, una interpretación teleológica del art. 564 CP. Esta finalidad se deduce de que el texto de dicha disposición se refiere a «armas reglamentadas» y de la inexistencia de razones político-criminales que hubieran sido referidas en la Exposición de Motivos de 1995. Parece evidente que no existe en la actualidad ningún interés social en reducir las exigencias del control estatal sobre la tenencia de armas.

Al referirse a «armas reglamentadas» la ley penal configura un tipo penal en blanco, que debe ser completado, consecuentemente, con las normas que reglamentan la tenencia de armas. El Reglamento correspondiente, RD 137/1993, dice en el Capítulo III, sobre «Medidas de Seguridad...» en su art. 88: «para la tenencia de armas (...) cada arma deberá estar documentada con su correspondiente guía de pertenencia».

Por todo ello, completado el tipo penal con la norma reglamentaria del caso, debería haber entendido que la tenencia de armas sin la guía de pertenencia se subsume bajo el tipo del art. 564 del CP.

Sentencia 98/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de febrero de 2009

RESPONSABILIDAD CIVIL. COMPENSACIÓN DE CULPAS

Art. 114 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Se ofrece cumplida información en torno al alcance de la denominada «compensación de culpas» en el ámbito de la responsabilidad civil «ex delicto».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El art. 114 del vigente Código Penal carece de precedentes en el sistema de justicia penal. Se incluye ex novo en el actual Código y viene a ser la traducción en clave penal del art. 1103 del Código Civil según el cual «... la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos...».

Ya con anterioridad a la vigencia de este artículo, la jurisprudencia habría aceptado la compensación de culpas en caso de culpas concurrentes del infractor y de la propia víctima. Esta compensación operaba exclusivamente en el campo de la responsabilidad civil, negándose la compensación en el campo de la imprudencia penal, porque —se decía— la concurrencia de dos imprudencias penales no las neutraliza, sino que deben ser sancionadas de acuerdo con la entidad de la diligencia omitida, reservándose la compensación, como se ha dicho, para la fase del pronunciamiento civil, aunque también se contabilizan resoluciones en las que el instituto de la compensación operaba para degradar la entidad de la imprudencia.

Es claro que en el momento actual, y de acuerdo con el artículo que se comenta, el campo de la compensación/moderación opera solo en la materia de fijación de la responsabilidad civil ex delicto. La cuestión a decidir es si su ámbito solo es el de la responsabilidad civil ex delicto de imprudencia, o también puede operar en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto* doloso, es decir cuando la víctima de un delito doloso ha contribuido, incluso inconscientemente, de algún modo, en su propia victimización, sin que ello suponga transferir la responsabilidad penal del agresor a la víctima, ni si quiera atenuarla, pero si puede tener

relevancia en la fijación de la responsabilidad civil, esta es la cuestión que plantea la interpretación del artículo 114 del Código Penal.

Así centrado el problema, hay que convenir que la respuesta de esta Sala ha sido diversa. Unas resoluciones no admiten esta atemperación en casos de delitos dolosos, y otras sí la aceptan.

La compensación en materia de responsabilidad civil no se ha admitido en el caso de delitos dolosos, en las SSTS 796/2005, de 22 de junio, con cita de otras anteriores como 582/1996, 1804/2001, 507/2001 ó 917/2002. Una referencia particular merece la STS 1541/2002 que revocó en casación la aminoración de la indemnización concedida en la instancia al lesionado con base en el art. 114 del Código Penal. Tal revocación fue debida a que la víctima no había iniciado ninguna agresión. En los hechos se dice que Alfonso llama a Jaime gorrón e hijo de puta. Ambos salen a la calle y se pegan, y en el curso de la pelea, Alfonso da un mordisco a Jaime y le arranca una falange, con estos hechos, en la instancia se disminuyó la indemnización a Jaime, y en casación se revocó.

Sin embargo otras resoluciones de esta Sala —STS de 3 de marzo de 2005, R.C. n.º 1739/2003— sostiene la tesis ya apuntada más arriba de que el tenor del art. 114 del Código Penal no permite su reducción exclusivamente a los delitos por imprudencia. De dicha resolución retenemos el siguiente párrafo:

«... Lo cierto es que en el Código actual no efectúa limitación alguna en el precepto mencionado (STS 605/1998, de 30 de abril, y así ha aplicado la técnica de compensación en vía indemnizatoria, SSTS de 19 de marzo de 2001, 2 de octubre de 2002, en casos de agresión provocada por la víctima, supuestos que se admite la moderación tanto de la reparación como de la indemnización de daños y perjuicios, facultad discrecional

atribuida a los Jueces y Tribunales que se acordará por éstos, siempre que la víctima del delito y destinataria de la responsabilidad civil, hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre exclusivamente en la producción del daño, lo que permite modular la cuantía final de la indemnización (STS 1739/2001, de 11 de octubre), y así en supuestos de rima mutua, salvo hipótesis de agresión exorbitante, la solución más equitativa es la de considerar que entre las contrapuestas acciones de resarcimiento se puede producir una compensación total que las extinga conjuntamente, conforme al art. 1156 Código Civil, a fin de evitar una prima económica, por razones normalmente aleatorias, a quien resultó llevar la peor parte en la pelea, pero que más que perjudicado debe considerarse copartícipe de un mismo hecho punible. En estos casos, cuando la víctima de una infracción penal dolosa, sea, a su vez y al propio tiempo, responsable de otra infracción cuya víctima sea la misma persona autora de la primera, como ocurre en los supuestos de agresiones recíprocamente aceptadas sufriendo lesiones ambos contendientes y siendo los mismos condenados como autores de sendas infracciones, si será factible la compensación, incluso total, ya que en estos supuestos los responsables penales y al propio tiempo víctimas, sin duda contribuyen con su conducta a la producción de los daños y perjuicios que sufran al existir una evidente relación de causalidad entre sus actos y esos daños y perjuicios...».

Y en el mismo sentido se pueden citar la sentencia, más reciente 778/2007, de 9 de octubre.

En definitiva el alcance del art. 114 del Código Penal se refiere a aquellos casos —dolosos o culposos— en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto deba tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, la ac-

ción del autor de la infracción penal y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el art. 114 del Código Penal para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata, como ya se ha dicho, tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso, sino que más limitadamente el campo del art. 114 del Código Penal, como se opina por algún sector de la doctrina científica, se situaría en aquellos supuestos en los que la contribución de la víctima no siendo causal ni por tanto situarse en el resultado, puede tener alguna relevancia en la materia indemnizatoria en virtud de la facultad de discrecionalidad que en relación a la responsabilidad civil otorga este artículo a los Tribunales.

En el presente caso, ya hemos dicho que no procede la eximente ni completa ni incompleta porque no existió agresión ilegítima, pero ello no es obstáculo —en la línea de lo sugerido por el Ministerio Fiscal que apoya este motivo en el art. 114 del Código Penal en el sentido que se postula— para que a renglón se reconozca que en la riña mutuamente aceptada entre José y Juan Alberto con el entrecruce de insultos, lanzamiento de sillas y finalmente fue Juan Alberto quien exhibió primero el cuchillo —mesa por medio— frente a José, seguido, posteriormente, por la utilización por parte de José de otro cuchillo con el que lesionó a Juan Alberto. En definitiva, existió una riña mutuamente aceptada, pero la iniciativa en ella la tuvo Juan Alberto, y si bien esta iniciativa carece de virtualidad para compensar o reducir la responsabilidad penal del recurrente, puede tener relevancia vía art. 114 del Código Penal para determinar la responsabilidad civil derivada del delito del que es autor el recurrente.

El Ministerio Fiscal ha prestado su apoyo a este motivo y en consecuencia debe prosperar en el modo que se dirá en la segunda sentencia.

Sentencia 107/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de febrero de 2009

COAUTORÍA

Art. 28 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se ofrece en la sentencia una completa caracterización de la doctrina jurisprudencial relativa a la denominada «coautoría» y la comunicabilidad a todos los intervinientes del uso de armas por alguno de ellos.

Condena en costas del responsable criminal que es condenado por dos delitos pero absuelto de una falta: la absolución por esta última determina que la parte proporcional correspondiente a ella sea declarada de oficio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El motivo tercero por infracción de Ley al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación de los arts. 123 y 124 del CP, en relación con el art. 240 de la LECrim., pues si el Ministerio Fiscal formuló acusación por tres infracciones penales (un delito de robo con violencia, un delito de homicidio en grado de tentativa y una falta de lesiones) y de estas infracciones la sentencia ha condenado al recurrente por las dos primeras pero se ha absuelto a la tercera, sólo debió haber sido condenado al pago de dos tercios de las costas causadas —y esa cuota por mitad con el otro procesado— y ser absuelto del tercio correspondiente a la falta que debió ser declarado de oficio.

Ante todo hay que decir que la materia de la condena en costas puede ser objeto de recurso de casación cuando la condena sea total o parcialmente incorrecta o cuando se

haya producido indebidamente una absolución en cuanto a su pago (SSTS de 14 de octubre de 1988, 16 de febrero de 1999, 7 y 15 de mayo de 1991, 13 de febrero de 1992, 30 de septiembre de 1995). Y ello pese a la precariedad de la regulación de esta materia en nuestras leyes (sólo los arts. 123 del CP y 240 de la LECrim.) en cuanto a la determinación de los supuestos en que procede tal condena, precariedad criticada por la doctrina, pero que no impide el que haya unos principios en tales normas que cabe aplicar para poder precisar esos supuestos.

Tales arts. 123 del CP y 240 de la LECrim., por lo que aquí interesa, —dice la STS de 16 de febrero de 2001— es decir, respecto de cuándo procede la condena en las costas de la instancia contra el acusado, obedecen a un principio muy claro: condena en costas del condenado penal y declaración de oficio cuando esa condena penal no se produjo. Y de aquí venimos deduciendo que cuando hay varios delitos imputados y exis-

te condena por unos y no por otro, se han de hacer las partes correspondientes para imponer las costas respecto de aquellas infracciones por las que se condena y declararlas de oficio con relación a las que fueron objeto de absolución. Y lo mismo cuando hay varias personas acusadas y unas son absueltas y otras no.

Con tales criterios, y sin más que unas operaciones aritméticas elementales, podemos establecer la parte de costas por la que se condena y aquella otra que hay que declarar de oficio, así como la que ha de corresponder a cada uno de los condenados cuando son varios, partiendo primero una distribución conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados, sin comunicación de responsabilidades de unos con otros en caso de insolvencia de alguno y declarando de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultasen absueltos (SSTS 939/1995, de 30 de septiembre, 9 de octubre de 1997, 19 de noviembre de 2002).

Ahora bien, como puede haber en un mismo proceso acusación por diferentes infracciones e incluso por delitos y faltas— y éstas pueden ser diversas también en cuanto al trabajo procedimental empleado respecto de cada una de ellas, y las responsabilidades penales pueden serlo en distinto grado de participación; cabe también apartarse de esas reglas aritméticas antes referidas y hacer las oportunas graduaciones, siempre con la debida motivación en el propio texto de la correspondiente resolución, deber de motivación impuesto por el art. 120.3 de la CE, a fin de poner de manifiesto que no se trata de una decisión arbitraria, art. 9.3 de la CE, de modo que esas condenas en costas o esas declaraciones de oficio se adecúen a esas particularidades del caso.

Siendo así si bien el motivo debe admitirse en el sentido de declarar de oficio las costas correspondientes a la falta de la que el recurrente ha sido absuelto (STS 963/1992, de 10 de junio), ello no debe implicar que la cuota correspondiente sea la tercera parte

del total de las costas, sino que dada la desigualdad manifiesta en su complejidad entre los dos delitos por los que ha sido condenado y la dedicación procesal notablemente inferior por parte de cuantos intervienen en la causa en relación a la falta, lo más adecuado es que las costas correspondientes a la falta que se declaran de oficio han de detracerse de todas las impuestas y serán las que correspondan a un juicio de faltas (STS 15 de febrero de 1986).

Estimación del motivo sus efectos afectan al otro recurrente por disposición del art. 903 de la LECrim.

(...)

Séptimo.—El motivo segundo por infracción del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación, en primer lugar, del art. 242.2 del CP dado que en el *factum* no se menciona que el recurrente hiciera uso de armas ni conociera que los otros intervinientes tuvieran en su poder armas y las fueran a utilizar en la comisión del delito, y en segundo lugar, por infracción del art. 138 del CP al no concurrir los elementos constitutivos del mismo, al no encontrarnos ante la utilización de un medio adecuado para el fin, dado que el recurrente se limitó a golpear a la víctima y no constan las lesiones producidas por los golpes y la entidad y gravedad de estos en los hechos probados que tan sólo expresan las causadas por las armas blancas utilizadas para el menor y el otro procesado.

El motivo debe ser desestimado.

En efecto como hemos dicho en SSTS 1003/2006, de 19 de octubre y 474/2005, de 17 de marzo, hemos de partir que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el TCS 131/1987 que «el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-pe-

nales se contiene en el principio de legalidad», de lo que deriva, como dice la STS 9 de mayo de 1990, exigencias para la interpretación de la Ley penal». Es cierto, no obstante, la doctrina jurisprudencial que considera coautores en base a lo que se denomina «dominio funcional del hecho».

Siendo muy abundantes las SSTS en las que se mantuvo tal doctrina y de las que se pueden citar la de 10 de febrero de 1992, 5 de octubre de 1993, 2 de julio de 1994, 24 de septiembre, 7 y 28 de noviembre de 1997, 27 de enero, 24 de marzo, 12 de junio y 2 de julio de 1998, basta, por su claridad, con reproducir literalmente lo mantenido en esta última, en la que se reconoció lo siguiente: «El art. 28 del CP vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinencia —SS. de 31 de mayo de 1985, 13 de mayo de 1986 entre otras— por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento —objetivo y subjetivo— de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12 de febrero de 1986, 24 de marzo de 1986, 15 de julio de 1988, 8 de febrero de 1991 y 4 de

octubre de 1994. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación reciproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS de 3 de julio de 1986, y 20 de noviembre de 1981, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. de 10 de febrero de 1992, 5 de octubre de 1993, 2 de julio de 1994) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS de 21 de diciembre de 1992 y 28 de noviembre de 1997 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rec-

tor del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho».

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia TS 11 de septiembre de 2000, que con cita de la SSTS de 14 de diciembre de 1998, señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del CP de 1995 como «realización conjunta del hecho» viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del «acuerdo previo», a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del «pactum scaeleris» y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En este tema la STS de 20 de julio de 2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 del CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la STS de 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS de 29 de marzo de 1993, 24 de marzo de 1998 y 26 de julio 2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien

comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Asimismo en la reciente sentencia 434/2008, de 20 de junio, se declara que la jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligros, señalando la Sentencia 1500/2002, de 18 de septiembre, con carácter general que, aunque admitiéramos que el *pactum sceleris* entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya *a priori* todo riesgo para la vida o la

integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes, recordándose en la STS 930/2000, de 27 de mayo, que el uso de armas u otros medios peligrosos del art. 242.2 del CP, integra un subtipo agravado de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes siempre que éstos tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quién porte el arma (STS 596/2002, de 8 de marzo; 92/2006, de 9 de febrero).

Sentencia 169/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de febrero de 2009

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL. SUSTITUCIÓN

Art. 24 CE; 89 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

No se infringe el principio acusatorio cuando se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional pese a que no fue solicitado por el Ministerio Fiscal y se opuso expresamente la defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el primer motivo se queja de la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 89 del Código Penal, en cuanto que el Tribunal acuerda en la sentencia la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, sin que el Ministerio Fiscal lo hubiera interesado y con la oposición expresa de la defensa.

El motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal.

1. El artículo 89 del Código Penal prevé la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España. La jurisprudencia ha exigido una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de

igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (STS n.º 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

La ley prevé que en los casos de penas inferiores a seis años el Juez o Tribunal decida previa audiencia del Ministerio Fiscal, mientras que si se trata de penas iguales o superiores a seis años, cuando proceda según el precepto, deberá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 no aclara del todo esta diferencia de tratamiento respecto del Ministerio Fiscal, que según el tenor literal, deberá ser oído en un caso, mientras que en el otro se requerirá su petición expresa, limitándose a decir, en ambos casos, que se pretende establecer que la regla general sea la sustitución de la pena, o del

resto de pena pendiente de cumplir, por la expulsión. La cuestión no es baladí, pues en el segundo caso supone encomendar al Ministerio Fiscal una previa valoración acerca de la pertinencia del cumplimiento de la pena en España en función de las circunstancias concurrentes.

De otro lado, aunque la expulsión no viene considerada como una pena sino como una medida de seguridad en el Código Penal, artículo 96.3.2.^a, sus efectos son similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las medidas que pudieran proceder con arreglo a la legislación de extranjería, se trata de una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, aunque con efectos diferentes a los de una pena privativa de libertad.

2. Esta Sala, en algunos precedentes, se ha referido a la necesidad de que las medidas de seguridad sean solicitadas por la acusación como requisito previo a su imposición por el Tribunal. Así, en las STS n.º 1666/2000 y en la STS de 28 de enero de 1991. En efecto, si se considera que el Tribunal, por efecto del principio acusatorio en cuanto exige la diferencia entre quien acusa y quien juzga, no puede adoptar posiciones que corresponden a la acusación, sino resolver en función de los términos del debate planteado por acusación y defensa, no sería lícito sustituir a la acusación planteando la imposición de una medida que la acusación no ha contemplado. Esta Sala ha acordado que la imposición de penas previstas en la ley como necesaria consecuencia de una infracción criminal no infringe el principio acusatorio aun cuando no hayan sido solicitadas por las acusaciones, ya que opera en esos casos el efecto vinculante del principio de legalidad. Pero no es el caso pues la expulsión no es una consecuencia ineludible, ya que, como se desprende del propio pre-

cepto y de la jurisprudencia de esta Sala sobre el particular, es necesario un juicio individualizado sobre las circunstancias concurrentes, lo cual implica la posibilidad de que en algunos casos, aunque la ley los califique como excepcionales, será posible no acordar tal medida.

Desde la perspectiva de interdicción de la indefensión, se evitaría ésta siempre que el propio Tribunal propusiera abiertamente la posibilidad de su imposición, suscitando así el debate y dando oportunidad de probar lo alegado. En relación con la expulsión sustituyendo a penas inferiores a seis años, daría así satisfacción al enunciado literal del precepto, que, como se ha dicho, solo requiere la previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. En el caso, el Tribunal reconoce que el Fiscal no solicitó la expulsión. Entiende que no se infringe el principio acusatorio aunque el Fiscal no lo haya solicitado, dado que se trata de aplicar el principio general vinculante a favor de la expulsión. Por otra parte, no ha existido indefensión, dado que el Tribunal ha oído al Ministerio Fiscal, a la defensa del acusado y a éste mismo de forma personal.

Además, el Tribunal razona acerca de la pertinencia de la sustitución de la pena por la expulsión, exponiendo que no aprecia la concurrencia de ninguna razón que justifique hacer uso de la posibilidad excepcional alternativa para no acordarla, y expresamente hace constar que la situación del acusado, procedente de un país extracomunitario, es irregular en España, y que no dispone de ningún medio de vida lícito, ni arraigo familiar o laboral.

Por lo tanto, ha existido una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes, lo que supera el automatismo que reiteradamente ha rechazado esta Sala.

La cuestión se reduce a dos aspectos de un mismo asunto. De un lado si es precisa la previa petición del Ministerio Fiscal. Y de otro si el Tribunal ha infringido su posición de neutralidad al suscitar la imposición de una medida de seguridad no propuesta por las acusaciones. No se cuestiona que la va-

loración individualizada cumpla con las exigencias de la jurisprudencia.

Tercero.—En general, los efectos negativos para el acusado derivados de la comisión de una infracción criminal deben ser solicitados por la acusación, siempre que no sean consecuencias ineludibles de la previa afirmación de algo correctamente propuesto por aquella. De otro lado, la jurisprudencia ha entendido que no se infringe el principio acusatorio cuando se condena por delito homogéneo y no más grave que el que ha sostenido la acusación. Desde el punto de vista de los hechos, se requiere que los aspectos fácticos contenidos en la sentencia ya aparecieran en la acusación, de manera que el acusado haya podido defenderse adecuadamente de la imputación de todos y cada uno de ellos.

En cuanto a la penalidad, esta Sala ha entendido que no procede imponer pena más grave de las que solicite la acusación. Pero el principio acusatorio no impide imponer pena menos grave, aun cuando sea distinta de la que la acusación interesó. Así, en los casos de penas alternativas, la acusación puede solicitar la pena privativa de libertad, pero ello no impide la imposición de la pena alternativa de multa. Igualmente, la sustitución prevista en el artículo 88 puede ser acordada por el Tribunal solo previa la audiencia de las partes, y el artículo 77.2, ambos del Código Penal, obliga a la sustitución en los casos que contempla. En ninguno de ellos es precisa la previa petición de la acusación.

La calificación de las penas según su gravedad, además, e incluso, a pesar de la contenida en el artículo 33 del Código Penal, debe tener en cuenta los derechos afectados, de manera que la pena privativa de libertad es más grave que las restrictivas de otros derechos, sin que esa valoración se vea afectada por el criterio o las preferencias del propio acusado, pues no se trata de un supuesto de elección, sino de una valoración objetiva.

Desde esa perspectiva, la medida de seguridad de expulsión, aun cuando puede provocar, según los casos, efectos muy negativos para el acusado, resulta de menor gravedad objetiva que la privación de libertad, pues en realidad consiste en una restricción. No puede olvidarse, de otro lado y aunque no sea un argumento decisivo, que en los casos de estancia ilegal, el cumplimiento de la pena será seguido, previsiblemente, por la expulsión administrativa.

La exigencia de una previa petición del Ministerio Fiscal pudiera encontrar justificaciones no solo en el principio acusatorio, sino incluso en la puesta en práctica de un sistema que pretenda la obtención racional de la uniformidad en la resolución de estas cuestiones. Desde el principio acusatorio, dadas las características de la expulsión, sería aconsejable que las consecuencias del delito vinieran precedidas de una petición de la acusación, especialmente si se trata de una posibilidad que apareja consecuencias graves.

No obstante, la Sala entiende que el tenor literal de la ley contempla la sustitución de la pena por la expulsión como la regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo cual es coherente con las previsiones que, para otras sustituciones de la pena impuesta, prevé el artículo 88 del Código Penal.

En cuanto a la posibilidad de que el Tribunal haya perdido su posición de neutralidad, es de tener en cuenta que la sustitución está prevista por la ley como la solución generalmente aplicable, y que la medida de seguridad es de gravedad inferior a la pena privativa de libertad, aunque sus efectos sean considerables. Dicho de otra forma, el Tribunal se limita a sustituir según la ley una pena privativa de libertad solicitada por la acusación, que además es procedente, por una medida de seguridad de inferior gravedad, en cuanto que solo causa una restricción de aquella.

Y, finalmente, en cuanto a la indefensión, se excluye cuando el propio Tribunal suscita

la posibilidad de sustitución y es oído el acusado y su letrado, permitiéndoseles la defensa efectiva.

En consecuencia, no se infringe el principio acusatorio cuando se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión.

Sentencia 172/2009, Sala de lo Penal del TS, de 24 de febrero de 2009

QUEBRANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA

Arts. 14.3, 148 y 468 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Larcía**

SÍNTESIS

El acuerdo entre autor y víctima no puede dejar sin efecto el contenido de la sentencia, por lo que concurre quebrantamiento de condena aunque la víctima consienta en la vuelta de su pareja, no cabiendo alegar tampoco entonces error de prohibición por parte del autor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. El artículo 468 del Código Penal sanciona a quien quebrantare una de las penas previstas en el artículo 48, en el caso la prohibición de acercarse a la víctima, impuesta en un proceso criminal en el que el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código. El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella. Es cuestionable que los intereses públicos y privados afectados estén

mejor protegidos con una pena, en principio irreversible en cuanto a su cumplimiento, que a través de una medida de seguridad que podría ajustarse durante la ejecución a las circunstancias reales de las personas afectadas, una vez valoradas, a través de las pertinentes decisiones judiciales. Sobre todo si se tiene en cuenta la conveniencia, e incluso, la necesidad, de establecer límites a la intervención del Estado en esferas propias de la intimidad individual y del derecho de cada uno de regir su vida en libertad. Parece excesivo, desde este punto de vista, impedir a dos personas un nuevo intento de compartir su vida, imponiendo el alejamiento, sin posible revisión, siempre que se hayan adoptado las precauciones necesarias para garantizar que esa decisión se ha tomado de forma consciente y con libertad por ambos interesados.

En cualquier caso, en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución.

No cabe, por lo tanto, aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria.

3. El recurrente alega, además, la existencia de un error de prohibición. El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal.

El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa

forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS n.º 1171/1997, de 29 de septiembre, y STS n.º 302/2003).

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

4. En el caso, el recurrente tuvo noticia de la sentencia y de su firmeza, pues se declara probado que le fue notificada. Es evidente que no puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por el Juez por encima de los deseos de las partes, pues se trata de un aspecto de general conocimiento. De otro lado, no consta que el recurrente fuera informado de ninguna decisión del Juez que pudiera implicar una suspensión de la pena que le prohibía el acercamiento. Y finalmente, es asimismo claro que el recurrente tuvo a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta, y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado.

Por todo ello, no puede apreciarse error de prohibición, y el motivo, en sus distintos aspectos, se desestima.

Sentencia 311/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de febrero de 2009

TRÁFICO DE DROGAS. UTILIZACIÓN DE MENORES

Art. 570.1 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

De conformidad con lo acordado en el Pleno no Jurisdiccional de 26 de febrero de 2009, (recogido en el n.º 27 de la Revista de Derecho Penal), se determina el alcance del subtipo agravado del delito de tráfico de drogas por la «utilización» de menores, ofreciendo una interpretación restrictiva de él.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso es interpuesto por el Ministerio Fiscal alegando un único motivo: infracción de ley por no aplicar el subtipo agravado del artículo 370.1.º del Código Penal, pese a que el acusado «utilizó» un menor para cometer el delito.

Se trata de una agravación ya prevista en la anterior redacción del artículo 344.bis.a) 10.ª del Código Penal de 1973, que se refería a la comisión «mediante» menores o «utilizándolos», trasladada al artículo 369.9.ª del de 1995, en que se circunscribe a la «utilización» y, tras la reforma de éste en 2003, al actual 370.1.º, con el añadido a los menores de las personas incapaces.

Al respecto cabe indicar que la doctrina de este Tribunal no ha estado exenta de diversidad de criterios.

A) Desde la Sentencia de 15 de septiembre de 1997 (en cuyo caso se trataba de una acusada que había ocultado la droga bajo la ropa de su hijo de cinco años, para

transportarla a la Península con fines de distribución y venta), se conformó una línea asentada sobre las siguientes afirmaciones:

a) Sobre el fundamento de la agravación, que, no lo es solamente el evitar la eventual corrupción del menor utilizado, sino también la mayor facilidad que se obtiene así para la comisión del delito, además del atentado a la dignidad del menor convertido en objeto de tan repudiable maniobra.

b) Sobre el ámbito de la agravación, se afirma que no cabe distinguir supuestos por razón de las condiciones del menor, ya que el Código Penal no hace tal distinción, tutelando a «todos» los menores.

c) Sobre los presupuestos típicos se afirma que es indiferente cualquier consideración sobre exigencias subjetivas en el comportamiento del menor, como el de su conciencia o no sobre el alcance de su contribución. Al respecto se afirma, en la Sentencia n.º 1039/2004, de 27 de septiembre (en cuyo caso transporta la droga un menor de 13 años) que en el verbo «utilizar» se comprende cualquier papel que puedan es-

tos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor.

Esta línea tuvo hitos intermedios en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre y la 1892/2002, de 8 de noviembre, proclamando ambas resoluciones que arrancan de la inicial formulación de la sentencia de 1997 citada.

B) Más matizada es la tesis que encuentra respaldo en la Sentencia n.º 1318/2002, de 15 de julio, (la menor cuenta en este caso con 11 años y su comportamiento consistía en abrir la puerta del domicilio en que se vendía la droga para ofrecerla a los compradores) y ha venido a acogerse en la más reciente 181/2007, de 7 de marzo.

a) Sobre el fundamento, recogiendo lo dicho en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre, se dice ya que:

Lo importante ahora es que se somete al menor a un importante y relevante riesgo en tanto se perjudica seriamente la formación de su personalidad, sino también, y además, la integridad física o psíquica del menor, incluso la propia vida.

b) Sobre el ámbito de la agravación, en consecuencia con lo anterior, se establece que:

Para que opere la agravación resulta imprescindible que el menor sea corruptible, es decir que tenga capacidad suficiente para comprender lo que hace, sintiéndose estimulado para repetir en el futuro otros actos de similar naturaleza. Más esto ha de ser entendido en sus justos términos. Quizás sea de distinguir entre comprender y entender. El menor comprende lo que está haciendo pero no tiene porqué tener capacidad o entendimiento para saber lo que ese acto significa.

c) Y en cuanto a los presupuestos típicos se admite que el menor no tiene porqué saber que se está cometiendo un delito (STS de 6 de julio de 1999), ello es jurídico-penalmente irrelevante, dada su edad, siendo, sin embargo, relevante la implicación a que se le somete para la formación de su personalidad (SSTS de 18 de mayo de 1999 y 28 de octubre de 1999).

No obstante se excluye la «utilización típica» porque no estaba probado que la menor supiera que entregaba droga.

Más precisa es la citada Sentencia 1318/2002 cuando excluye la «utilización» si cabe inferir que el comportamiento del menor puede deberse a una «actuación por su cuenta» dado que ha crecido en un ambiente familiar en que la venta de droga es, según parece, la forma normalizada de vivir, en las que asume espontáneamente las pautas de conducta vigentes en su medio. Finalmente en ambas Sentencias se enfatiza como dato obstativo de la agravación que se tratase de un único acto.

La Sentencia n.º 304/2007, de 10 de abril resulta irrelevante pues, además de una mera dación de cuenta del contenido de sentencias anteriores, sin discriminar el diverso alcance, excluye el subtipo agravado, pero por la insuficiencia probatoria en el caso enjuiciado, que no permitía discernir qué clase de colaboración prestaba el menor.

Segundo.—Aun cuando el fundamento de la disposición legal es un criterio relevante en la interpretación del alcance de la misma, no cabe prescindir del sentido de su enunciado.

Se centra la agravación en el verbo utilizar, para describir la relación entre el acusado y el menor, y también la función que debe cumplir el comportamiento del menor.

Las relaciones entre los sujetos en el ámbito social pueden adoptar una doble tipología: verticales u horizontales. Sin duda los problemas para el Derecho Penal, en lo que concierne a la imputación de responsabilidades por los comportamientos de los suje-

tos que se relacionan de una u otra de esas maneras, son diversos.

La complejidad organizativa, cuando los sujetos interactúan verticalmente, obliga a diferenciar la imputación según el papel desempeñado en el entramado de plurales sujetos. Adquieren entonces relevancia referencias como la delegación o la subordinación.

En lo que ahora nos interesa, la categoría dogmática de la autoría mediata se erige en el contexto que da sentido a verbos descriptivos de conductas de utilización. Lo característico es la disociación de, por un lado, la responsabilidad de quien ostenta un dominio estratégico del total comportamiento que da lugar al delito y, por otro lado, la responsabilidad, o más exactamente, la falta de responsabilidad de quien resulta expropiado de ese dominio, por la fuerte modulación que su integración en el complejo repercute en su aparente autonomía.

Tal hipótesis es bien diversa de los supuestos de interacción horizontal. Aquí la asociación de los plurales sujetos se produce en el mismo o muy similar nivel. La coautoría y las diversas formas de participación, con la consiguiente sinergia de contribuciones, resulta contexto que se resiste a la utilización de verbos como el de utilizar, que nos ocupa.

Sin predeterminedar conclusiones dogmáticas sobre la solución que deba darse a la participación delictiva, podemos decir que, mientras en el caso de horizontalidad cabe hablar de un «hecho común», en el de la interacción vertical, donde una de las manifestaciones es la utilización de un sujeto por otro, el hecho lo es solamente de aquel que tiene su dominio. Así se entiende mejor el inciso final del artículo 370.1 cuando el verbo cometer se presenta referido al sujeto activo y no a éste y al menor.

Circunscribiéndonos a la norma legal que nos ocupa, su interpretación exige, dada la gravísima consecuencia penológica a la que conduce, una fortísima restricción del alcance a dar a sus términos.

En dicha interpretación adquiere protagonismo instrumental la decisión del legislador de 2003, al asimilar menor a disminuido psíquico. Porque ello connota instrumentalidad carente de autonomía en dicho sujeto pasivo del dominio del autor. La asimilación al supuesto del uso del incapaz sugiere que el legislador parte de un supuesto en que el menor es un mero instrumento y, por ello, está exento de responsabilidad criminal, incluida la propia de las personas menores de edad.

Es decir que cuando la relación entre los sujetos es la de coautoría o la de participación del menor en el delito del mayor, no puede decirse que éste es «utilizado». La utilización implica la concurrencia de un autor mediato, único al que cabe imputar el delito, y un instrumento, cuya voluntad es dominada por aquél, como ocurre en otras hipótesis de tal autoría mediata, como las de violencia sobre o error en el instrumento. Por ello el tratamiento no puede ser diverso al de estas hipótesis, es decir a la exención del instrumento.

Cuando, por el contrario, el sujeto, mal considerado como «utilizado», tiene una participación consciente y libre, de suerte que ha de serle exigible responsabilidad penal, supuestos bien de coautoría, bien de participación, no cabe hablar de autoría mediata ni, por ello, de verdadera «utilización» de un sujeto por otro.

Y es que, en tal caso, la función que desempeña la contribución del menor no es la de «medio» a disposición de una estrategia ajena, sino la de concurrencia en la autoría o colaboración con el autor. Era pues significativa la equiparación entre los términos medio y utilización que empleaba el legislador del Código Penal de 1973, sin que la reducción del de 1995, suprimiendo la referencia a la voz medio, implique cambio de sentido, ya que ello habría requerido más contundencia en los enunciados.

En conclusión, cualquiera que fuesen los plurales fundamentos de la norma, hemos de estimar que el legislador, sin el objetivo

de configurar el ámbito de menores protegibles, quiso circunscribir el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Por tanto donde hay acuerdo de voluntades libre y consciente, en la medida que tal libertad y conciencia da lugar a responsabilidad penal, de cualquier clase que sea, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización.

Se trata de una norma de protección del menor, acorde a los compromisos internacionales de España derivados de la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas [Viena, 1988, ratificado por España en 30-7-1990, cuyo artículo 5.f) se refiere a la victimización o utilización de menores], pero que se traduce, no

solamente en la norma del artículo 370.1.º, sino en otras modalidades de agravación (facilitar droga a menores o cometidos en centros docentes) de las que es preciso efectuar adecuados deslindes.

Con la finalidad de deslindar con mayor precisión cuando se trata de un supuesto de verdadera utilización de un menor, que desde luego no puede comprender todos los casos en los que exista intervención de un sujeto que no haya alcanzado la mayoría de edad, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el acuerdo, en sesión no jurisdiccional, de fecha 26 de febrero de 2009, de estimar que el subtipo del artículo 370.1.º del Código Penal solamente resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

Sentencia 225/2009, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2009

DECLARACIONES SUMARIALES

Art. 24.2 CE; 730 y 777 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Requisitos para la reproducción en juicio oral de diligencias sumariales, cuya inobservancia conduce a la estimación de la impugnación de quien fue condenado con base en aquéllas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primero de los motivos alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que se concreta en la

utilización por el Tribunal de instancia de las declaraciones previas al juicio del testigo D. Sergio, sin que concurran los presupuestos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde luego no necesita especial consideración que nuestro ordenamiento admite la enervación de la presunción de inocencia mediante elementos de juicio no producidos en el acto del juicio oral. Entre los casos de excepcional admisión se encuentra el previsto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero tampoco es discutido que esta posibilidad es excepcional y condicionada por una serie de presupuestos y requisitos:

a) Entre los presupuestos de recuperación del material sumarial por el cauce del citado precepto, se encuentra el que la jurisprudencia denomina material constituido por la imposibilidad de reproducción de aquel material en el acto del juicio oral. (Vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 280/2005, de 7 de noviembre, que recoge abundante doctrina anterior y ha sido ratificada en la 10/2007, de 15 de enero).

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 345/2006, de 11 de diciembre:

«En este contexto hemos de recordar que 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 por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3.d) y 1 del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 11 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49). Como el Tribunal Europeo ha declarado en

la 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».

La valoración de la situación, que justifica acudir al expediente regulado en aquel precepto, debe efectuarse siempre desde la advertencia de que se trata de un mecanismo excepcional, por lo que habrá de cuidarse no equiparar a la imposibilidad situaciones de mera dificultad.

Además, para que la decisión de acudir a ese medio de prueba pueda someterse al adecuado control en vía de recurso, la sentencia que justifica su decisión en virtud del material sumarial así recuperado, deberá justificar también aquella imposibilidad de reproducción suministrando los datos necesarios a ese efecto.

En concreto habrá de exponerse cual fue la diligencia del órgano jurisdiccional para agotar las posibilidades de disponer de la fuente sumarial que devino no utilizable como medio de prueba en el juicio oral.

b) Como requisito subjetivo se exige también que la fuente haya producido la información utilizada para la decisión, con intervención, por un lado, del Juez de Instrucción y, por otro, de las partes asistidas de Letrado.

Ciertamente el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal omite especificar este requisito. Pero la Jurisprudencia constitucional advierte de la incidencia en esta materia de principios esenciales del proceso penal que justifican tales exigencias.

Y, por lo que se refiere a la presencia en tal diligencia del imputado, que lo fuere en el momento de producirse la fuente probatoria en la fase sumarial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece distinguir según la no disponibilidad de aquella en el juicio, fuere o no previsible. Solamente en caso de

tal previsibilidad, el artículo 448, para el procedimiento ordinario y el 777 para el abreviado, exigen la presencia de las partes. Y no solamente de su defensa Letrada.

Pero no cabe olvidar que el artículo 777 remite al artículo 730 como norma reguladora para autorizar la valoración como prueba anticipada. Por lo que resulta bien razonable que en los demás supuestos de aplicación del citado artículo 730 se exijan las condiciones descritas en dicha anticipación. Así pues, también en los casos del artículo 448, incluso si de hecho no se previó la eventual falta de disponibilidad posterior.

Por otro lado, bastará la previsibilidad de la no disponibilidad en juicio, aunque no se haya previsto ésta, para que los requisitos del artículo 448, si el procedimiento es ordinario y 777 si es abreviado, sean condición inexcusable para poder invocar el artículo 730, todos los citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Suele distinguirse, en razón de dicha previsibilidad, entre prueba anticipada (cabe la previsión de la eventualidad de imposible reproducción) y preconstituida (faltaba la posibilidad de aquella previsión al tiempo de la práctica de la investigación sumarial). Pero los citados términos no son pacíficos. No faltan quienes asimilan los casos bajo la rúbrica genérica de preconstitución de prueba, o, lo que es más arriesgado, denominan prueba a la diligencia anticipada no reiterable en el juicio, pero utilizable a efectos de decidir la imputación.

La legitimación de la recuperación del material sumarial en los casos decididos en las Sentencias de este Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2007 en el recurso 11235/2006 y de 13 de mayo de 2008, en el recurso 11134/2006, fue reconocida por la concurrencia de estos requisitos.

No obstante la doctrina constitucional ha flexibilizado la exigencia de contradicción al tiempo de la práctica de la diligencia sumarial que, pese a mitigaciones del principio de contradicción durante la misma, pue-

de luego ser recuperada en el juicio oral donde ya no cabe reproducirla.

Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2006, de 16 de enero, donde dijo:

«Asimismo, también hemos declarado que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

c) que la imposibilidad de reproducción se deba a causas ajenas a la voluntad, precisamente de la parte que propuso el medio probatorio.

d) que dicha parte solicite la aplicación de la posibilidad abierta en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y

e) formalmente es requisito también, la lectura de las diligencias sumariales en el juicio oral, por más que este requisito haya sido atenuado por la jurisprudencia de esta Sala y por la doctrina constitucional que establece la suficiencia de esa recuperación en el curso del interrogatorio si ésta tiene lugar en el marco de aplicación del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia de este Tribunal de 6 de noviembre de 2008 en recurso 10875/2007).

Pues bien, en el caso que juzgamos dos obstáculos se erigen para la legitimidad de la toma en consideración de las declaraciones sumariales del testigo D. Sergio. En primer lugar, que la sentencia, pese a manifestar que ese testigo se encontraba en «ignorado paradero», no da cuenta suficiente de las razones por las que esa situación no la estima previsible al tiempo de la declaración sumarial y, en segundo lugar, tampoco, da cuenta de cuales fueron las concretas diligencias tendentes a la localización y dispo-

nibilidad del citado testigo. Y ello aunque en la sentencia se haga constar, como en el acta, que el D. Sergio se encontraba en ignorado paradero (antecedente procesal 2 de la sentencia y constancia en acta del juicio oral de que el Tribunal suministra esa información a las partes, así, como de que el Letrado del acusado, el Sr. Juan Miguel, instó la suspensión para que se continúen las gestiones iniciadas para la búsqueda del testigo por su relevancia). Y resulta poco comprensible que, conociendo su nacionalidad extranjera y la eventualidad de presiones sobre el testigo provenientes de los agresores, no se previera que podía ausentarse fuera de territorio español. (...)

Examinado el folio 93 del rollo de la Audiencia se pone de manifiesto la indolencia policial en la búsqueda de tan relevante testigo.

Se dice ahí que no han hecho otra cosa que visitar el domicilio del testigo en «el Vacie», único que le consta y que, no hallándolo, lo declaran en ignorado paradero, con ahorro de la más elemental diligencia que aconsejaría actuaciones de verdadera búsqueda, indicándose cuales, entre las posibles, se intentaron.

Lo que también resulta constitucionalmente censurable.

Por ello, debemos cuestionar la toma en consideración de esta declaración al faltar el presupuesto que abre la vía del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y también al estar ausente el requisito de la participación de los imputados al tiempo en que prestó declaración dicho testigo aunque interviniese en la diligencia sumarial el Letrado de dichos imputados.

Sentencia 238/2009, Sala de lo Penal del TS, de 6 de marzo de 2009

PRUEBA TESTIFICAL

Arts. 24.2 CE; 730 y 777 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por sustentarse la condena en declaraciones testificales introducidas en el juicio oral por la vía del artículo 730, pero que debieron ser practicadas bajo el régimen de la prueba anticipada en la instrucción dada la previsibilidad de que no pudiera realizarse en el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Invocando el art. 5.4 de la LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art.

24.2 de la CE. Ello por entender que la condena se funda en lo manifestado por las denunciantes, de manera unilateral, a la policía y al instructor, pues luego no comparecieron en el juicio oral, en el que se leyeron

sus declaraciones precedentes; dándose la circunstancia de que, de éstas, sólo una contó con la asistencia del abogado que en ese momento asistía al acusado, que no estuvo presente, a pesar —se dice— de que cuando se escuchó a la denunciante aludida, éste se encontraba ya detenido, e incluso en la sede del juzgado. Entiende el recurrente que, en previsión de que, tratándose de personas extranjeras, pudiera ocurrir lo que al fin sucedió, tendría que haberse procedido de la forma que prescribe el art. 777 de la LECrim. No se hizo así, y, en consecuencia, no cabe hablar de prueba de cargo contradictoria obtenida en el juicio, y, por eso, tampoco puede decirse que la presunción de inocencia haya sido eficazmente desvirtuada, debido a que el imputado nunca tuvo la oportunidad de confrontarse con los testigos de cargo.

El examen de la causa permite comprobar que la testigo Laura fue escuchada en la instrucción con asistencia del letrado que en ese momento asistía al imputado en la causa; y la también testigo Elvira declaró ante el Juez de Instrucción, con presencia del Fiscal. Y, es cierto, en las declaraciones de una y otra no estuvieron presentes los acusados. Luego, fueron leídas en la vista. También sucede que, igualmente, el testigo fundamental, Luis, no concurrió al juicio, en el que, por eso, no se oyó personalmente a ninguno de los testigos de cargo.

«Contradecir» es oponer algo a lo afirmado por otro; y en, en términos procesales, «contradictorio» es el proceso en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución actual en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión. Por tanto, en rigor, sólo aquél en el que se brinda la posibilidad real de efectuar un control intersubjetivo de presente de las afirmaciones probatorias y de las distintas alegaciones, a quienes puedan resultar afectados por ellas.

En el sentido indicado, el principio de contradicción es una implicación del derecho de defensa, pero tiene además reconocido valor epistémico o de método, ya que, en virtud de una experiencia universal, se sabe

que el controversial y dialógico es el más adecuado para decidir sobre la verdad de los enunciados; pues, dicho de forma coloquial, es notorio y está generalmente aceptado que «de la discusión sale la luz».

Tal es la razón por la que en el art. 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce a todo acusado «el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él». Y en términos equivalentes se pronuncia el art. 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En aplicación de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que es preciso «conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde» (Sentencia de 14 de diciembre de 1999 (caso A. M. contra Italia); y también, entre otras, la de 20 de septiembre de 1993 (caso Saïdi contra Francia) y la de 19 de diciembre de 1990 (caso Delta contra Francia). El Tribunal Constitucional mantiene idéntica posición en la materia, haciéndose eco, precisamente, de la misma doctrina. Y esta sala ha hecho hincapié en la efectividad del derecho a interrogar a los testigos de cargo como «esencia del derecho de contradicción, cuyo ejercicio se violenta cuando el acusado no tiene (esa) oportunidad»; de manera que «ni siquiera a las declaraciones incriminatorias realizadas por el testigo ante el juez de instrucción puede otorgárseles eficacia probatoria cuando se traen al plenario por la vía de su lectura que prevé el art. 730 de la LECrim, si en aquella diligencia judicial la defensa del acusado no ha tenido ocasión de contradecir esas manifestaciones interrogando al testigo» (sentencias n.º 1577/1998, de 11 de diciembre y 1441/2002, de 9 de septiembre, entre otras).

Es claro que el derecho de referencia sólo se satisface mediante el reconocimiento de la aludida posibilidad real de interlocución directa del acusado y su defensa con el testigo que le inculpe en los momentos del trá-

mite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Aunque también es cierto que el cumplimiento de esta regla puede estar sujeto a imponderables que constituyan un obstáculo insalvable, y para tales supuestos existen previsiones como las de los arts. 448 y 777 de la LECrim. Pero que, adviértase, en un caso reclama concurrencia del procesado y su abogado y en el otro el aseguramiento de la posibilidad de contradicción de las partes.

En el caso a examen, a pesar de que las denunciadas eran extranjeras en situación irregular y de que, por ello, cabía inferir fácilmente una seria dificultad de asegurar su presencia en el acto del juicio, no se hizo uso de la opción consagrada en esos preceptos —que podría muy bien haberse dado— de manera que, realmente, en ningún momento de la causa ha llegado a darse la posibilidad de efectiva contradicción de los acusados, ahora condenados, con los testigos de cargo.

A tenor de lo que expresivamente se razona en la STS 192/2009, de 12 de febrero, el dato de la nacionalidad y las circunstancias de las denunciadas de esta causa prefiguraba un supuesto paradigmático de preconstitución de prueba, en el que tendría que haberse procedido necesariamente conforme al art. 777.2.º de la LECrim; al ser perfectamente previsible la eventualidad de la falta de localización y consiguiente imposibilidad de asistencia al juicio. Que es lo que hace que tal ausencia —como también se explica en la misma sentencia que acaba de citarse— no pueda atribuirse a un factor de los que habilitan para acudir al expediente del art. 730 de la LECrim, pues no se trató de la emergencia de un verdadero imponderable, sino, simplemente, de la concurrencia de un supuesto con el que, en términos de experiencia corriente, podría y tendría que haberse contado, y, por pura imprevisión indisciplinable, no se contó.

Así las cosas, si es verdad que ningún reproche cabe hacer a la Audiencia por su decisión de no suspender la vista, cuando ya nada permitía pensar que las denunciadas y

el ciudadano de su misma nacionalidad que depuso en la instrucción pudieran ser hallados para ser citados, lo cierto es que, por lo dicho, en rigor, no concurrió un supuesto del art. 730 de la LECrim., por la falta de una verdadera imposibilidad sobrevenida.

Así las cosas, tiene razón el recurrente cuando denuncia un déficit de legalidad relevante en la formación de la prueba, que, además, como se ha visto, no podían dejar de repercutir negativamente en la calidad de los elementos de convicción de que dispuso la sala. En efecto, porque si, como es obligado, del orden jurídico-formal, o sea, del de la regularidad del trámite, se desplaza la consideración de la cuestión suscitada al plano cognoscitivo, es decir, al del proceso como medio de adquisición de conocimiento sobre hechos, no puede ignorarse que sustituir la audición de un testigo en régimen de verdadera contradicción por la lectura de su manifestación sumarial (producida, además, salvo en un caso sin presencia de la defensa, y siempre sin la de los entonces imputados, como aquí ha sucedido) conlleva el pago de un precio: la ausencia de verdadera confrontación dialógica entre las partes. Por la auténtica exclusión objetiva del juego de dos principios centrales del proceso: el de inmediación y el de contradicción, dado que la Audiencia no llegó a tener contacto con ninguna de las fundamentales fuentes de prueba; y sólo operó con ellas de una forma muy mediata, a partir del examen unilateral de las mismas por otros órganos jurisdiccionales.

Por eso, tiene razón el recurrente, la vista oral en esta causa, formalmente celebrada, estuvo vacía de verdadero contenido, pues faltó el mínimo de contradicción imprescindible sobre la prueba de cargo, en indudable perjuicio del derecho de defensa; pero también de la calidad del enjuiciamiento y de la eficacia convictiva de su resultado. Y, así, no puede decirse eficazmente desvirtuada la presunción de inocencia y el motivo debe estimarse, extendiendo los efectos de esta estimación, en aplicación del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la otra condenada no recurrente Nieves.

Sentencia 228/2009, Sala de lo Penal del TS, de 6 de marzo de 2009

APROPIACIÓN INDEBIDA

Art. 242 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

SÍNTESIS

Casando la sentencia de instancia, entiende el Tribunal Supremo que no concurre apropiación indebida en un supuesto del vendedor que, después de vender en documento privado, hipoteca el inmueble y no paga la hipoteca, lo que origina una ejecución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El motivo segundo, amparado en el art. 849.1.º de la LECr, invoca la indebida aplicación del art. 252 del Código Penal, al entender que los hechos declarados no son constitutivos del delito de apropiación indebida. Este motivo debe estimarse.

1.—El delito de apropiación indebida además de una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto —dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble— recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, exige: por un lado el cambio del *animus* sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al de dueño reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y por otra parte un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño. En cualquier caso el acto apropiativo ha de recaer sobre lo que siendo ajeno, es decir perteneciente a otros, es poseído o detentado por el sujeto

activo, que abusa de su posesión o tenencia para hacerlo suyo, quebrantando el deber incorporado al título posesorio de devolver la cosa a su propietario o de aplicarla al destino encomendado.

2.—En este caso la indebida apropiación está referida a parte del dinero recibido de la querellante. Un dinero que ésta le había entregado en distintos plazos en concepto de precio debido por compraventa de un inmueble convenida en documento privado. En principio el dinero que se entrega por el comprador como pago del precio en una compraventa no es título meramente posesorio para el vendedor, sino traslativo del dominio, lo que significa que el vendedor que lo recibe adquiere la propiedad del precio cobrado y no su simple tenencia para devolverlo o entregarlo.

En el hecho probado de la sentencia de instancia aparece que cuatro años después de la escritura pública de compraventa, otorgada a los dos días del último pago del precio por el comprador, se presentó por una entidad bancaria demanda ejecutiva en reclamación de deudas garantizadas con hipo-

teca sobre el inmueble comprado. Hipoteca que el vendedor había en efecto constituido en garantía de un préstamo en un momento posterior al documento privado de compraventa y anterior al de la escritura pública, y cuya existencia había hecho saber al comprador al otorgar ésta aunque expresando, sin ser cierto, que estaba todo pagado y pendiente sólo de cancelación en el Registro

Sobre ese presupuesto fáctico el Tribunal sustenta el delito de apropiación indebida, de parte del precio cobrado, razonando que «la vendedora, una vez constituida la carga hipotecaria, debió devolver el dinero que recibió de la compradora en cumplimiento del contrato privado o, alternatively, cancelar la hipoteca, en la cuota correspondiente, aplicando dichas cantidades recibidas al pago de la misma. Al no hacer ni lo uno ni lo otro, se apoderó indebidamente de lo recibido».

Es evidente que ese razonamiento presupone que lo recibido, es decir el precio de la venta, es el objeto de la indebida apropiación, y que por lo tanto ese precio se recibió por título posesorio en los términos que posibilitan la comisión de aquel delito

3.—El razonamiento justificador de la comisión de apropiación indebida no puede ser aceptado, en ninguna de las dos vertientes o posibilidades a que alude la sentencia:

A) Respecto a la obligación de que las cantidades recibidas —o parte de ellas— en concepto de precio se hubiera de aplicar al pago de la cuotas del préstamo hipotecario, no existe norma alguna que la establezca. El precio que un comprador paga al vendedor lo adquiere éste, en principio, para sí, es decir se hace dueño del precio y su importe se incorpora a su patrimonio, perteneciéndole la disponibilidad del mismo. No adquiere la sola posesión del precio cobrado, sino que ya hace suyo lo que se le paga, desde el momento en que lo recibe. Si además existe un préstamo concertado entre el vendedor de la cosa y una entidad bancaria, el prestatario tendrá la personal obligación de pagarlo, co-

mo deudor del mismo frente a la entidad que presta, pero es una obligación personal independiente de la de pagar el precio que asume el comprador del inmueble, aunque esté hipotecado en garantía del préstamo. Las consecuencias que la venta de un inmueble hipotecado tiene respecto al débito personal hipotecario son las que establece el art. 118 de la Ley Hipotecaria, que regula el caso de compraventa con asunción del débito por el adquirente y el caso de compraventa con descuento de la carga o retención de su importe. Cuestiones ambas ajenas al caso presente, donde lo relevante es considerar que ni en ese precepto ni en ningún otro se impone al vendedor la obligación de mantener la mera posesión de lo cobrado en concepto de precio, para destinar el importe recibido precisamente al pago del préstamo hipotecario. Esa recepción posesoria del dinero para tal destino concreto legalmente no existe. Por el contrario el vendedor hace suyo el precio cobrado y consiguientemente no es posible construir indebida apropiación sobre la disposición de un dinero que le pertenece. Es verdad que, excluido que el deber de aplicar el precio de la venta a un concreto destino venga impuesto por una norma legal, no es imposible que pueda resultar de pacto o de convenio entre vendedor y comprador. Sin embargo nada hay en los hechos probados que afirme tal cosa: La sentencia de instancia se refiere escuetamente al contrato privado de venta sin expresión de su clausulado, ni de pacto que obligara al vendedor a destinar los plazos sucesivos del precio al abono de los del préstamo que, con garantía hipotecaria, recibiera el vendedor, ni tampoco, dado que el préstamo hipotecario fué posterior al contrato privado de venta del inmueble, hay dato alguno sobre ninguna posible novación contractual imponiendo esa aplicación o destino de lo recibido como precio. En definitiva, tal deber de aplicación o destino, a que se refiere la sentencia no tiene fundamento en norma alguna ni en ningún pacto entre las partes. Por ello no existe ni cabe sobre el mismo construir la calificación de apropiación indebida.

B) Con relación a la otra alternativa, que es, según la sentencia, la obligación que el vendedor tenía, una vez constituida la hipoteca, de devolver el dinero recibido de la compradora en concepto de precio, tampoco cabe construir sobre ella la apropiación indebida. En efecto la constitución de una hipoteca por el propietario de un inmueble vendido a un tercero de quien cobra el precio estipulado no obliga por sí misma a devolver el precio, ni siquiera el recibido después de constituir la hipoteca. En primer lugar porque la única obligación que tiene de devolver se refiere al préstamo recibido y, siendo obligación frente al prestamista, esta deuda no compensa su crédito por la venta del inmueble frente al comprador deudor del precio; de manera que nada impide que el vendedor pague puntualmente el préstamo que adeuda, como a él se le paga el precio adeudado por el comprador. Y en segundo lugar porque, si como consecuencia del impago del préstamo hipotecario el acreedor del mismo ejercita sus acciones reales sobre el inmueble vendido, y ya perteneciente al comprador que pagó su precio, las consecuencias que en el ámbito de la compraventa esto acarrea son las que el Código Civil regula en el saneamiento por evicción del art. 1483 del Código Civil. De modo tal que si por ella se viera el vendedor en la preci-

sión de indemnizar al comprador por la pérdida del inmueble hipotecado, o por haber satisfecho el préstamo impagado para evitar la ejecución, subrogándose entonces en la posición del acreedor hipotecario, tal obligación de indemnizar o devolver parte del precio de la venta surgiría de la evicción sobrevinida, y por tanto nacería por un hecho posterior al cobro del precio de la venta. En consecuencia no puede decirse que cuando se le entregó el precio ya lo recibió el vendedor por título que obligaba a devolverlo. Cuando lo cobró lo fué por título inidóneo para cometer con su adquisición una apropiación indebida; y cuando hipotéticamente sobreviene su obligación de compensar al comprador por la evicción, se trata ya de una obligación diferente, posterior y desconectada del concepto en que se le entregó el precio de la venta.

No hay pues en el hecho probado una posesión de dinero recibido con obligación de devolverlo o de entregarlo para un destino determinado. La disposición que el vendedor hiciera del precio recibido no es delito de apropiación indebida. Y lo que la sentencia refleja en el hecho probado no es sino una cuestión civil, ajena al campo de lo penal.

Procede en consecuencia la estimación del motivo segundo.

Sentencia 96/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2009

PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA

Arts. 24.2 CE y 448 y 777 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

SÍNTESIS

Se declara la validez y suficiencia de la prueba testifical practicada de forma anticipada en la instrucción en atención a la corta edad del menor víctima de abusos sexuales, siendo dirigido el interrogatorio por el Juez de instrucción con intervención de las partes presentes y por medio instrumental

de un experto. Por su interés se reproduce, asimismo, parte de uno de los votos particulares que considera no concurrían en el caso los requisitos habilitantes para prescindir de su realización en el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primero de los motivos por vulneración de la presunción de inocencia, canalizado a través del art. 852 y de la LECr se basa en que la prueba de cargo, consistente en la exploración de la menor, se practicó de forma indebida en la fase sumarial y no en el acto del Juicio Oral.

Se refiere con ello el recurrente a que la Sala de instancia fundamenta su declaración de hechos probados principalmente en la diligencia realizada durante la instrucción en la que el Juez acordó mediante Auto de 23 de enero de 2007 practicar la exploración de la menor como prueba preconstituida. La resolución valoró para ello la gravedad de los hechos, la edad de la niña, y la reticencia de los padres a someter a su hija a las actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos. Por ello acordó la exploración inmediatamente como prueba preconstituida ordenando asegurar la contradicción de las partes y documentar la diligencia en la forma legal prevista. Consta en las actuaciones que para su práctica —como correctamente se refiere en la Sentencia— una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervendrían y presenciarían la exploración. Es-

tas personas intervinientes fueron: El Magistrado Juez de Instrucción, el Secretario Judicial, el letrado del imputado —ahora condenado recurrente—, la letrada de la acusación particular, y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fué llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la Sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fué en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes.

Tercero.—Con este antecedente y puesto que el recurrente en este primer motivo se queja de que la exploración se hiciera en instrucción y no en el Juicio Oral ante el Tribunal juzgador, negando que por ello tenga validez como prueba de cargo, se hace preciso en primer lugar establecer en este Fundamento tercero, el marco jurídico general de las pruebas anticipadas, llamadas también a veces preconstituidas, para dentro de ese marco situar luego en los Fundamentos Cuarto, Quinto y Sexto las argumentaciones impugnatorias del recurrente y a par-

tir de ellas concretar las exigencias legales del marco general a fin de decidir la estimación o no del motivo primero que examinamos.

1.—En nuestro ordenamiento procesal, como recientemente ha recordado una vez más esta Sala en su sentencia 129/2007 de 24 de febrero, por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador. En este sentido el art. 702 de la LECr dispone que quienes están obligados a declarar «lo harán concurriendo ante el Tribunal». Y el art. 446 de la LECr, establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de «comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello».

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

2.—Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada «prueba anti-

cipada en sentido propio». Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen «desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión». Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts 781-1 apartado tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar «la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral». En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1.º de la LECr).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como «prueba preconstituida». Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba «anticipada en sentido impropio» para reservar el término de «preconstituida» a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica —como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias— es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se

preven como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el Juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: 1) En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual «cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes». Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente «en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien —previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española— por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; 2) En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine «a presencia del procesado» y de su Abogado defensor —salvo el supuesto del art. 449— y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al

acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituída o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

Cuarto.—El anterior marco jurídico de carácter general sitúa la impugnación del recurrente dentro del régimen legal del segundo grupo de excepciones, es decir de la llamada prueba preconstituída o anticipada en sentido impropio. Y lo primero que aduce el recurrente es que no se da en este caso el presupuesto legitimante de su práctica, porque no era imposible que la exploración de

la menor se practicara en el Juicio Oral y directamente ante el Tribunal juzgador. Este es el alegato principal y el que exige una mayor atención:

1.—En el Procedimiento Ordinario y en el de urgencia, el presupuesto condicionante se enuncia en diferente manera, pero con análoga significación e idéntico fundamento. En aquél, se contempla la muerte y la incapacidad del testigo como sucesos previsibles justificantes de la preconstitución de la prueba y se añade la imposibilidad prevista de concurrir por haber de ausentarse de la Península. Es una fórmula casuística un tanto arcaica perteneciente al texto primigenio de la LECr de 1882. En cambio en el art. 777 del procedimiento abreviado, de moderna creación, la fórmula empleada combina la referencia concreta a que por el lugar de residencia del testigo se tema no poder practicar la prueba en el Juicio Oral, con una previsión más general, directamente expresiva del fundamento de la preconstitución probatoria, al admitirla cuando «por otro motivo» —que el legislador no precisa ni limita de ningún modo— se tema razonablemente que la prueba no se podrá practicar en el juicio o pudiera motivar su suspensión. La idea de imposibilidad es la clave porque constituye el fundamento básico justificante de la preconstitución de la prueba, y está presente tanto en los supuestos concretos del art. 448 de la LECr, en el procedimiento ordinario, como en la genérica previsión del art. 777 de la LECr en el procedimiento de urgencia.

2.—De este modo, siendo la negación de la imposibilidad lo que esgrime el recurrente como primera razón de su impugnación de la validez probatoria de la exploración de la menor hecha en este caso como prueba preconstituida en el sumario, dos son las cuestiones a despejar: A) el ámbito y alcance de lo que significa esa «imposibilidad» legalmente relevante a tales efectos; y B) determinar si a partir de esa interpretación concurrió o no en el presente caso:

A) En cuanto al alcance, de lo que significa la imposibilidad, la tradicional inclusión desde 1882 en el art. 448 de la LECr de los tres consabidos supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península, se ha visto ampliada por la referencia en el procedimiento abreviado a que, «por cualquier otro motivo», se prevea anticipadamente la imposibilidad (art. 777 de la LECr). Y por otra parte ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias:

a) De un lado se impone una restricción de la idea de «imposibilidad» por residencia en el extranjero, ya que de ser esto hace años un casi insalvable obstáculo para trasladarse a otro país con tiempo suficiente para testificar, ha pasado actualmente a ser problema menor por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones y por el desarrollo de normas de cooperación procesal entre los Estados que regulan y facilitan extraordinariamente la asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.

b) Por otro lado se impone también una ampliación de la idea de «imposibilidad» para testificar en Juicio Oral; ampliación en el sentido de que, junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007 de 28 de febrero, el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. Esa Sentencia,

reiterando lo dicho por la Sentencia 429/2002 de 8 de marzo, recuerda que la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, «la supremacía del interés del menor» y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal», y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección «se evitará» toda interferencia innecesaria en la vida del menor». Y en el art. 17 de la misma Ley Orgánica se contiene el mandato de que «en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social en que se encuentra». El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderán será el interés supremo del niño». Esta jurisprudencia —añade la sentencia citada de 28 de febrero de 2007—, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando es testigo del hecho criminal, compaginando las exigencias de su específica protección con los que en derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas

al testigo de cargo (art. 6.3 del CEDH), obliga a una búsqueda de equilibrio y ponderación entre los intereses descritos.

Por otra parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, proa. C-105/2003 «Caso Pupino» declara que los arts. 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal debiera interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta».

El órgano jurisdiccional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad a dicha Decisión marco.

Se trata de una decisión de gran alcance y con indudable incidencia en el caso que nos ocupa. En efecto, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, obliga a brindar a los sujetos pasivos de hechos delictivos que sean especialmente vulnerables un trato específico acorde con su situación (art. 2, apartado 2). En particular, prevé que testifiquen en condiciones que permitan su efectiva protección frente a las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública (artículo 8, apartado 4). Los Estados miembros estaban obligados a incorporar las previsiones de la decisión marco a sus ordenamientos internos el 22 de marzo de 2.002, como muy tarde. Aunque las decisiones marco no tienen efecto directo porque así lo ha querido el «constituyente» de la Unión (artículo 34, apartado 2, letra b) del tratado) el Tribunal de Justicia en la citada Sentencia, (dictada con relación a una condena por malos tratos de una profesora a niños, que declararon an-

ticamente ante el Juez de Instrucción, sin cobertura legal en esa clase de delitos) recuerda que las decisiones marco tienen carácter vinculante, ya que obligan a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse». Este carácter supone para las autoridades nacionales y, en particular, para las judiciales, el deber de interpretar las normas de su derecho interno ajustándose a los términos de las decisiones marco (apartados 33 y 34 de la sentencia y punto 36 de las conclusiones), pues el principio de cooperación leal, que justifica la regla de la interpretación conforme, también opera en el tercer pilar (apartado 42 de la sentencia). Añade el Tribunal que su competencia prejudicial ex artículo 35 del Tratado UE quedaría privada del efecto útil si los particulares no pudieran hacer valer ante sus jueces domésticos las decisiones marco con el fin de obtener un entendimiento de su derecho nacional acorde con los objetivos marcados por el legislador de la Unión en una decisión marco (apartado 38 de la sentencia). En definitiva, al aplicar el derecho interno, los jueces nacionales han de hacer todo lo posible para alcanzar el resultado previsto en una decisión marco, tomando en consideración, si fuese menester, todo el derecho nacional (apartados 43 y 47 de la sentencia). Los únicos límites a este deber se encuentran en los principios generales del derecho, singularmente los que proclaman la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones contra *legem* que no pueden cobijarse en la mencionada regla de interpretación conforme (apartados 44 y 47 de la sentencia).

Como ha puesto de relieve la mejor doctrina, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, de 16 de junio de 2005 (asunto «Pupino») viene a reconocer por vía interpretativa efecto directo a las decisiones marco, porque, en última instancia, el juez nacional ha de dar efectividad a sus determinaciones (con el único límite de la exégesis *contra*

legem), no obstante el silencio, las ambigüedades o las obscuridades del sistema jurídico interno. Se repite aquí en cierta medida la misma evolución que en el primer pilar, en el que, pese a la negación de efectos directos horizontales de las directivas, en la práctica se ha llegado al mismo resultado por el cauce de la interpretación conforme. La sentencia Pupino representa en el tercer pilar un papel semejante al jugado por la sentencia Marleasing en el primero.

Con todos estos antecedentes es ya evidente que la exigencia de los arts. 448 y 777 de la LECr, en el procedimiento ordinario y de urgencia respectivamente, acerca de que se prevea la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el Juicio Oral, para quedar justificada su anticipada práctica durante la fase sumarial —con todas las garantías que tales preceptos establecen— no puede ya ser interpretado sino con la plena inclusión en esa hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales.

B) La cuestión queda entonces limitada a establecer si en este caso concreto esa justificación —que desde la Sentencia «Pupino» estaría cumplida por la misma condición de ser la víctima una niña de cinco años— está avalada por una indudable imposibilidad de testimoniar en Plenario, a partir de la interpretación correcta de esa exigencia.

Es cierto que al tiempo de hacerse la prueba preconstituida la perito psicóloga expresó que la niña no tenía conciencia sobre el significado y connotación sexual de los hechos, no estaba afectada emocionalmente y no presentaba secuelas significativas asociadas a los hechos. Pero tal opinión estaba referida al momento en que se emitió, el informe muy anterior al Juicio Oral. Y con ser la pericia elemento relevante en la formación del criterio judicial, no lo condiciona necesariamente. Además, sin necesidad de pericia, es evidente y propio de la más común experiencia, que, pasado un tiempo no necesariamente dilatado, la menor adquiriría progresivamente por su mis-

ma evolución alguna conciencia del significado negativo de los actos sexuales a que fue sometida. Por ello es razonable pensar que la ignorancia que presentaba en los momentos iniciales por su misma ingenuidad infantil, pudiera en algo disminuir con el tiempo y aumentar por consiguiente el riesgo de sufrir negativas consecuencias por la repetición de su testimonio en tiempo posterior. Añádese a esto que la misma consideración de su lógica evolución, y en no mucho tiempo por no ser demasiado el que podría mantenerla en la total ignorancia de las cosas, supondría una lógica merma en la espontaneidad y sinceridad de su testimonio, transcurrido ese tiempo, es decir una merma del valor demostrativo de su declaración tardía, y sin ventaja para la inmediación de la prueba. Y aún más teniendo en cuenta que afortunadamente en el Juzgado de Instrucción se hizo una buena grabación de imagen y sonido, que permitió al Tribunal sentenciador percibir por sí mismo, a través de su exacta reproducción completa, las manifestaciones de la menor. La falta de inmediación espacial y temporal respecto éstas declaraciones no excluye la total inmediación respecto a su reproducción exacta, cumpliendo sobradamente lo principal del principio siquiera de segundo grado o indirecto, con unas mínimas desventajas, que quedan ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de la menor hubiere supuesto su exploración directa en el plenario.

C) Por todo lo expuesto debe entenderse que en este caso la utilización por el Juzgado de instrucción de la prueba preconstituida prevista en el art. 777 de la LECr, se acomodó a la exigencia establecida en el precepto como justificante o habilitante de su práctica, como es que fuera de temer razonablemente que la exploración de la menor, víctima del abuso sexual, no pudiera practicarse en el Juicio Oral, entendiendo la idea de imposibilidad en los términos ya precisados en los razonamientos expuestos.

Quinto.—La segunda razón alegada por el recurrente es que tampoco en esa prueba

preconstituida se cumplió el requisito de la garantía de la contradicción, que exige no solo la presencia del letrado defensor sino también la del inculcado, cuando el testimonio se practica, es decir cuando tiene lugar.

Invoca para ello el recurrente lo dispuesto en tal sentido por el art. 448 de la LECr. Sin embargo ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculcado en la prueba preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECr. por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure «en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes», pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia. En este sentido la Sentencia 1177/2005 de 19 de octubre señala que la omisión formal de la presencia del inculcado, estando presente su letrado y el Ministerio Fiscal no produce indefensión cuando el testigo es un menor de edad pues no es imaginable que le permitieran a aquél hacerle preguntas de forma directa, tras la modificación del art. 448 con el añadido de su párrafo último, entendiéndose que para asegurar la contradicción exigida para la validez de la exploración como prueba anticipada es suficiente la presencia en el acto de los abogados de los acusados. (...).

Sexto.—El tercer argumento invocado contra la validez de la referida prueba es que no se cumplieron sus requisitos subjetivos y formales, porque —dice el recurrente— no se practicó por el Juez de Instrucción ni en presencia de las partes intervinientes ni tampoco ante un experto en la materia. Apoya el impugnante su afirmación en que fue la psicóloga quien hizo las preguntas a la niña

dentro de la Sala en que se encontraban mientras el Juez, el Fiscal y el letrado estaban fuera de ella, en la habitación adjunta presenciando la exploración. De ahí deduce que se hizo «por» la experta, no «ante» ella, y se hizo «ante» el Juez y no «por» el Juez.

Toda esta argumentación se pretende justificar en el art. 433 de la LECr, que posibilita que toda declaración de un menor pueda hacerse «ante expertos» y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Olvida el recurrente que el carácter general del art. 433 se limita a permitir la presencia de un experto en el acto y que, por la misma razón de ser de la norma habilitante, no puede limitarse su actuación a una función espectadora o de presencia pasiva, sino de aportación activa de sus conocimientos o habilidades propia de su experiencia. Ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto. Un modo de operar correcto que se acomoda a las exigencias del art. 777 de la LECr, y que en este caso se realizó de forma absolutamente impecable, como esta Sala de Casación ha comprobado al examinar íntegramente la grabación de la exploración preconstituida para ponderar el grado de cumplimiento de las exigencias legales condicionantes de su validez.

Por todas las razones expresadas en los Fundamentos anteriores, el motivo primero del recurso debe ser desestimado. (...).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto, en esta ocasión mayor que nunca si cabe, que me merece la opinión prevaleciente de los miembros de

este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza, en cuanto al valor que ha de otorgarse a la principal prueba de cargo utilizada por la Resolución de instancia para fundamentar su pronunciamiento condenatorio, cual es el contenido de las manifestaciones efectuadas por la supuesta víctima del delito enjuiciado, en fase de Instrucción y con el carácter de preconstituida, en la forma minuciosamente descrita en el texto que apoyan mis compañeros de Sala.

Y digo, y repito, que en esta oportunidad mi actitud hacia el criterio de la mayoría ha de ser especialmente respetuoso, a la vista de los importantes intereses involucrados en la decisión del presente Recurso, entre los que el hecho de decantarse por una posición, como la de la mayoría de la Sala, de enérgica protección de la indemnidad de una menor, en realidad una niña, que ha podido ser objeto de abusos de carácter sexual, con la intención puesta en evitarle posibles daños consecuentes a una eventual victimización procesal, es adoptar una postura acreedora de todo elogio, si no fuera porque con ello, a mi juicio, se pueden estar conculcando, y de manera ciertamente más grave aún por lo que pudiera suponer de peligroso precedente para futuros procedimientos, valores y principios esenciales de entre los que rigen, hasta hoy al menos, nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

En efecto, sólo por esta razón considero una importante obligación de principios, más allá incluso de las específicas razones jurídicas por supuesto también concurrentes, oponerme a los extensos y brillantes argumentos de la Sentencia, por una serie de motivos que paso a sistematizar de manera muy esquemática, antes de desarrollar con más amplitud la que entiendo que tendría que haberse ofrecido como adecuada respuesta del Tribunal de casación a la cuestión esencial que suscita este Recurso.

1) En primer lugar, hay que coincidir en la aprobación respecto del correcto desarrollo formal de la diligencia probatoria

practicada por el Instructor, con acabado cumplimiento de los principios rectores de una actuación de esas características, excepto en lo que se refiere a la injustificada ausencia del propio imputado, que se encontraba en esos momentos preso preventivo y, por ende, a entera disposición del Juzgado, lo que, en efecto, puede sostenerse que no supondría grave infracción del principio de contradicción, al encontrarse presente en la diligencia su defensor, pero que sí que acarrea problemas, en relación con el más amplio ejercicio del derecho de defensa, por no haberse encontrado defensor y defendido en directa comunicación durante el desarrollo de la prueba y a causa precisamente de la ulterior circunstancia de la incomparecencia de la menor en el acto del Juicio, de modo que a la postre se impidió que fuera interrogada, también en ese acto, sobre extremos de interés que pudiera haber sugerido el acusado a su Defensa a la vista de las respuestas que ofreciera la declarante.

De cualquier forma, resulta evidente que la corrección de la práctica de tal prueba no es sin embargo el extremo capital que, a mi juicio, ha de suscitar mayor atención en este caso.

2) En efecto, mucho más trascendente aún resulta la consecuencia derivada del hecho de que el recurso a la utilización de la prueba «preconstituida», como excepción al supuesto habitual respetuoso con el principio de inmediación de la práctica probatoria, sólo pueda encontrar justificación en los supuestos de verdadera imposibilidad para su realización en el Juicio, ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, bien se trate de absoluta imposibilidad física (fallecimiento del testigo, por ejemplo) o, al menos, de gravísima dificultad para ello (como cuando el testigo se encuentra en el extranjero, sin que el Juzgador disponga de posibilidad real para conseguir su presencia en la Vista), circunstancias que en esta oportunidad no concurrían.

Puesto que además, salvo en tan especiales supuestos, que son los únicos expresamente admitidos en la norma procesal para

la aplicación de tan excepcional fórmula, tan sólo se ha llegado a reconocer una posibilidad semejante en aquellos otros casos en los que la comparecencia ante el Tribunal y la rememoración de los hechos suponga para la salud psíquica del declarante un riesgo tal que obligue a optar porque prevalezca este superior interés de la salud sobre la propia exigencia procesal.

Pero en el procedimiento que nos ocupa, como hemos dicho, ninguno de tales requisitos habilitantes se cumplen ya que, no sólo no se hallaba el Tribunal «a quo» ante los supuestos legales de imposibilidad o grave dificultad para hacer comparecer en el acto del Juicio a la declarante, sino que incluso consta expresamente en los autos cómo expertos en psicología de menores afirman, con rotundidad, que la niña no sufría alteración psíquica alguna por los abusos que supuestamente había padecido, ni secuelas por ello, y los rememoraba sin dificultad ni perturbación de ninguna clase.

De hecho, ni siquiera puede afirmarse como justificación para aplicar la excepción al régimen habitual en la práctica de la prueba personal, que tal comparecencia se intentase y que cualquiera clase de circunstancia u obstáculo sobrevenido, de mayor o menor relevancia, tal como la oposición de los padres de la menor a que ésta declarase en Juicio, la hubieran llegado a impedir o dificultar, toda vez que la Audiencia ni tan siquiera intentó esa posibilidad.

Ya que, en definitiva, la cuestión esencial en esta oportunidad no es otra que la determinar el nivel de dificultad exigible a la posibilidad de la práctica de la prueba en Juicio para considerarla de imposible realización o, al menos, suficientemente justificada su omisión.

3) No existe por ello, a mi juicio, causa o razón que avale, de modo especial y concretamente en la presente ocasión, nuestro apartamiento de los criterios contenidos en la doctrina tradicional de la Sala en esta materia, que más adelante se citará, en el sentido de la obligación de comparecencia de los testigos menores, posibles víctimas de deli-

tos contra su indemnidad sexual, ante el Juzgador, en el transcurso de las sesiones del Juicio oral o, al menos, como prueba anticipada en sentido estricto, máxime si tenemos en cuenta que los indeseables efectos de victimización procesal pueden quedar muy reducidos en los tiempos actuales, con el uso de modernas tecnologías e instrumentos a los que la propia legislación se refiere, precisamente como los utilizados en este caso por el mismo Instructor.

Y así, en este momento, podríamos preguntarnos el por qué no se llevó a cabo la prueba exactamente del mismo modo a como se hizo ante el Juez de Instrucción, con iguales métodos y formas de interrogatorio (en estancia aislada, por medio de un experto en psicología infantil, etc.) pero en sede de enjuiciamiento, en presencia y con la posibilidad de directa y activa intervención de quienes habrían en definitiva de valorarla.

Parece, en este caso y quizá también de cara a otros futuros semejantes, que pudiéramos hallarnos ante una verdadera involución en la que se torna a considerar, como sucediera en etapas ya felizmente superadas, que la fase más idónea para la producción probatoria es la inquisitiva de la investigación y no la adversarial del Plenario, de acuerdo con lo que se viene exigiendo, con generalidad y reiteración, para todos los restantes supuestos.

4) Evidentemente, al aceptar esta forma de proceder, se están postergando, de igual modo a cómo ya acontece en supuestos como el presente de manera universalmente aceptada respecto de la eliminación de la publicidad del acto, las exigencias impuestas por la inmediación que queda prácticamente excluida en lo que de experiencia viva, próxima y actual debe de tener para quien juzga, a la vez que se restringe también el tercer gran pilar de nuestro enjuiciamiento oral, es decir, la contradicción, cuando menos sin duda menguada al imposibilitar que la generación contradictoria de la prueba se lleve a cabo, inmediata y simultáneamente, ante el Tribunal.

De hecho, lo que probablemente haya de ser en un próximo futuro procesal la única solución posible para remediar el problema complejo de la necesidad del repetido examen de las pruebas personales por el Tribunal de Apelación, cual es el uso de las grabaciones videográficas de dichas pruebas a modo de verdadero «sucedáneo» de la inmediación puesto aún en cuestión por muchos, aquí se llega a admitir como la fórmula adecuada para el conocimiento del resultado de esas pruebas por el propio Juzgador de instancia, ni más ni menos.

5) En definitiva, me preocupa hondamente que, con la Resolución que hoy suscribimos, se esté sentando un precedente para que, a partir de ahora, no se considere necesaria la práctica de una prueba tan capital en ningún procedimiento en el que la posible víctima fuere un menor, pues, en último caso, aunque, como aquí, no se apreciaran peligros relevantes para la integridad psíquica de la declarante, siempre habrá unos padres que, informados de semejante posibilidad, manifiesten su voluntad de no colaborar con la Justicia oponiéndose a la comparecencia de sus hijos en el Juicio oral o un Instructor que, guiado de la mejor voluntad y ya sin argumentos jurídicos para negarse a ello, «preconstituya» pruebas de esta clase para «facilitar» así la posterior tarea de enjuiciamiento o evitar las correspondientes molestias procesales a la víctima.

Y, más aún, si hoy son los menores ¿por qué no hacerlo de igual modo mañana con otros denunciados adultos también expuestos por su especial vulnerabilidad a una intensa victimización procesal, sean mujeres maltratadas, víctimas de agresiones sexuales o de actos terroristas, ancianos maltratados o agredidos, etc., etc.? Como, por otro lado, están ya demandando ciertos movimientos y asociaciones de víctimas.

Con el riesgo añadido además de que si bien en esta ocasión nos encontramos al menos, como ya quedó dicho, ante la práctica de una prueba «preconstituída» de ejecución casi ejemplar, aunque se haya partido

de aceptar incluso la «irregularidad» de la asusencia en ella del propio imputado ¿puede asegurarse que en el futuro se mantendrá el mismo rigor en la práctica de diligencias semejantes? ¿no estaremos, a la postre, abocándonos, a la vez que aceptamos esta forma de proceder, a futuros supuestos de degradación procesal de la actividad probatoria, con las graves consecuencias ulteriores de declaraciones de nulidad por no haberse cumplido adecuadamente por los Instructores los requisitos de un tipo de prueba, como la «preconstituida», de semejante nivel de exigencia?

Por todo ello considero que en este caso, y de manera aún más preocupante de cara al futuro, no debería aceptarse, en las circunstancias aquí concurrentes, la práctica de la prueba capital incriminatoria en la forma en que se llevó a cabo, hurtándola, a mi juicio sin suficiente justificación para ello, de las posibilidades que el principio de inmedia-

ción pretende reservar a quienes han de soportar la responsabilidad del enjuiciamiento.

De modo que las legítimas expectativas a un «juicio justo», al que constitucionalmente tiene derecho el recurrente, en mi opinión deberían haber producido la consecuencia lógica y ejemplarizante de la necesaria repetición del acto del Juicio oral, por gravoso que ello pudiera parecer, a fin de que, en su seno y con uso de todos los mecanismos de protección de la menor disponibles, se llevase a cabo la práctica de las pruebas pertinentes, en especial la declaración incriminatoria de esa presunta víctima, de forma respetuosa con el esencial principio de inmediatez, como requisito básico para pasar a formar parte del acervo probatorio válido susceptible de la correspondiente valoración por parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

Sentencia 236/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de marzo de 2009

ESTAFA MEDIANTE CHEQUE

Arts. 8.4.º, 250.1.3.º y 392 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que la solución adoptada en el Acuerdo de 8 de marzo de 2002 en el sentido de apreciar un concurso de delitos entre la estafa agravada del artículo 250.1.3.º del Código Penal y la falsedad en documento mercantil del artículo 392 del Código Penal sólo rige para conductas falsarias de autoría, mientras que si se trata de simple «uso» de documento falso, previsto en el artículo 393 del Código Penal, habrá un concurso de normas con la estafa, a resolver de acuerdo con el criterio previsto en el artículo 8.4 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. El M.^º Fiscal, oportunamente, introduce una cuestión nueva que permite a este tribunal reconsiderar, por vía indirecta, una pretensión embebida en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en aras a la prevalencia de ley sustantiva.

En un motivo por presunción de inocencia, el recurrente pone en entredicho la existencia del hecho criminal imputado y la autoría a él atribuida. En un sentido amplio habría que entender que para condenar por un delito sería preciso acreditar también que la figura delictiva aplicable tiene autonomía y virtualidad para exigir la responsabilidad penal prevista en la Ley, lo que no ocurrirá, cuando al delito se halla consumido en otro por el que sí se condena (concurso de normas del art. 8 C. Penal).

En nuestro caso siendo el M.^º Fiscal el que lo solicita, no se sustrae la contradicción, ya que como única parte acusadora, sólo él podría alegar indefensión por falta del oportuno planteamiento de la pretensión. Es indudable que el cauce procesal correcto hubiera sido el art. 849-1.^º L.E.Cr. El tema que se suscita es el siguiente: sobre la base inalterada de los hechos probados se condena al recurrente por un delito de uso de documento mercantil falso (art. 393 C.P.) en relación a los arts. 392.1. 3.^º y 4.^º, en concurso medial del art. 77, con el delito de estafa previsto y penado en los arts. 248 y 250.1.3.^º El art. 393, prevé dos modalidades de uso: «aportación a juicio» del documento falso para surtir los pertinentes efectos o «perjudicar a tercero».

Constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala la incompatibilidad del delito de falsedad en documento privado (art. 395 C.P.) y la estafa del art. 248 y concordantes, por la fundamental razón de que la descripción del tipo falsario incorpora un

elemento subjetivo del injusto integrado por el ánimo de perjudicar a un tercero («para perjudicar a otro» textualmente) y de ese modo la utilización de un documento para engañar a otro causando perjuicio en que consiste la estafa, constituye una conducta que incluye todos los elementos del art. 395, existiendo perfecta coincidencia en sus componentes típicos, pues el engaño de la estafa es el efecto producido por el documento falso (véanse por todas, S.T.S. n.º 992 de 3-7-2003; n.º 241 de 23-3-2007; n.º 459 de 7-7-2008, etc.).

Esa consunción o absorción no se produce —como también ha recalcado esta Sala— en las conductas de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, pues en ellos no se precisa perjuicio por cuanto el bien jurídico protegido (la confianza y seguridad del tráfico jurídico) ya integra por sí el desvalor sancionable.

5. Hechas las anteriores puntualizaciones y trasladando al caso concreto la compatibilidad entre el uso de documento mercantil falso y el delito de estafa se observa que el uso realizado está presidido por un elemento típico de naturaleza subjetiva que tiene la misma expresión gramatical que en caso de falsedad de documento privado: «para perjudicar a otro», lo que nos está indicando que la solución debe ser la misma.

Como plásticamente refleja el Fiscal en su dictamen «el uso del documento falso para perjudicar a otro y el engaño mediante el uso de dicho documento que provoca un desplazamiento patrimonial constituyen en realidad una sola acción típica» o en otras palabras, constituye una conducta que sólo admite la aplicación de un único precepto penal, so pena de infringir el principio de *non bis in idem*.

El problema habría que resolverlo, dentro del concurso de normas, conforme al criterio de la alternatividad (art. 8-4.^º C.Penal) ante las razonables dudas de que pudiera operar el de especialidad o el de consunción.

Sobre este extremo ya existen pronunciamientos de esta Sala (véase S.T.S. n.º 971 de 19-11-2007), que vienen a señalar que ambas acciones se superponen. Ni que decir tiene que la compatibilidad entre falsedad y estafa en su modalidad cualificada de realización mediante cheque sólo alcanza a las conductas de falsificación de documentos públicos, oficiales o mercantiles y no al uso de lo falsificado, que exige la tendencia o actitud teleológica de «perjudicar a otro».

El acuerdo de la Sala General no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002 establecía:

«La falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsifica-

ción para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1.3.º del C. Penal y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo cuerpo legal».

Es obvio que el acuerdo se está refiriendo a conductas falsarias de autoría y no al simple uso de lo falsificado.

Consecuentes con lo dicho deberá estimarse parcialmente el motivo, en la particular interpretación de su alcance sugerida por el Ministerio Público.

Las costas del recurso se declaran de oficio.

Sentencia 291/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de marzo de 2009

TRÁFICO DE DROGAS. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

Art. 369.8.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que el cambio de redacción del precepto, en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, no obliga a modificar sustancialmente la interpretación jurisprudencial precedente, relativa a la introducción de pequeñas cantidades de droga, dados ciertos requisitos, en establecimientos penitenciarios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 369.1.8.º del Có-

digo Penal, en relación con el artículo 368 del mismo texto legal

El Ministerio Fiscal solicita la aplicación de ese subtipo agravado en cuanto las conductas enjuiciadas tuvieron lugar en un establecimiento penitenciario, oponiéndose al razonamiento expresado en la sentencia re-

currida de que no procedía apreciar tal agravante al haber ocurrido los hechos en una sala habilitada para favorecer la comunicación familiar con un determinado interno y que por ello no tenía carácter propiamente carcelario.

El motivo no puede ser estimado.

Es cierto que no puede compartirse la exclusión que se hace en la sentencia de instancia de que no se integra en el centro penitenciario la sala donde se producen las comunicaciones de los internos con sus familiares, ya que esa sala como todas las demás cuya finalidad no sea la de custodia o internamiento siguen estando integradas en el centro penitenciario, sea cual fuere la finalidad a la que se destina, y si en ellas se producen las conductas típicas previstas en el artículo 368 del Código Penal y se cumplen los fines y razones que justifican la aplicación de este subtipo agravado, no existirá razón legal alguna para la exclusión de esta agravante.

Cuestión distinta es si en el caso concreto que examinamos procede apreciar dicho subtipo agravado.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la redacción de esta agravante ya que antes de dicha reforma se apreciaba cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios y tras la mencionada reforma se dispone su aplicación cuando las conductas descritas en el artículo 368 del Código Penal tengan lugar en establecimientos penitenciarios o en sus proximidades.

Sin embargo, ello no supone que haya de ser rectificada, de modo radical, la doctrina jurisprudencial que había interpretada el alcance de la agravante con la anterior redacción, según la cual sólo se apreciará cuando la acción genere un peligro real de propagación dentro del centro penitenciario, excluyéndose en aquellos casos en los que la cantidad suministrada es reducida y destinada a un sujeto concreto (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 y 29 de

enero de 2001) ya que, no obstante ese cambio de redacción que amplifica el ámbito de su aplicación hasta el extremo de poderse aplicar cuando esas conductas se verifican en las proximidades del centro penitenciario, se mantiene la razón o finalidad que persigue el legislador y que justifica tan importante incremento de la gravedad de la pena, que puede pasar de los tres a los nueve años de prisión en supuestos como el que ahora examinamos.

Es evidente, con la lectura del precepto, que en este subtipo ya no se recoge la introducción o difusión de la droga en el centro sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el artículo 368 del Código Penal, que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a un interno, producida en el interior del centro penitenciario y que en principio, como se señala en la Sentencia de esta Sala 784/2007, de 2 de octubre, en una interpretación literal estricta, habría que estimar el motivo, sin embargo, se señala en esa misma sentencia que la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una interpretación más precisa de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la ratio agravatoria del subtipo que analizamos. alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: «El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabituación o rehabilita-

ción». De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad. Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido. En este sentido el bien jurídico que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación. Por un lado, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus alrededores para que acceda a algún interno, debe hallarse superpuesto al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de destinarlas al consumo de terceros en general. En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del art. 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no

pueden excluirse en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario. De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial. En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos. El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga «en los alrededores» del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación.

No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facili-

tar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

Por todo ello el motivo del Fiscal, aun reconociendo su rigor argumentativo y exhaustivo análisis del tema, no puede ser acogido en su esencial pretensión, una vez corregida la interpretación inadecuada del tribunal de origen, oportunamente denunciada por el Fiscal recurrente.

Y la doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos en el presente recurso, como también lo es la que se recoge en la Sentencia más reciente 53/2009, de 26 de enero, en la que se señala que constituye una exigencia previa para la posible estimación del subtipo la ponderación del hecho enjuiciado, en sí mismo considerado, al margen del marco espacial en el que tiene lugar; y, a este respecto, se dice en esa sentencia, es

evidente que nos encontramos con una transmisión de droga de escasísima entidad, hecha a un hermano del acusado, cuya condición de consumidor no se cuestiona y que, consiguientemente, el potencial peligro de esta conducta para el resto de la población reclusa —fundamento del mayor desvalor de la acción— es realmente inexistente.

Así las cosas, coincidiendo el supuesto que examinamos con los enjuiciados en las sentencias a las que se ha hecho referencia, ya que en este caso se trata de la entrega, por parte de la acusada, a un interno en un centro penitenciario, en una comunicación familiar, de tres papelines de cocaína con un peso neto de 2,185 gramos, con una riqueza de sólo el 16,7% y valoradas en 150 euros, procede mantener la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada, siendo de desestimar el único motivo formalizado por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 309/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de marzo de 2009

PRUEBA

Arts. 24 CE y 701 y 726 LECrim

Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar

SÍNTESIS

Aborda la sentencia, entre otras cuestiones, los requisitos y valor de la prueba indiciaria negando la consideración de «indicio» al silencio del acusado. Recuerda, además, que la búsqueda de la verdad material justifica las facultades que el Presidente del Tribunal tiene en materia probatoria permitiéndole, entre otros extremos, la alteración del orden en su práctica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2.—Es ya clásica la doctrina de esta Sala sobre la prueba indiciaria, reiterada en nu-

merosas Sentencias desde hace años. A modo de resumen o síntesis la Sentencia n.º 1736/2000 de 15 de noviembre, declara que en la prueba indiciaria lo que se demuestra es la certeza de unos hechos llamados indi-

cios que no son constitutivos del delito objeto de acusación pero permiten, a través de la lógica y las reglas de experiencia, inferir el hecho delictivo y la participación del acusado. La posibilidad de que esta clase de prueba se considere de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, está sometida al cumplimiento de determinados requisitos, que esta Sala viene exigiendo reiteradamente:

A) Los indicios han de estar plenamente acreditados; exigencia cuyo control casacional no posibilita la revaloración de las pruebas directas practicadas para la demostración de cada indicio o hecho base, al corresponder tal juicio valorativo al Tribunal de instancia de conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto significa que debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo. Pero constatada su existencia no cabe entrar en una nueva valoración de la prueba directa practicada sobre cada hecho base o indicio (Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997; 14 de mayo, 8 de junio y 30 de noviembre de 1998).

B) Los indicios han de ser plurales (Sentencia de 8 de marzo de 1994), porque es la acumulación de ellos en un mismo sentido lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda (Sentencia de 9 de mayo de 1996); si bien excepcionalmente cabe que el indicio sea único pero de singular potencia acreditativa (Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997), o que un solo hecho-base se pueda diversificar en una pluralidad de indicios, pues tal multiplicidad o pluralidad no necesariamente deriva de hechos distintos sino de que recaigan sobre un mismo objeto (Sentencias de 5 de marzo y 3 de abril de 1998).

C) Han de ser los indicios concomitantes al dato fáctico a probar. Es decir: deben estar conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente. Esta Sala en tal sentido viene declarando que «resulta preciso que sea periféri-

co o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba ha sido, tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica estar alrededor y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella» (Sentencias de 13, de 21 y de 24 de mayo, y 13 de julio de 1996).

D) Deben estar interrelacionados: «Derivadamente esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no solo de la adición o suma, sino también de esta imbricación» (Sentencias de 13, de 21 y de 24 de mayo, y 13 de julio de 1996).

E) Es necesario que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de demostración existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (Sentencias de 18 de octubre de 1995; 19 de enero y 13 de julio de 1996, entre otras).

F) En el ámbito de lo formal es preciso que la Sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia, y que explicité el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado (Sentencias de 18 de enero y 11 de abril de 1995).

3.—En el caso que examinamos adelantamos que se dan todas estas exigencias. La Sentencia de instancia establece una serie

de datos objetivos y materiales, cada uno de ellos asentados en el resultado de pruebas directas; y a partir de la interrelación y conjunción de esos datos construye un juicio de inferencia lógico que desemboca razonablemente en una conclusión que es el hecho consecuencia de la intervención del recurrente, en los términos que se declaran probados. Pero previamente hemos de hacer las siguientes precisiones a la vista de las argumentaciones del impugnante:

A) De los distintos datos objetivos considerados por la Sala de instancia como indicios hay alguno —como ahora veremos— que no merece esa calificación por no ser concomitante al hecho principal ni servir por consiguiente como elemento utilizable en el proceso lógico de la deducción razonable: como hemos dicho en reciente Sentencia n.º 731/2008 de 97 de noviembre, «solo son concomitante al dato fáctico a probar los que están conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente. Esta Sala viene en tal sentido declarando que resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde por ello esta prueba ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare* implica estar alrededor y esto «supone ónticamente no ser la misma cosa, pero sí estar relacionado con proximidad a ella» (SS. 13,21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996). En definitiva esa exigencia implica que los indicios se acompañan entre sí por constituir diversos aspectos fácticos de un determinado hecho penalmente relevante y que en consecuencia tengan su origen y una existencia conjunta y en paralelo; pues concomitante es aquello que acompaña a otra cosa u obra conjuntamente con ella.

B) Son en este caso verdaderos indicios recíprocamente interrelacionados, y conjuntamente concomitantes al hecho de desembarcar un alijo de droga en la playa y trasladarla al interior de un camping guardándola

en una furgoneta, los siguientes, que la Sentencia de instancia considera para deducir la intervención del recurrente en el hecho: a) encontrarse el recurrente aquel día en el interior del camping, al que solía llegar con sólo diez o quince minutos de anticipación, estando ese día una hora y media antes de comenzar la jornada laboral a primera hora de la mañana; b) hallarse en compañía de la persona propietaria de la furgoneta en que momentos antes se había guardado el alijo de droga recién traída de la playa; c) tener las ropas mojadas —concomitante al desembarco en la orilla del mar—, teniendo una muda de ropa dispuesta para cambiarse; d) poseer mando a distancia que abría la puerta del recinto por la entrada que era practicable para la furgoneta. Son cuatro datos objetivos o materiales, cada uno de los cuales es considerado acreditado por la Sala juzgadora, por pruebas directas, cuya valoración imparcial y razonable no puede ser sustituida por la valoración interesada del recurrente. Cuatro datos interrelacionados recíprocamente que presentan por su contenido mismo concomitancia con el hecho delictivo de la recogida de droga en la playa durante la noche, con inmediato traslado al interior del camping, donde quedó guardada en el interior de la furgoneta de otro de los acusados.

C) Por lo mismo que esos cuatro datos pueden considerarse y valorarse como indicios, no puede calificarse como tal, en contra del criterio de la Sala, el intercambio de los números de teléfono entre ambos acusados: no es parte singular del hecho, ni es dato conectado al mismo por ser común y frecuente entre personas de la misma nacionalidad que se conocen en un país extranjero. Su falta de concomitancia en sentido propio, excluye su condición de indicio, pero no elimina su carácter de dato objetivo de corroboración, en cuanto se acomoda muy periféricamente a lo que los indicios verdaderos permiten deducir. Su exclusión de la categoría de indicio no impide tal condición en los otros cuatro.

D) Tampoco tiene el carácter de verdadero indicio utilizable para elaborar y constituir la deducción lógica de la inferencia, aunque valga para mantener la racionalidad de la conclusión obtenida sobre los indicios verdaderos, la serie de explicaciones inverosímiles o no creíbles dadas por el acusado recurrente, después de ser detenido, tratando con poca fortuna de explicar los datos indiciarios ya mencionados. Es necesario precisar desde la perspectiva de la prueba indiciaria el verdadero significado y relevancia de las explicaciones inverosímiles o incluso los silencios mantenidos por los acusados, porque ya con demasiada frecuencia se vienen incorporando, no al proceso de ponderación o valoración de las pruebas, que es donde tienen su acomodo, sino al de construcción o elaboración de la misma prueba indiciaria, introduciéndolos incorrectamente en ella como un indicio más, a modo de elemento constitutivo de su propia estructura.

En efecto, en la función interpretativa y unificadora de la casación conviene hacer tres precisiones sobre esta cuestión:

a) Las declaraciones de un acusado cuando son tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusa de escasa consistencia, no tienen valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia, sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No puede decirse que haya más prueba de cargo cuanto menor sea el crédito de la de descargo. Esta última, cuando no es creíble, sólo mantiene íntegra —pero no aumenta— la eficacia demostrativa de aquella en la medida en que su valor probatorio como prueba de cargo —el que tenga por sí misma— no se ve contradicho eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto (S. 97/ 2009, de 9 de febrero).

b) Una explicación inverosímil dada durante el proceso no es valorable como un indicio del hecho delictivo. Tanto la inverosimilitud de una declaración, como las contradicciones de las que sucesivamente se prestan son, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 15 de noviembre de 2000, un factor importante de la valoración de la credibilidad subjetiva del declarante; aspecto procesal que importa en la ponderación de las distintas pruebas contradictorias pero que nada tiene que ver con la enumeración de los hechos históricos y datos extraprocerales, valorables por su concomitancia e interrelación, como indicios de los que deducir lógicamente la realidad del hecho consecuencia (S 731/2008, de 17 de noviembre).

c) En definitiva, reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000 de 15 de noviembre con relación al silencio del acusado pero extensible a las explicaciones inverosímiles, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad —ellos mismos, y por sí mismos— de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De ese mecanismo ni el silencio ni las explicaciones inverosímiles forman parte, porque no son premisas de la conclusión, ni elementos incorporados al proceso lógico, como indicios. Estos han de ser concomitantes al hecho, es decir conectados objetivamente a su propia órbita material. La relevancia, entonces de un posible silencio explicativo o de una excusa inverosímil o abiertamente falsa tiene otra naturaleza, de carácter negativo, situada en una esfera diferente: si el ofrecimiento de una explicación, razonable en la medida en que presenta una alternativa posible y probable a aquella que en principio se desprende de los indicios constatados, aminorar o incluso neutraliza la razonabilidad de esta última como

conclusión lógica, es claro que la ausencia de tal explicación no tendría más relevancia que la de eliminar ese efecto aminorador o neutralizador de la razonabilidad el proceso lógico. Pero no sustituye ni compensa lo que éste no sea capaz de producir a partir de los concretos indicios disponibles.

En conclusión: mientras que una explicación razonable por el acusado puede desvirtuar la eficacia demostrativa de los indicios existentes, disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa, la ausencia de una explicación verosímil no hace otra cosa que dejar intacto el rigor lógico que tuviera en su caso esa deducción. Lo que no hace es suplir la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismo no permitan deducir. Por tanto la cuestión de si son o no verosímiles o razonables las explicaciones del acusado se ha de valorar en el ámbito de lo que se considere lógico pero no en el del repertorio de datos objetivos y materiales disponibles como indicios.

E) En el caso presente los cuatro verdaderos indicios citados mantienen relación entre sí, son concomitantes al hecho delictivo y por sí mismos permiten deducir racionalmente, por su propia capacidad demostrativa, como una realidad no solo posible sino muy altamente probable según las reglas de la lógica y de la experiencia, el hecho de que el recurrente tuvo la participación que el relato histórico describe. Deducción que, por falta de toda explicación alternativa verosímil sobre la concurrencia de los indicios, se presenta a la luz de la razón como la más plausible, y con la fuerza y eficacia suficiente para integrar una verdadera prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

El motivo primero por lo expuesto se desestima.

(...)

Cuarto.—El primero de los motivos amparado en el art. 5.4 de la LOPJ invoca la vulneración del derecho a un proceso con

todas las garantías del art. 24.2 de la C. Española. Alega que en el Juicio Oral solicitó que a él se le recibiera declaración no al comienzo de la sesión sino una vez que se hubiese practicado las restantes pruebas, y que se denegó su petición.

Añade que no hay una norma imperativa que obligue necesariamente a que un procesado declare en primer lugar; y que se trata de un medio de defensa a disposición de éste y no del Ministerio Fiscal y de los acusados.

El motivo no puede ser atendido por las siguientes razones:

1. En primer lugar el orden de práctica de las pruebas en el Juicio Oral no es materia que quede a la libre determinación de las partes ni a su decisión. El art. 701 de la LECr es verdad que dispone que las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente; orden que puede alterarse a instancia de parte. Pero también es verdad que seguidamente el precepto atribuye al Presidente del Tribunal la facultad de modificar «de oficio» el orden propuesto cuando «lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad».

Como es evidente que el Tribunal no está en disposición de elegir optativamente buscar o no el esclarecimiento de los hechos o el descubrimiento de la verdad, sino que forzosamente debe buscarlo, dentro de los canales legales del procedimiento establecido, es obvio que ese fin último del proceso penal a diferencia de lo que sucede en el proceso civil dominado por el principio dispositivo, constituye la razón superior, que sin ceder a ninguna otra prevalente, actúa como criterio determinante del orden de las pruebas. Este orden será el que las partes hayan propuesto sólo y en la medida en que ese orden solicitado se acomode al referido criterio ordenador superior cuya salvaguarda se encomienda al Presidente. Así lo demuestra la doble vertiente de la norma: que el Presidente debe actuar de oficio, y por tanto aunque no se le pida que lo haga, y que

al hacerlo no puede el Presidente decidir por otro criterio distinto de aquel que la norma establece. La norma dentro de ese marco permite que la parte proponga su orden pero su propuesta no vincula al Tribunal cuando su Presidente considere que se impide el debido esclarecimiento de los hechos por el que el Tribunal ha de velar necesariamente incluso de oficio.

2. La más autorizada doctrina clásica ya puso de relieve que el fin de la actividad probatoria del proceso penal es la fijación de la verdad material o real. O, como dice el art. 701 y repite el art. 726 de la LECr «el mayor esclarecimiento de los hechos» y «el más seguro descubrimiento de la verdad».

De ahí, en oposición al principio de aportación de parte del derecho procesal civil, que limita el conocimiento judicial al material aportado por los litigantes, el de investigación de oficio. Este principio no es incompatible, en el proceso de partes, con la proposición de pruebas por la acusación y la defensa. La investigación de la verdad por el juzgador se aprovecha de la iniciativa de las posiciones encontradas, pero no está vinculado por ella: Además de las diligencias de prueba propuestas por las partes se practican las que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto del escrito de calificación (art. 729-2). El Tribunal examinará por sí mismo —y sin necesidad de que nadie se lo pida— los libros, documentos y papeles y demás piezas de convicción (art. 726). Y las pruebas de cada parte se practicarán según el orden propuesto pero el Presidente, aún de oficio, puede alterar ese orden cuando así lo considere conveniente para el descubrimiento de la verdad (art. 701 LECr.).

3. La doctrina moderna que se ha ocupado de esta cuestión sostiene que en un modelo adversarial la práctica de la prueba se hace conforme a la voluntad de las partes, esto es, en el orden propuesto por ellos como una manifestación del dominio de éstos. Pero no en nuestro sistema procesal donde

el art. 701 aunque concede a las partes iniciativa para hacer una propuesta de ordenación de la sucesión de las pruebas, consagra inequívocamente el dominio del órgano jurisdiccional sobre los medios de prueba permitiéndole alterar de oficio el orden «para el más seguro descubrimiento de la verdad». La innegable existencia de este fin en nuestro proceso impide, según la moderna doctrina, que el dominio de los medios de prueba, ni siquiera su cadencia pertenezca a las partes.

4. Esta Sala ya declaró en su Sentencia de 25 de junio de 1990 que «el proceso no lo dirigen las partes, sino el juez o, en su caso, el Presidente del Tribunal. El proceso penal, frente a lo que sucede en otros procedimientos, tiene una indeclinable vocación al descubrimiento de la verdad real por encima de apariencias y ficciones, a salvo los supuestos de conformidad (art. 688 pf. 2 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 655 de la misma Ley) que en aras del principio esencial de prevalencia de la verdad fáctica y jurídica, tiene también ciertas restricciones. La Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone cómo ha de practicarse la prueba testifical estableciendo en el art. 701 en su último párrafo, que el Presidente podrá, sin embargo, alterar el orden que fija dicha Ley, a instancia de parte y aún de oficio cuando así se considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más riguroso descubrimiento de la verdad».

Y la S.^a 663/199 de 4 de marzo, rechaza que la denegación de petición de cambio en el orden de las pruebas represente ningún quebrantamiento de forma, ni que ello signifique indefensión dada la posibilidad de la defensa de intervenir contradictoriamente en todas las pruebas, de informar en último lugar después de las acusaciones, y del derecho a la última palabra que se reconoce al acusado; todo lo cual son medios suficientes para permitir al acusado ser oído y reargüir contra lo que quiera.

Por todo lo expuesto el motivo primero se desestima.

Sentencia 287/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de marzo de 2009

LEGÍTIMA DEFENSA INCOMPLETA

Arts. 20.4 y 21.1 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Sala de instancia entiende el Tribunal Supremo presente una legítima defensa incompleta (por exceso intensivo) en la conducta de quien, siendo víctima de un secuestro, aprovecha un descuido del captor para matarle con un cuchillo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Por la representación de este acusado se han formulado dos motivos de casación. En el primero de ellos, por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim., se denuncia infracción de ley por indebida falta de aplicación de los artículos 20.4 y 20.5 del Código Penal; pues, según la parte recurrente, «dados los hechos que se declaran probados, concurren en los mismos y no han sido aplicadas por la Audiencia, las eximentes completas de legítima defensa y estado de necesidad».

Alega la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que «los esposos David y María del Pilar sufren una agresión ilegítima en cuanto que son privados de libertad, (...), desde el día 12 de diciembre hasta el 20, en que logran escapar; se trata de una agresión continuada durante ocho días, (...), e intimidados con armas como pistolas y aparato aturdidor eléctrico», añadiendo que «es normal que cuando se realiza una detención ilegal, durante varios días, con armas y aparatos

similares, tenga que haber una petición de rescate o similar para la puesta en libertad». Concurren, pues, los requisitos necesarios para la apreciación de la eximente de legítima defensa (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende).

La privación de libertad bajo la amenaza de las armas —arguye la parte recurrente— constituye una agresión ilegítima. En cuanto al medio utilizado, «es claro que (David) no tenía otros medios para escapar, utilizó lo que encontró en ese instante, con unas connotaciones de rapidez en la actuación, pues tienen que huir por un patio y saltar una pared»; ha existido una explosividad mental «por estar varios días en cautiverio y por un miedo a qué podría pasar al tomar la decisión de huir». Por último, «la falta de provocación suficiente no es discutida».

Por lo demás, desde otro punto de vista, en la conducta enjuiciada —se dice también— concurren los requisitos precisos para que proceda la estimación de la eximente

de estado de necesidad. La situación en que, obligadamente, se encontraban el recurrente y María del Pilar suponía para ellos una situación de peligro grave e inminente; de modo que, al no tener éxito la nota dejada por María del Pilar en el supermercado Mercadona, no tenían otros medios a su alcance para remediar la situación.

La conducta de David consistió fundamentalmente en aprovechar que sus guardianes dejaron a su alcance una sartén con aceite hirviendo para cogerla y arrojarles el aceite, con intención de zafarse así de su custodia y poder escapar. Uno de los guardianes (Aurelio) salió corriendo hacia la planta superior de la casa, mientras David golpeaba en la cabeza con la sartén al otro (Silvio), al tiempo que le esgrimía un cuchillo jamonero con el que le asestó seis puñaladas que perforaron el pericardio y miocardio izquierdo causándole la muerte; momento aprovechado por David y María del Pilar para salir corriendo de la vivienda, pidiendo auxilio a los vecinos, siendo recogidos por una furgoneta que pasaba por allí y que les llevó hasta el cuartel de la Guardia Civil, donde denunciaron los hechos.

Como consecuencia de la anterior conducta, David fue acusado de un delito de lesiones (por las causadas a Aurelio) y de otro delito de homicidio, del que fue víctima Silvio. El Tribunal de instancia le absolvió del primero y le condenó por el segundo.

Las lesiones causadas a Aurelio, consistentes en diversas quemaduras en varias partes del cuerpo, según el Tribunal sentenciador, son constitutivas de un delito del art. 148.1.º del C. Penal, en atención a la peligrosidad del *modus operandi* utilizado por el agresor, pues «arrojar aceite hirviendo al cuerpo de una persona, que se encuentra a escasa distancia, no cabe duda que implica utilizar un objeto o medio concretamente peligroso para la salud física del lesionado». La muerte causada a Silvio, por su parte, constituye un delito de homicidio del art. 138 del C. Penal. Autor de ambos es este acusado. Sobre la concurrencia de circuns-

tancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Tribunal de instancia pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal interesó la aplicación de la eximente completa de legítima defensa respecto del delito de lesiones y la atenuante analógica de legítima defensa en cuanto al delito de homicidio (art. 21.6 CP), al tiempo que la defensa de este acusado pidió la aplicación de las eximentes de legítima defensa y estado de necesidad. Al pedirse por el Ministerio Fiscal — única parte acusadora — la absolución del acusado, en cuanto al delito de lesiones, por considerar aplicable la eximente de legítima defensa, el Tribunal le absuelve libremente de dicho delito; pero, al propio tiempo, declara, en cuanto al delito de homicidio, que no se puede apreciar la existencia de la legítima defensa «como eximente completa ni incompleta porque no concurre el requisito de la agresión ilegítima», respecto de dicho delito. «El estado de privación de libertad en que se encontraban David y María del Pilar tampoco nos permite sostener que estemos en presencia de una situación claramente ofensiva de inminente ataque o que patentice una intención agresiva de carácter inmediato». «Los detenidos no sufrieron lesión alguna», «no se ha acreditado la exigencia de una condición o rescate para la recuperación de la libertad» (la Sala «ha llegado a la razonable conclusión que David (...) y su esposa fueron encerrados (...) con la finalidad de conseguir unos objetivos no acreditados, por ello, en este contexto (...), no se considera probada la concurrencia de ese elemento esencial e imprescindible para apreciar la legítima defensa ni siquiera como eximente incompleta»). No obstante lo dicho, el propio Tribunal declara que «la situación de privación de libertad en que se encontraban David (...) y su esposa tiene entidad suficiente para justificar la concurrencia de la atenuante analógica de legítima defensa, lo cual implica una minoración de la pena a imponer en proporción a la menor culpabilidad o reprochabilidad de su conducta» (v. FJ 7.º *in fine*).

El Ministerio Fiscal ha apoyado parcialmente este motivo, en cuanto se refiere a la legítima defensa, impugnándole, por el contrario, respecto del estado de necesidad, ya que éste «tiene su origen en una situación o riesgo de hecho, de tipo general, para escapar del cual se ejecuta otro mal menos perjudicial que cede ante la prevalencia del primero».

En cuanto a la legítima defensa, el Ministerio Fiscal entiende que concurre tanto en el hecho de arrojar el aceite hirviendo sobre los guardianes que les mantenían retenidos contra su voluntad, como sobre la agresión con el cuchillo a uno de ellos, si bien, en cuanto a ésta, dice que «hay que admitir que la descripción de los hechos probados lleva a la conclusión de que la secuencia de seis acuchillamientos, dos en zonas vitales, no eran todos necesarios, y por tanto, la legítima defensa, no obstante la legitimidad inicial, no fue legítima defensa perfecta», y, por ello, estima procedente apreciar la concurrencia de una circunstancia semiseximente.

La legítima defensa es una conducta conforme a Derecho y, por tanto, constituye una causa de justificación que deberá ser reconocida por el Tribunal para exculpar al que se defiende, siempre —claro es— que concurren en su conducta los requisitos legalmente previstos en el art. 20.4.º del Código Penal, es decir: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para la defensa; y, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Una ojeada al panorama jurisprudencial sobre la materia nos lleva a destacar: 1) que esta eximente es aplicable tanto a la defensa de la persona como a la defensa de sus derechos; 2) que la agresión ha de ser objetiva y deberá suponer una efectiva puesta en peligro, con carácter de inmediatez, del bien jurídico protegido de que se trate; 3) que la agresión deberá provenir de una conducta humana ilegítima, es decir, jurídicamente injustificada; 4) que la defensa ha de ser necesaria (*necessitas defensionis*) y proporcionada a la agresión,

para lo cual habrá de ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa («exceso intensivo») podrá apreciarse una eximente incompleta (art. 21.1.ª CP); y, 5) que no exista provocación por parte del que se defiende que haya sido suficiente para desencadenar la agresión sufrida por el mismo, de modo que, cuando pueda considerarse suficiente la provocación, podrá apreciarse también la eximente incompleta (art. 21.1.ª CP), siempre, claro está, que no se trate de una provocación intencionadamente causada, pues, en tal caso, desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador.

En el caso aquí enjuiciado, no cabe la menor duda de que el hecho que se declara probado, en cuanto se refiere a la privación de la libertad ambulatoria de David y María del Pilar, constituye una agresión ilegítima de un derecho fundamental de la persona (art. 17 CE), penalmente tipificada en el Código Penal (arts. 163 y ss.). Dicha agresión reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder justificar la oportuna conducta defensiva por parte de los titulares del derecho lesionado. A este respecto, es de destacar que la privación de libertad de las citadas personas se prolongaba desde el día 12 de diciembre de 2005 (la conducta de María del Pilar aquí examinada tuvo lugar el día 20 del mismo mes). Por tanto, hemos de calificar de grave la lesión del referido derecho fundamental. Al propio tiempo, es destacable también la gravedad real del peligro que corrían las personas privadas de libertad (para llevar a cabo el hecho, «se utilizaron pistolas y un aturdidor eléctrico» —v. FJ 5.º—; eran tres las personas encargadas de la custodia de los detenidos —Aurelio, Salvador y Silvio— [v. HP]; y, aunque el Tribunal de instancia «no ha estimado probada la exigencia de alguna condición para la puesta en

libertad de los detenidos» [v. FJ 5.^º], es lo cierto que, tras esta afirmación, después declara que la Sala «ha llegado a [la] razonable conclusión que David y su esposa fueron encerrados en las mencionadas viviendas con la finalidad de conseguir unos objetivos no acreditados», lo cual, en principio, parece contradecir aquella primera afirmación, en cuanto de ello se desprende que la potencial liberación de los detenidos dependía de la consecución de tales «objetivos», y de que, por tanto, los detenidos podrían correr también los consiguientes riesgos —tampoco precisados— si aquellos objetivos no se alcanzaban. Existió, pues, una agresión ilegítima y un indudable peligro real e inmediato para los detenidos, si pretendían huir.

Llegados a este punto, hemos de referirnos a los medios de defensa utilizados por el recurrente: arrojar aceite hirviendo a los que les mantenían privados de libertad —aprovechando que en aquellos momentos sólo eran dos y que este acusado tenía al alcance de la mano la sartén con el aceite— y luego agredir, a Silvio —que no huyó—, con la sartén y con un cuchillo jamonero, con el que le asestó varias puñaladas que le causaron la muerte inmediata. El Tribunal se ha venido a pronunciar sobre esta cuestión absolviendo a David del delito de lesiones del que venía acusado —por las causadas a Aurelio— respetando el criterio del Ministerio Fiscal —única parte acusadora— el cual consideró que la conducta de dicho acusado —arrojándole el aceite hirviendo— cumplía todos los requisitos de la legítima defensa; y, al propio tiempo, le ha condenado como autor de un delito de homicidio, concurriendo la atenuante analógica de legítima defensa, por haber causado —en la forma expuesta— la muerte de Silvio.

La parte recurrente, como ya hemos dicho, pretende en este motivo que se case la sentencia de instancia en cuanto a la referida condena y se aprecie en la conducta del acusado las eximentes de legítima defensa y de estado de necesidad.

En cuanto se refiere a la legítima defensa, el Ministerio Fiscal —como hemos visto— apoya la estimación parcial de este motivo, por entender que, en la conducta de este acusado, ha concurrido el requisito de la agresión ilegítima y, por supuesto, la falta de provocación suficiente, cuestionándose únicamente la valoración que merece la reacción defensiva del aquí recurrente; poniendo de relieve a tal fin la falta de respuesta al hecho de que María del Pilar entregase una nota dando cuenta de su situación a la cajera de un supermercado de la localidad donde se encontraban privados de libertad tanto ella como David, el hecho de que la situación se prolongaba durante ocho días y los detenidos habían sido amenazados «con una pistola y un dispositivo eléctrico», que María del Pilar «le dijo que había oído hablar a Marcel que le iban a matar (...)». Y, a este respecto, considera el Ministerio Fiscal que, para valorar la racionalidad de la reacción del acusado «no se puede desconocer la situación anímica, que después de ocho días privado de libertad» no era la más adecuada para valorar en el momento «las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del hipotético ataque que puede desencadenar el agresor contra el que se defiende», viniendo a concluir que, en su opinión, «quien se defendió no pudo escoger otros medios distintos de los que tuvo a mano»; «es en las circunstancias de lugar, personas y tiempo, ya analizadas, en que se toma la determinación de defenderse personalmente y defender a su esposa, como hay que valorar el posible exceso», siendo preciso tener en cuenta también «los riesgos probables que entrañaba su acción defensiva», y, en este contexto, valorar la conducta del acusado y ponderar todas las condiciones con las que llevó a cabo «su cuasi alocada reacción», si bien —entiende el Ministerio Fiscal— «la secuencia de seis acuchillamientos, dos en zonas vitales, no eran todos necesarios, y, por tanto, la legítima defensa, no obstante la legitimidad inicial, no fue una legítima defensa perfecta». De ahí la proce-

dencia de estimar esta circunstancia como semiximente.

No cabe duda sobre la razón que asiste al Ministerio Fiscal en su apoyo parcial a este motivo, pues no parece razonable estimar una legítima defensa plena en la conducta inicial del acusado —cuando arrojó el aceite hirviendo a los dos individuos que les vigilaban y mantenían detenidos— y, al propio tiempo, negar la agresión ilegítima ante la conducta llevada a cabo por el hoy recurrente frente a uno de dichos individuos (el que no huyó), como ha hecho el Tribunal de instancia. El único requisito que puede cuestionarse, por tanto, es el relativo a la necesidad del medio de defensa empleado, dado que, objetivamente, parece claramente excesivo, aunque tampoco cabe minusvalorar el conjunto de circunstancias en que se desarrolló la conducta del acusado y los riesgos potenciales que para los dos detenidos suponía la posible reacción ulterior de los que les estaban custodiando, respecto de lo cual hemos de reconocer la pobreza descriptiva del *factum*, que nada precisa sobre la probable conducta del agredido que subió a la planta superior del chalet —tras ser rociado con el aceite hirviendo— ni sobre si el mismo podía disponer allí de algún arma con la correspondiente munición, si bien la conducta de este agredido —saliendo de la vivienda «saltando por una ventana», cuando el agresor y su compañera ya habían abandonado el chalet— no permite inferir razonablemente que estuviera dispuesto a responder a la agresión sufrida, bien fuera por no poder físicamente a causa de sus lesiones, bien por

no disponer en aquellos momentos de armas u otros instrumentos adecuados para defenderse. De ahí la procedencia de apreciar prudencialmente un exceso intensivo en la defensa, con la consecuencia de estimarse la concurrencia de una legítima defensa incompleta. Consiguientemente, debemos estimar parcialmente este motivo.

En lo que respecta a la eximente de estado de necesidad, también alegada, es patente que no puede ser estimada en el presente caso.

En efecto, la eximente de estado de necesidad, deberá apreciarse —según establece el Código Penal en el artículo 20.5.^º— en los casos en los que, para evitar un mal propio o ajeno, se lesiona un bien jurídico de otra persona o se infringe un deber, siempre que: 1.^º) el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2.^º) la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, 3.^º) el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En el presente caso, es evidente que el mal causado es mayor que el que se trataba de evitar, en cuanto el derecho a la vida es el primer derecho fundamental de la persona y el derecho a la libertad deambulatoria es de rango inferior, sin que, por lo demás, se haya declarado probado, en forma alguna, que el agresor hubiese corrido realmente peligro de perder la vida en el contexto de la conducta aquí enjuiciada.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial de este motivo, en la forma anteriormente expuesta.

Sentencia 322/2009, Sala Segunda del TS, de 23 de marzo de 2009

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Arts. 117 y 120.4.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Sala de instancia se declara la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora de las actividades extraescolares y subsidiaria de la Asociación de Madres y Padres en un caso de abusos sexuales cometidos por un profesor de actividades extraescolares contratado por la citada asociación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—Después de lo expuesto, es el momento de examinar el recurso del Ministerio Fiscal, cuyo motivo primero por infracción de ley considera que se debió aplicar el artículo 120.4.º del Código Penal.

1.—El hecho probado que resumimos declara que el acusado fue contratado por la Asociación de Madres y Padres de Alumnos del Colegio Público para dar clases extraescolares de manualidades durante el curso 2004/2005 en las instalaciones del propio colegio. El acusado nada más comenzar sus actividades abusó sexualmente de las menores que se indican en el relato fáctico.

2.—Sostiene que la vinculación laboral era evidente al ser contratado por la Presidente de la Asociación. Los horarios se fijaron por dicha entidad y ésta le pagaba la contraprestación económica. Señala que la sentencia se ampara en otra de esta Sala, de 18 de octubre de 2007, y añade que la Asociación carecía de la posibilidad de poder

apreciar, con carácter previo a su contratación que el acusado tenía las tendencias sexuales que después desarrolló. Había dado clases de Informática en el Colegio y su esposa también había realizado actividades. Tenía antecedentes penales por otras clases de infracción que habían sido cancelados, por lo que no podían haber sido conocidos por la Asociación.

3.—La sentencia que cita la resolución recurrida para denegar la responsabilidad civil subsidiaria, se refería al caso de un vigilante de un aparcamiento público gratuito que tenía la misión específica de abrir y cerrar las puertas, por lo que la agresión sexual a una ocupante del parking, estaba fuera de la relación laboral.

4.—En el caso presente, no hay duda que las acciones delictivas del acusado se realizaron en el ámbito estricto de su relación laboral que le imponía relacionarse con menores para dar las clases para las que había sido contratado. Cometió los delitos en el desempeño de sus actividades laborales, y

prevaleciéndose precisamente de la actividad contratada.

5.—El artículo 120.4.º del Código Penal establece clara y terminantemente que son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean penalmente, las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos y faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

6.—Ante esta realidad incontestable, nos encontramos ante una culpain eligiendo o vigilando y también, desde otra perspectiva, ante la creación de un riesgo derivado de una actividad contratada por la persona jurídica de la Asociación y para unas actividades con menores que no necesariamente suponen en sí misma un riesgo, pero sí una actividad que favorece los designios delictivos de los que se aprovecha de su actividad contratada para realizarlos. Esta extralimitación de las actividades encomendadas está dentro del riesgo potencial no vigilado por los representantes de la Asociación, que deben asumir la responsabilidad civil subsidiaria de las indemnizaciones acordadas en la parte dispositiva de la sentencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Undécimo.—El Ministerio Fiscal suscita un segundo motivo, también por error de derecho por indebida inaplicación del artículo 117 del Código Penal.

1.—La sentencia absuelve asimismo a la Compañía aseguradora que tenía concertada una póliza de responsabilidad civil con la Federación de Asociaciones de Padres de la entidad Autonómica en la que estaban integrado, entre las que se incluía como asegurado la Asociación que acabamos de declarar responsable civil subsidiaria.

2.—El Ministerio Fiscal sostiene que de los hechos probados y sobre todo del examen de las cláusulas del contrato que se transcribe en la fundamentación jurídica y

que viene a dar contenido a la declaración fáctico de la contratación de la póliza se desprende una responsabilidad civil directa de la Compañía aseguradora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código Penal.

3.—Es evidente que la sentencia interpreta de forma restrictiva y contraria a derecho las cláusulas de la póliza en la que se incluyen los daños causados por culpa o negligencia, lo que no excluye la necesidad de examinar si abarca también a los delitos cometidos por aquellas personas que tienen una vinculación laboral con los tomadores del seguro.

4.—Nos encontramos ante un seguro voluntario que se rige por las condiciones pactadas y las establecidas legal o reglamentariamente. Es preferente la autonomía de la voluntad entre las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Contratos de Seguro.

5.—Por encima de cualquier otra consideración es claro que las actividades habían sido contratadas por los asegurados y que de estas se derivaron daños físicos y psíquicos a los menores a los que estaban destinadas las actividades del acusado. En este sentido, si nos moviésemos en el campo de la culpa o negligencia no existiría discusión alguna sobre la cobertura directa por la parte de la compañía aseguradora.

6.—Ahora bien, nos encontramos ante unos daños causados por un comportamiento delictivo inequívocamente doloso de uno de los dependientes o empleados de los asegurados y que dichos daños se han causado en el ejercicio de las actividades de la persona contratada.

7.—La cuestión planteada ya ha sido resuelta pacíficamente por la doctrina de esta Sala Segunda, tal como la cita el Ministerio Fiscal, cuyas argumentaciones reproducimos.

El artículo 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (modificada por las Leyes 21/1990, de 19 de diciembre, y 30/1995, de 8 de noviembre), dispone ex-

presamente que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. Asimismo el art. 117 del CP 1995 dispone que los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

8.—En consecuencia, y como ya ha declarado con reiteración esta Sala, en sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 17 de octubre de 2000, números 1574/2000, 225/2003, de 2 de Junio de 2005, entre otras), la responsabilidad civil directa frente al perjudicado de los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o activi-

dad, incluye expresamente los supuestos en que el evento que determine el riesgo asegurado sea «un hecho previsto en este Código», es decir, un delito doloso o culposo, sin perjuicio de la facultad de los aseguradores de repetición contra el autor del hecho.

9.—Como señalan las sentencias citadas, lo que excluye el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta dolosa del asegurado —disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que le reconoce el art. 76 L.C.S., o bien sea debido a un acto doloso o culposo de un empleado o dependiente del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art. 120. 4.º C.P. de 1995), en cuyo caso dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el art. 117 del Código Penal de 1995, siendo este último supuesto precisamente el aplicable en el presente caso (STS de 22 de abril de 2002 y Auto de 14 de diciembre de 2006).

Sentencia 324/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de marzo de 2009

FALSEDAD DOCUMENTAL

Arts. 390 y 392 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar**

SÍNTESIS

Se analiza con detenimiento el alcance que cobra la «atipicidad» de la falsedad «ideológica» de particular en documento mercantil y en qué supuestos sigue siendo punible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el primer motivo, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la falta de aplicación a la acusada Gregoria del delito descrito en el art. 392 del Código penal, con relación a los artículos 390.1 y 74 del propio Código.

Conviene señalar que la Sra. Mariola fue condenada por realizar desviaciones de la contabilidad de «Atalanta Centro Deportivo, S.L.» hacia sus cuentas personales, por importe total de 246.608 euros (41.032.127 pesetas), contabilidad de la que se encontraba encargada en dicha empresa, hecho reconocido por la citada acusada, como veremos después, mediante la introducción de órdenes de transferencia, que primero realizaba por escrito al banco, mediante fax, y después en soporte informático, mediante un programa de gestión de órdenes de transferencia, realizando «desde el mes de enero de 1997 hasta junio de 2001... alteraciones en la contabilidad de Atalanta mediante asientos que hacía en los libros de contabilidad que no eran reales ni se correspondían con gasto o factura alguna, procurando que la contabilidad cuadrara para evitar ser detectados los apuntes falsos, haciendo que coincidiera el diario con los balances de sumas y saldos y los modelos 190 de gastos de personal aunque realmente no se habían producido y carecían de soporte documental alguno; y así, utilizando esta falsa contabilidad...» logró los apoderamientos antes señalados.

Señala la Sala sentenciadora de instancia que no existe delito de falsedad documental, en tanto ésta ha de considerarse falsedad ideológica, comprendida en el número 4.º del art. 390 del Código Penal, a la que no extiende la tipificación la falsificación de los documentos mercantiles, a la vista de lo

dispuesto en el art. 390. De tal manera, que las diversas alteraciones contables en los registros de la entidad perjudicada, no eran, en su tesis, subsumibles en ninguno de los tres primeros números del art. 390 del Código Penal, al no producirse alteración material de ningún documento, ni simulación alguna para inducir error a otro sobre su autenticidad, ni supuso la intervención de persona que no había intervenido en un determinado acto, ni atribuyó a las intervinientes distintas de las realizadas. Esta fue la postura del Ministerio Fiscal en la instancia, acogida por la Sala sentenciadora.

En una Junta General de esta Sala celebrada el día 26 de febrero de 1999, se aborció el alcance de la reforma del Código Penal de 1995, en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de junio de 1997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2.º del Código Penal. Asimismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1.º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos. Todo ello citado en nuestra STS 867/2002, de 29 de julio, que argumenta que la acción reprochada consistió en la creación y puesta en circulación en el tráfico de documentos llamados, además, a producir resultados económicos de indudable relevancia. La falsedad referida no es de las del apartado 4.º del artículo 390.1 del

Código Penal, puesto que la mendacidad afecta al documento en su totalidad. Según dijimos en la Sentencia núm. 1302/2002, de 11 de julio, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del Código Penal de 1995.

Así, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad, la simulación consistente en la completa creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (cfr. Sentencias núm. 1212/2004, de 28 de octubre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; núm. 37/2006, 25 de enero; o núm. 298/2006, de 8 de marzo).

El Ministerio Fiscal apoya este motivo, entendiendo que la falsedad operada por la acusada en la contabilidad de la empresa, con fines de apropiación indebida, incide no solamente sobre tales apuntes contables, sino que afecta a los terceros que contratan con la mercantil, tiene efectos respecto a la Hacienda Pública, interesa a los socios de la persona jurídica e incluso trasciende a otras entidades como las entidades bancarias que mantienen relaciones con la mercantil. Así, en este caso, no solamente podemos hablar de falsedad en la contabilidad como simulación de un documento (los apuntes de un balance contable), incuestionablemente simulado, por hacerse entrar en él datos ficticios, que cuadran para evitar el descubrimiento del fraude, sino que trascienden a terceros, de manera que mediante fax se enviaban documentos falsos a los bancos para realizar las transferencias, que iban a parar a las cuentas de la autora de estos hechos, y conseguir así su completo aprove-

chamiento, de manera ilícita, documentos éstos a los que se debe aplicar la simulación a que hace referencia el art. 390.1.2.º del Código Penal, colmando las exigencias típicas del art. 392, a cuyo tenor el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

La despenalización que la decisión del legislador adoptó en 1995 respecto a faltar a la verdad en la narración de los hechos, como delito de falsedad, con relación al comportamiento de los particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles ha de restringirse a la razón de tal proceder. Antes de nada, conviene señalar que no habrá falsedad cuando el documento no tenga vocación para entrar en el tráfico jurídico, de modo que se trate de afirmaciones dirigidas a otros ámbitos de la vida social, de mero contenido personal, familiar o afectivo, en donde no exista ninguna necesidad de hacer entrar al derecho penal para depurar las posibles discrepancias entre la verdad o la falta de ella. Sin embargo, la destipificación de la denominada falsedad ideológica operada por particulares en documentos de la clase que hemos citado anteriormente (fuera de los estrictamente privados), ha de interpretarse bajo otros parámetros, pues su vocación jurídica es incuestionable y la narración de la verdad afecta en consecuencia a la correcta aplicación de las normas jurídicas que rigen las relaciones intersubjetivas entre las partes, dada su función probatoria, o de la sociedad con sus componentes individuales. Y claro es que el Estado no puede mantenerse ajeno cuando de la protección de la verdad se trata, como sustrato de aplicación de las leyes, pues ésta (la verdad) irradia justicia en la aplicación del Derecho. De modo que cuando se falte a la verdad en la narración de los hechos por un particular en un documento público, oficial o mercantil lo ha de ser con efecto de mera interpola-

ción no esencial, es decir, un elemento falso de estricta aportación personal, introducido mendazmente en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere. Por ejemplo, una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso), en una escritura de compraventa (documento público), otorgada por notario. Una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o el suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o la intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles). Pero nunca, si no quedamos dejar vacío de contenido el número segundo del art. 390.1 del Código Penal, podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que, en apariencia, se trate de un documento verdadero, siendo falso en su totalidad, o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular «un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad». Es, pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere trascendencia penal a la conducta del autor. Cuando lo falso, se hace pasar por auténtico, induciendo, pues, a confusión a los demás, que es la razón de la penalización de este delito, ya que más que un pretendido derecho a lo verdadero (a la verdad, se ha dicho con frecuencia), existe un derecho a no ser sorprendido por la confusión de lo aparentemente existente como tal, por la confianza que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, de manera que si todo o la mayor parte («en todo o en parte», dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, existirá delito de falsedad del antedicho párrafo del art. 390.1 del Código Penal. Quedan fuera, pues, las expresiones mendaces que no integran tal simulación, porque el documento se considera en su totalidad auténtico, aunque algunas expresiones o datos

no lo sean, pero desde la perspectiva de la accidentalidad, no por razón de su relevancia para el negocio jurídico analizado, sino en función de la autenticidad del documento suscrito, considerado en su vertiente de apariencia de realidad en un todo completo o existente como tal. Ciertamente será difícil distinguir cuándo faltar a la verdad en la narración de los hechos, convierte al documento en total o parcialmente simulado. Ahora bien, es la pauta que nos suministra el legislador, el que no ha empleado una técnica descriptiva todo lo clara que debía, en punto al principio de taxatividad que ya dibujó en el art. 4.2 del Código Civil, y lo trasladó al mismo precepto del Código penal (art. 4.1). Obsérvese que simularen parte un documento, es una operación muy próxima a faltar a la verdad en la narración de unos (o algunos) hechos que se incluyen en el mismo. Solamente desde el punto de la funcionalidad de tal mendacidad pueden obtenerse algunos resultados positivos para el intérprete, pues la perspectiva del legislador, como ya hemos expuesto, es la autenticidad del documento en su misma existencia, como medio probatorio de las expresiones que contiene en su conjunto, es decir, de su significado y finalidad, y no la simple alteración de alguna de sus partes, comprendidas las expresiones que le sirvan de soporte, siempre que a través de ellas no se induzca a error sobre «sobre su autenticidad».

En el caso enjuiciado, no solamente se ha comprometido el conjunto de la contabilidad con la introducción de datos erróneos, induciendo a error sobre su autenticidad, de la que ciertamente carecía, como es obvio, al tratarse de una «falsa contabilidad», como narran los jueces *a quibus* en su resolución fáctica, y de esa inducción son destinatarios los terceros y la misma sociedad perjudicada, a través de sus socios, en incluso el Fisco, sino que se han introducido elementos documentales claramente mendaces por incluirse órdenes de transferencias bancarias que no respondían a la realidad, instrumentalizando así de forma falsaria una

mecánica delictiva dirigida al definitivo desvío de fondos a cuentas particulares, en donde ya era posible la disposición patrimonial en provecho propio.

Por estas razones, el motivo será estimado, e individualizaremos la respuesta penalógica en segunda sentencia que hemos de dictar.

Sentencia 378/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de marzo de 2009

TESTIGO ANÓNIMO

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Con amplia cita jurisprudencial del TEDH, TC y de la propia Sala, se expone la doctrina general sobre la prueba testifical con específica referencia a las diferencias que median entre el testimonio anónimo y el testigo oculto que aplicada al caso de autos conduce a la anulación del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

En efecto, en la práctica procesal la producción del medio de prueba testifical, diversa al de su ordinaria utilización, pueden manifestarse bajo múltiples modalidades, que enunciamos a continuación en orden de progresivo aumento de respeto a las exigencias del derecho a un juicio justo con todas las garantías, es decir partiendo de las más intolerables y pasando por las admisibles con cautelas, hasta las declaradas como aceptables.

1.^a El testigo describe un hecho a los agentes policiales, en condición o no de confidente, y su identidad permanece anónima, sin que llegue a declarar nunca ante órganos jurisdiccionales. Es el caso del deno-

minado testigo anónimo en su más estricto sentido.

2.^a El testigo es identificado por los agentes policiales pero tampoco efectúa ninguna declaración ante los órganos judiciales. En este, como en el anterior, se acude a la declaración del agente policial como testigo de referencia.

3.^a El testigo es identificado y declara ante un órgano jurisdiccional, pero solamente en fase previa a la del juicio oral, en el que se introduce la declaración del testigo por referencia del agente policial o informe del órgano judicial que dirige la fase previa a la del juicio oral. La defensa no tiene ninguna oportunidad de interrogar a ese testigo en el juicio oral, aunque sí cuando declara en fase anterior a dicho juicio, siquiera permaneciendo oculta la persona del testigo y sin desvelársele su identidad.

4.^a El testigo es identificado ante el órgano jurisdiccional, y declara en juicio oral, pudiendo la parte acusada dirigirle preguntas, pero su identidad se mantiene anónima para dicha defensa, ocultándose a la vista de la misma la persona del testigo, o, al menos ocultándose a la vista del acusado, pero no a la de su Letrado.

5.^a La identidad del testigo es dada a conocer, pero éste declara, también en juicio oral, oculto a la vista del Letrado de la defensa o, al menos, a la vista del acusado y público, que sí pueden oírle.

Las modalidades 1.^a y 2.^a son en gran medida casos similares al decidido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en la Sentencia KOSTOVSKI vs Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989. En la medida que no se dio al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse e interrogar al testigo, en el momento en que declare o con posterioridad, se declaró que se conculcaba el derecho a un juicio equitativo garantizado en el artículo 6 de la Convención Europea, porque «si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga (hostil) o indigna de crédito. Un testimonio, o cualesquiera declaraciones en contra del inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar el crédito que merece el autor o ponerlo en duda. Son evidentes los peligros inherentes a una situación así». El argumento del Gobierno Belga sobre el temor a represalias a los testigos ante casos de delincuencia organizada fue considerado insuficiente para tal limitación del derecho de defensa.

Similar doctrina fue establecida en la Sentencia del TEDH que decidió el denominado caso WINDISCH vs Austria, de 27 de septiembre de 1990. Vuelve a advertirse entonces que Al desconocer su identidad, (de los testigos) la defensa sufrió una desventaja

casi insuperable; le faltaban las necesarias informaciones para apreciar el crédito de los testigos o ponerlo en duda».

Supuesto similar a la tercera hipótesis fue el considerado por el TEDH en la Sentencia del denominado caso VAN MECHELEN y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, en el cual los testigos eran agentes de policía de los cuales solamente se proporcionó su número. Cuando los agentes declararon en esa fase previa, la defensa del acusado ignoraba la identidad de los mismos, y dado que durante el interrogatorio las partes y los testigos estaban en habitaciones diversas, fue imposible observar las reacciones de los testigos a preguntas concretas, dato éste que hubiese permitido valorar su fiabilidad, por lo que el TEDH concluye que se ha vulnerado el derecho a un juicio equitativo.

Es al llegar a la hipótesis del tipo de la 4.^a antes enumerada cuando las cautelas adoptadas ante la limitación del derecho de defensa pueden llegar a tenerse por suficientes para dar por salvaguardado el derecho que venimos estudiando. El TEDH conoció un supuesto similar en el denominado caso DOORSON vs Países Bajos, de 26 de marzo de 1996. El análisis de este caso presenta dificultades para su traslado a nuestro sistema procesal, dadas las diferencias respecto del vigente en aquel país.

Prescindiendo de otros antecedentes, sobresale que el Tribunal de apelación, que no el que juzgó en la instancia inicial, ordenó que dos testigos fuesen examinados por el Juez de Instrucción, con intervención de la defensa, que, sin embargo, no pudo conocer la identidad de aquéllos. El tribunal de apelación, basándose en el informe del Juez de Instrucción, pero sin examinar aquél a los testigos, falló condenando.

El TEDH admite que se pondere (balanced) los intereses de los testigos y los de la defensa cuando se trata de usar las declaraciones vertidas en la investigación, en cuyo escenario admite la validez del testimonio anónimo. Y, en el caso, concluyó que la ponderación (counterbalancing) era sufi-

ciente. No obstante advirtió también que la convicción, que lleva a la condena, no puede estar basada exclusivamente o de forma decisiva sobre declaraciones anónimas, como lo eran las de los dos testigos cuya identidad no conoció la defensa, aunque la conociera el órgano jurisdiccional. De tal suerte que el rechazo de la demandada por el TEH se fundan en que en ese caso concreto el Tribunal que pronunció la condena no basó la declaración de culpabilidad exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos identificados solamente con una clave. Con todo la sentencia contó con el voto disidente de dos de sus integrantes.

En esta línea cabe citar, ya finalmente, la Sentencia del TEDH que, dando contenido definitivo a su doctrina al respecto, resuelve el denominado caso Birutis y otros contra Lituania de 28 de marzo de 2002 y en cuyo párrafo 29 se define:

El Tribunal afirmó en la Sentencia Doorson contra Holanda de 26 de marzo de 1996 [TEDH 1996, 20] y en la Sentencia Van Mechelen y otros contra Holanda de 23 de abril de 1997 [TEDH 1997, 25], que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es en todas las circunstancias incompatible con el Convenio. Sin embargo, si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento penal no debería normalmente incluir. Por ello, el Tribunal reconoció que en esos casos, el artículo 6.1, considerado junto con el artículo 6.3.d), requiere que las dificultades con las que trabaja la defensa sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales. Con esto en mente, no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos (véase Sentencia Kostowski contra Holanda de 20 noviembre 1989 [TEDH 1989, 21], serie A, núm. 166, pg. 20, ap. 42). Además, ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaracio-

nes anónimas (véase la anteriormente citada Sentencia Van Mechelen y otros contra Holanda, pg. 712, aps. 54-55).

Así pues la compatibilidad de cualquier ponderación, incluso cuando las dificultades de la defensa sean equilibradas por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales, han de cumplirse estos parámetros:

- (a) que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta y
- (b) que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.

Entre nosotros el Tribunal Constitucional matizó también la diferencia entre testigos protegidos y testigo anónimos. Así en la Sentencia 64/1994, se cuestionaba únicamente la declaración en juicio de personas sin ser vistos por las partes, que sí podían oírles, considerándolos como testigos protegidos.

Se trataba de un caso de la hipótesis que hemos denominado 5.^a, es decir aquella en la que menos sufrimiento se inflinge al derecho de defensa.

Sitúa el problema dentro del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la norma fundamental, lo que le lleva a analizar la declaración testifical controvertida desde una triple vertiente de exigencias, que se resumen en las siguientes: publicidad, contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si éstas se observaron en efecto o no en este supuesto concreto.

Salva la primera (publicidad) porque, aún considerando que se produjo una anómala forma de declaración el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta.

Por lo que concierne a la exigencia de contradicción invoca el artículo 6.3.d) de la Convención Europea de Derechos Humanos que exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede

entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos.

Recuerda nuestro Tribunal Constitucional que El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en diversas sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 (serie A, núm. 166), y Windisch, de 27 de septiembre de 1990 (serie A, núm. 186), o, finalmente, la Sentencia Ludi, de 15 de junio de 1992 (serie A, núm. 238). En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger.

Y, ya en el caso que juzga el Tribunal Constitucional advierte que el testimonio no

adquiere la condición de anónimo sino de meramente «oculto» entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado y en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados.

Es por esto —y porque tampoco consideramos lesionado el derecho a la igualdad de armas— por lo que puede concluir que, no obstante lo que estima, como dijimos una anomalía, no merece el amparo constitucional.

El Auto del Tribunal Constitucional n.º 270/1994, de 17 de octubre, precisa que cuando el testimonio es oculto, existe posibilidad de contradicción y se respetan las exigencias del art. 6.3.d) del Convenio y «en consecuencia también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución».

Finalmente, por lo que se refiere a la doctrina de este Tribunal Supremo, cabe decir que las hipótesis han sido también muy diversas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2000, recurso n.º 1845/1998, se plantea el supuesto de testigos de cargo que prestan su declaración sin ser vistos por el acusado. Subraya la similitud, pero no identidad, con el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 64/1994, de 28 de febrero, y la doctrina del TEDH sobre los llamados testimonios anónimos, entendiendo por tales aquellos cuya identidad es desconocida por las partes y por el propio Tribunal y que son los que imposibilitan la contradicción y vulneran el artículo 6.3.d) del Convenio. En el caso de dicha sentencia la defensa pudo interrogar a los testigos sin cortapisas de ninguna clase, ya que el abogado defensor del acusado asistió a la prueba anticipada y pudo interrogar, sin limitaciones, a la víctima y a los otros menores en igualdad de armas con las acusaciones, respetándose, en una de sus dos modalidades, el derecho del acusado, en el sistema de la *cross examination* que consagra el art.

6.3.d) del C.E.D.H, que es el de «hacer interrogar» a los testigos de cargo, lo que, en este caso, se hizo cumplidamente.

Y concluye autorizando lo que estima un razonable equilibrio, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en los casos de conflicto entre derechos fundamentales, como son, de una parte, los del acusado, a un proceso con todas las garantías, y, por otra, los que tiene la víctima a la intimidad personal y a la seguridad e, incluso, a la integridad física y moral (artículos 18, 17, 15 de la Constitución Española).

En el caso de la Sentencia n.º 1047/2006, de esta Sala, recurso 1159/2005, de 9 de octubre, también se examinó la cuestión suscitada porque el Tribunal denegó la petición formulada por la Defensa del acusado en el juicio oral sobre que fuera revelada la identidad de los testigos núm. 001 y núm. 000. Respecto de ellos, en la instrucción, fueron dictados sendos autos acordando aplicarles las prescripciones de la Ley Orgánica de 23/12/1994, en orden a quedar reservada su identidad real. Se partió de las manifestaciones de aquellas personas sobre su temor a las represalias de los denunciados, haber sido amenazada de muerte y tachar de peligrosos a los denunciados por el ambiente en que se movían (caso núm. 001), sobre su temor a las represalias de los denunciados y a la integridad física de ella y de sus hijos (caso núm. 000), sobre su temor a las represalias de los denunciados y tacharles de peligrosos por el ambiente en que se movían (caso núm. 001). El Juez reputó verosímiles tales temores, tras las actuaciones practicadas.

En su escrito de defensa, la dirección del acusado había solicitado el conocimiento de la identidad de los testigos protegidos. El Tribunal ordenó que los testigos protegidos comparecieran para la práctica de la prueba testifical en el juicio oral utilizando cualquier procedimiento que imposibilitase su identificación visual normal, como biombos o mamparas, desestimando también las cuestiones previas; y los recursos de súplica,

sin perjuicio de que los Letrados, no los acusados, visualizaran a los testigos.

Parte esa sentencia de que el artículo 4 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, preceptúa que, para el mantenimiento o no de las medidas de protección, el Tribunal deberá ponderar los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate.

Aunque se trataba de un supuesto de testigo no meramente oculto, estima esa sentencia que, el mantenimiento de la reserva sobre el nombre y apellidos de los testigos debe reputarse resultado de una ponderación constitucionalmente acertada.

Pero conviene advertir que en dicha sentencia, tras examinar ese motivo casacional, en referencia al penado que lo alega, añade: Además la sentencia tiene presentes, expresando detalles, las declaraciones de los acusados, las conversaciones telefónicas, las declaraciones de los agentes de la Autoridad, el acta de entrada y registro en El Eden y los documentos aportados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la visita girada a El Eden el 9/5/2003. Y la sentencia insiste detalladamente en los medios probatorios que ha tomado en cuenta, al tratar de cada uno de los delitos.

Es decir que en ese caso las declaraciones testificales estaban lejos de ser los únicos elementos de cargo y ni siquiera consta que fuese los decisivos.

En la más reciente Sentencia de este Tribunal de 26 de diciembre de 2008, recurso 10289/2008, se practicó la testifical de un testigo, en cuya declaración se fundamenta la condena del acusado, ocultándose sin ser un testigo protegido, sin que los acusados pudiesen verle, tras una mampara de madera.

Recuerda como las reformas de los artículos 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, responden a una línea juris-

prudencial consolidada a partir de la importante sentencia Tribunal Constitucional n.º 64/1994, de 28 de febrero, que abordó con detenimiento la distinción entre testigos anónimos y ocultos y la admisibilidad de éstos frente al rechazo de aquéllos. Y culmina calificando el caso enjuiciado como un supuesto de testigo meramente oculto, subrayando, además, que todos los letrados de la defensa de los procesados ejercieron su interrogatorio al testigo sentados muy cerca de él y frente al mismo para mejor valorar su declaración.

Sexto.—Procede pues, a la luz de la doctrina expuesta, examinar si en el presente caso han sido o no observadas las exigibles garantías constitucionales del proceso debido, en el sentido anglosajón, o proceso justo, en el sentido de la Convención Europea antes expuesta.

Al respecto la sentencia aquí recurrida comienza dando cuenta de las razones por las que desestimó la pretensión de las partes de que se revelase los datos de identidad de dichos testigos.

El procedimiento seguido por el Tribunal de instancia no agotó las posibilidades dirigidas a obviar las dificultades de la defensa. Se negó a desvelar los datos de identidad de los testigos. E incluso, según deriva del acta del juicio, les hizo declarar bajo condiciones que distorsionaran su voz. Y no puede decirse que el anonimato no resultase efectivo porque, si bien en la sentencia se dice que respecto de alguna, de sexo femenino por tanto, podía colegirse su identidad, esas testigos resultaron en buena medida intrascendentes si, como parece, la sentencia se refiere a las número núm. 002, núm. 003 y núm. 006. En efecto en las páginas 27 y 28 la sentencia de instancia razona la desautorización en cuanto a credibilidad de dichas testigos.

a) Por lo que concierne a las posibilidades de examen de la fiabilidad del testigo, es fácil comprender que constituye una de las

piezas fundamentales para la efectividad del derecho de defensa. Hasta el punto de que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la inclusión de medios probatorios en tiempo tardío conforme a lo dispuesto en el artículo 729.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el presente supuesto era especialmente acuciante la necesidad de controlar ese valor probatorio de los y las testigos que declararon en juicio oral, bajo anonimato—aunque solamente respecto de las defensas— de sus datos de identidad.

Se trata de una organización en la que eran evidentes las discrepancias entre las personas que asumieron responsabilidades orgánicas. Hasta el punto de que el comportamiento de quienes imprimieron un eventual sesgo violento despertó la protesta de otros. De ello da cuenta la misma sentencia. Por tanto, conocer la identidad de los testigos podía ser relevante para poner al descubierto eventuales animosidades que cuestionen la credibilidad del testigo. Pero la efectividad de esta estrategia de la defensa queda cercenada si ésta no puede conocer, y con la adecuada anticipación, la identidad de quienes les dirigen los cargos. Si ésta se mantiene oculta, aquel irrenunciable e ineludible derecho del acusado será irremediablemente frustrado.

Recuerda la sentencia recurrida que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, reclama que la petición de desvelamiento de la identidad del testigo anónimo sea motivada, y que, en consecuencia, ha de ponderarse la motivación alegada. Pero olvida que, si el motivo es precisamente cuestionar la credibilidad o fiabilidad del testigo, la exigencia se justifica sobradamente en la medida que, como dice esa Sentencia del TEDH, esa posibilidad de cuestionar la credibilidad del testigo está condicionada precisamente por el conocimiento de su identidad.

La sentencia resuelve la cuestión como si se tratase de un conflicto entre dos derechos fundamentales: el del testigo a su vida e in-

tegridad y el de los acusados a su defensa. Y el planteamiento no es ajeno a la doctrina del TEDH.

Pero ese planteamiento puede ser matizado. Los derechos en conflicto estructural en el proceso son, por un lado, el de defensa, en efecto, pero, por el otro, lo es el ius puniendi, que es un derecho del Estado. Este puede verse cercenado si necesita prescindir de fuentes de prueba. Y esa necesidad puede devenir de la protección de aquellos derechos del testigo. Si la acusación es la compelienda a aportar el medio de prueba, las exigencias de ésta solamente pueden tener por interlocutor a quien la propone.

En definitiva las consecuencias de las limitaciones en la disponibilidad del medio de prueba solamente pueden perjudicar al que ha de proponerlo y no al derecho de defensa de aquél contra el que se propone dicho medio.

b) Por lo que se refiere al segundo canon de validez, lo que resulta obvio es que los únicos elementos de prueba que pueden justificar la conclusión probatoria en que se funda la condena son las manifestaciones de tales testigos antónimos.

Por lo que concurren los dos elementos que tildan de no acorde con las exigencias del juicio justo el procedimiento seguido en la instancia.

Séptimo.—En cuanto a los efectos de la vulneración debemos advertir una nítida diferenciación entre los efectos que deben subseguir a la que concierne a las pautas del juicio justo y los efectos que deben derivar cuando es la garantía de presunción de ino-

cencia la vulnerada. Porque aquella supone un supuesto de quebrantamiento de la forma procesal debida, cuya consecuencia es la reposición del procedimiento al momento de la infracción. Y cuando la vulneración radica en la decisión misma, con olvido de la exigencia absolutoria, impuesta por la falta de los presupuestos de enervación de la garantía de presunción de inocencia, solamente cabe la revocación de la condena sin reposición del procedimiento ya que ello supondría un caso de doble juicio o bis in idem inconstitucional.

De ahí la necesidad de diferenciar entre el presupuesto de validez de la prueba—cuyo desconocimiento acarrea vulneración de la presunción constitucional de inocencia—y falta de validez en el modo de su producción en juicio. Ésta última implica que el juicio no ha sido debidamente seguido, por lo que deben anularse sus efectos, de tal suerte que la reposición no implica duplicidad de juicio, en la medida en que el celebrado no ha culminado válidamente y solamente uno es el que debe llevar a la decisión definitiva: el celebrado válidamente.

En consecuencia debe anudarse bien a la estimación del recurso, por ello parcial, la única consecuencia de anular el juicio y mandar reponer las actuaciones al momento de su celebración que, obviando el defecto denunciado, deberá realizarse ante órgano jurisdiccional diferente.

La no utilizabilidad de tal medio probatorio de los testigos protegidos es un veto de uso, pero no incondicionado, sino solamente a que declaren bajo anonimato. Excluido éste, el juicio podrá proseguir normalmente, es decir, con adecuación a la norma.

Sentencia 257/2009, Sala de lo Penal del TS, de 30 de marzo de 2009

TENTATIVA DE COMISIÓN POR OMISIÓN. POSICIÓN DE GARANTE

Arts. 11, 16 y 28 Código Penal 1995; 483 Código Penal 1973

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

En un secuestro sin dar razón del paradero de la persona detenida, cometido por una banda armada (GRAPO) se hace responsable, en comisión por omisión (como garante del control de una fuente de peligros personales) en grado de tentativa (no intentar la liberación) al jefe de la organización, pese a no haber tomado parte en el secuestro. Recogemos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

4. El problema de la responsabilidad por omisión de los acusados por la detención ilegal en la que no participaron mediante actos positivos estaba, por lo tanto, no sólo implícito en las acusaciones, dado que éstas sostenían su pretensión alegando la comisión de un delito de omisión (art. 483 del CP de 1973), sino porque explícitamente afirmaban que el acusado Federico debía ser esponsabilizado del secuestro y no liberación de D. Porfirio por el dominio que tenía sobre los miembros de organización, autores directos del hecho, por el conocimiento del hecho y porque ocupaba la Secretaría General del Partido Comunista de España Reconstituido, que, como dicen los hechos probados, «constituye junto a los GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político que [es] el PCE y otro brazo militar que ejecuta órdenes del anterior».

En el acta del juicio se percibe, además, a través de sus respuestas a los interrogatorios, que la no liberación del secuestrado por parte del acusado Federico fue objeto central del debate, sobre todo por la importancia acordada a la carta de la familia Josefina Porfirio que el acusado admitió haber tenido en su poder cuando fue detenido y ser consciente de que en ella se reclamaba la puesta en libertad del secuestrado (ver f.º 1391 y ste.). Y si bien el mismo acusado niega haber participado en el secuestro, reconoce, no obstante, que Baldomero, conductor de la furgoneta utilizada para el secuestro, era miembro del partido y del GRAPO (ver f.º 1392) y que «los militantes del partido inclinados a dar respuesta a una acción fascista, un asesinato... deben salir del partido e ir allí donde le admitan para tal fin. Por tanto, el responsable del partido tiene el deber de impedir que eso suceda y que nadie participe en nombre del partido en esas acciones» (f.º 1393). La línea de defensa seguida por el acusado también corrobora cuál fue el obje-

to del debate. La Defensa del Federico rechazaba la responsabilidad que se le imputaba sosteniendo que el partido y el GRAPO eran organizaciones diferentes, es decir, sosteniendo, en definitiva, que carecía de poderes para ordenar la liberación del secuestrado.

Consecuentemente, la Sala, con apoyo en el art. 897 de la LECrim., solicitó al Ministerio Fiscal y a las demás partes del recurso, mediante la providencia de 13 de enero de 2009, un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, es decir de la responsabilidad por omisión de los acusados considerados miembros de la organización terrorista que, después de la detención de la víctima, se atribuyó el secuestro de la víctima.

A tales efectos se tuvo en cuenta en primer lugar que la Acusación particular imputaba a los acusados —dejando de lado los aspectos referentes a la carga de la prueba— no haber acreditado la liberación de la víctima, hasta hoy en paradero desconocido, en el sentido del art. 483 del CP 1973, es decir, por un delito de omisión. En segundo lugar que la cuestión fue objeto del debate en la medida en la que la familia de la víctima reclamaba a los acusados la puesta en libertad del secuestrado antes y después del pago del rescate. A su vez los acusados sostuvieron en su defensa especialmente «que el GRAPO y el PCER son organizaciones distintas» (pág. 18 de la sentencia recurrida), con lo que no sólo afirmaban su ajenidad con la comisión del secuestro, sino también su incapacidad de acción para cumplir con la liberación que se les reclamaba.

Asimismo se consideró que en el tipo básico y rector de los delitos de detención ilegal de los arts. 480 y ss. del CP 1973 la ilicitud no exige una forma específica de comisión que pueda excluir la modalidad omisiva de su realización, dado que, en dichos tipos penales acción y omisión son equivalentes desde el punto de vista del texto legal, de su repercusión sobre el objeto de protección y del sentido social de una y otra modalidad. Es evidente que el delito se co-

mete tanto privando a otro de su libertad como no liberándolo pudiéndolo hacer.

Por último, la Sala tuvo en cuenta también que la figura jurídica de la comisión por omisión había sido aplicada por la jurisprudencia, por lo menos desde la SSTS 12 de febrero de 1892, no obstante el silencio legal al respecto, sobre la base del texto del art. 1 del CP 1973, que sólo se refería a «las omisiones voluntarias penadas por la ley», admitiendo la posibilidad de que el deber de actuar fuera incluso de naturaleza moral. Si bien en algunas resoluciones jurisprudenciales se hizo referencia a la «existencia de un deber jurídico de impedir el resultado» (p.e. STS 30 de enero de 1945), no se llegó a excluir explícitamente que el deber de actuar pudiera emerger incluso de deberes morales como había sido sostenido en sostuvo en la citada STS de 12 de febrero de 1892.

Por esta razón consideró la Sala que el art. 11 del CP vigente, en tanto limita las posibles posiciones de garante a la infracción de deberes jurídicos, constituye una ley posterior más favorable al acusado y que, por lo tanto, si cupiera, debía ser aplicado retroactivamente al presente caso (art. 2.º 2 del CP).

Las acusaciones coincidieron en que el art. 11 del CP es aplicable en el presente caso.

La Acusación Particular sugirió en dicho trámite nuevas medidas de prueba, porque estima que esta Sala podría solicitar a la Audiencia Nacional testimonios de nuevas declaraciones que podrían ser unidos a la presente causa. La Sala no puede admitir dicha sugerencia, toda vez que ella es incompatible con el procedimiento del art. 897 de la LECrim. y, además, carece de toda relevancia en el presente caso. En efecto, las cuestiones sobre las que está permitido al Tribunal de casación requerir mayor información sólo son cuestiones de derecho, que, por lo tanto, no afectan en nada a las cuestiones de hecho.

La Defensa, como se dijo en los antecedentes, consideró excluida esta posibilidad

sosteniendo que los acusados no tuvieron conocimiento previo del plan del secuestro y que no crearon una ocasión de peligro para la libertad de D. Porfirio.

5. A los efectos de la aplicación del art. 483 del CP de 1973 es necesario establecer que el que omite acreditar que ha dejado a la víctima en libertad debe ser un «reo de detención ilegal». Se requiere, consecuentemente, comprobar que los acusados intervinieron, por lo menos omisivamente, de una manera jurídico penalmente relevante en la detención ilegal. Precisamente, la problemática de la responsabilidad de la cúpula de la organización por los delitos cometidos en nombre de la misma constituye un tema de especial importancia entre los que presenta la criminalidad organizada.

La cuestión ha sido objeto de especial tratamiento por parte de los tribunales italianos en los años ochenta del siglo anterior, en resoluciones en las que se discutió el posible fundamento de tal responsabilidad. Inicialmente la respuesta positiva se vinculó al concepto de «responsabilidad por la posición» derivada, sin más, del papel directivo en el ámbito de la organización (confr. sentencias de la Corte di Assise de Roma, de 24 de enero de 1983; de Génova, de 26 de febrero de 1983; de Milán, de 21 de junio de 1980; de Florencia, de 24 de abril de 1983). Esta fundamentación fue considerada, más tarde, como incompatible con el principio de la responsabilidad personal establecido expresamente en el art. 27 de la Constitución italiana, implícito en el art. 10.1 de la CE. En algunas decisiones, sin embargo, esta solución fue presentada desde la perspectiva de la prueba de la participación activa en el hecho, considerando que las máximas de experiencia permitirían afirmar la alta probabilidad de que los objetivos de la organización hayan sido señalados por los jefes de la misma (confr. Corte di Assise de Turín, de 26 de julio de 1983). Pero, este punto de vista ha sido censurado, con razón, por la doctrina, por entender que se basa en un «vicio lógico» consistente en la falta de adecuación de la regla al caso concreto, lo

que desemboca en una presunción de participación carente de justificación probatoria.

En la misma dirección, aunque sobre distintas bases, se ha considerado posteriormente en la jurisprudencia italiana que existe en esta especie de organizaciones una regla organizativa interna de la cual se deriva para los miembros de la cúpula un poder de control sobre las acciones de otros miembros, a partir del cual la omisión de impedir una iniciativa criminal resulta equivalente a una autorización de la misma, en la forma de remoción de un obstáculo para la ejecución del delito (Corte de Casación, secciones unidas, de 30 de octubre de 2003).

6. En la doctrina el problema de la responsabilidad por las acciones de personas subordinadas es planteado en el marco de las reglas de la comisión por omisión, que define el art. 11 del CP, analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que «también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros» y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas.

En este contexto una parte de la doctrina ha subrayado asimismo que, en casos como el que estamos considerando, las reglas específicas de responsabilidad del que dispo-

ne de poderes de mando, como los existentes, por ejemplo, en el derecho penal militar [por ejemplo: art. 615 bis del CP; ver al respecto: STS (Sala de lo Militar) de 3 de noviembre de 2008], «no tienen carácter excepcional», agregando que, de cualquier manera, en supuestos de esta especie también «los criterios de la ingerencia conducen a un deber de garantía». Gráficamente se ha señalado que en el marco de una organización el deber de garantía corresponde al que «hubiera podido impedir la comisión del delito con una palabra de autoridad». Un punto de vista similar ha sido también sostenido por el Tribunal Federal Suizo en 1970 en el caso «Bührle» (*Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts*, 96 IV 155 [174 s.]), en el que la posición de garante se dedujo sólo de la posición formal del acusado, sino de su ocupación de «un rol dominante» dentro de una determinada organización.

Consecuentemente, el garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo. Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, que ésta sólo es equivalente a la acción de producirlo cuando el omitente disponga de «un poder de dominio sobre la causa del resultado». Asimismo se indica, a tales efectos, que «el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una «fuente de riesgos personales» de aquellos que están bajo la supervisión» del omitente.

Cierto es que, al menos en parte, estos criterios han sido elaborados en relación a organizaciones que, en principio, pueden ser consideradas legales, como es el caso de los directivos de sociedades mercantiles. La Sala estima, sin embargo, que el carácter peligroso de la organización no depende su legalidad o ilegalidad y que, consecuentemente, lo que vale respecto de organizaciones

legales no tiene por qué no regir para las que son manifiestamente ilegales. Lo decisivo, como ha señalado también una parte de la doctrina es «la estructura real de dominio» dentro de una organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, adoptando un régimen interno equivalente a la disciplina militar.

Estos puntos de vista resultan totalmente compatibles con el texto del art. 11 del CP. El texto legal establece, siguiendo en su primer párrafo un criterio material de las fuentes del deber de actuar, que la omisión de impedir el resultado de un delito es punible como la ejecución activa del mismo cuando el omitente infrinja un deber jurídico especial y la omisión sea equivalente a la causación del resultado. En su segundo párrafo el art. 11 del CP agrega que esta equivalencia será de apreciar cuando el deber de impedir el resultado provenga de una ley o de un contrato y cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Es evidente que el párrafo segundo sólo establece las fuentes admisibles del deber jurídico especial. Pero, no establece, por el contrario, los criterios de la equivalencia entre acción y omisión de impedir el resultado.

Por lo tanto, la posición de garante deriva de la existencia de un deber formal emergente de la ley o de un contrato [art. 11.a)] o del deber emergente de una especial posición respecto del bien jurídico [art. 11 b)] y de la equivalencia de la omisión con una acción. La necesidad de no confundir las cuestiones del deber de actuar con las de la equivalencia de la omisión con la acción ha generado diversos puntos de vista interpretativos sobre la necesidad adicional de un principio material de imputación que permita afirmar la equivalencia de la omisión con una acción sin caer en una solución tautológica, a la que conduciría un entendimiento literal del texto. No sería adecuada a la voluntad del legislador una interpretación que

estableciera que incumplir un deber jurídico de actuar es equivalente según el texto de la ley cuando haya sido infringida una obligación derivada de la ley. Es evidente que de esta manera el requisito de la equivalencia se superpondría con la infracción del deber jurídico. Los casos de injerencia [art. 11, b)], por lo demás, no son una excepción, dado que en ellos el deber de impedir la lesión también proviene de la ley.

Nuestra doctrina discute, en consecuencia, sobre el carácter «abierto» o «cerrado» de los deberes establecidos por la fórmula legal. En realidad, el objeto de esta discusión, más precisamente formulado, se refiere a si la ley, atendiendo al tenor del primer párrafo del artículo, además de la infracción del deber formal requiere un principio de imputación material, que establezca la equivalencia de la infracción del deber de actuar con la realización activa del tipo.

Probablemente sea mayoritaria la opinión de quienes sostienen que el segundo párrafo del art. 11 del CP debe ser interpretado «como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero», considerando que «la cuestión decisiva seguirá siendo, entonces, cuándo se da esta equivalencia material». Este criterio interpretativo es de observar también en la doctrina italiana respecto de una norma cuyo texto guarda, *mutatis mutandi*, una cierta analogía con el de nuestro derecho vigente.

A partir de estas consideraciones, el texto legal permite afirmar la responsabilidad de los miembros de la cúpula de un partido político, que decide actuar como una organización criminal, si se comprueba tanto la infracción de un deber jurídico como el dominio del autor sobre la fuente de peligros.

7. Aclarado la cuestión de la regulación legal de la posición de garante y teniendo en cuenta que una organización que postula como uno de sus fines la lucha armada constituye una fuente de peligros personales, es preciso comprobar cada uno de los requisitos implícitos en el art. 11.b) del CP. Es decir, en el tipo objetivo: (a) la existencia de

un deber resultante de la creación de un peligro previo de producción de un resultado típico, (b) la capacidad de acción del omite y su dominio sobre la fuente de peligros personales, (c) la causalidad hipotética de la misma. En el tipo subjetivo: el dolo de los delitos de omisión.

(a) Es claro que la organización terrorista en cuyo nombre se llevó a cabo el secuestro de la víctima es una organización peligrosa, en el sentido de ser una fuente de riesgos para bienes jurídicamente protegidos y que esta fuente de riesgos preexistía a la realización del secuestro.

La Audiencia ha consignado en los hechos probados que el acusado Federico, «era Secretario General del Partido Comunista de España Reconstituido y que Alicia, era miembro de la Comisión Política del citado partido político, que constituye, junto a los GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político que [es] el PCER y otro brazo militar que ejecuta las órdenes del anterior». La sentencia explica en sus fundamentos de derecho la unidad organizativa del PCER y el GRAPO y se apoya en este sentido, entre otras razones, en las conclusiones a las que llegó la Sentencia 31/2006 de la Audiencia Nacional (Sección segunda), confirmada por la STS 655/2007, en la que se sostuvo que «la organización PCER-GRAPO se constituye como una asociación integral formada por dos ramas, una política y otra militar, que defiende la lucha armada como vía para la consecución de sus objetivos, (...) cuyo máximo órgano de responsabilidad es el comité central». También se explica que esta conclusión no resulta contradicha por la SAN (Sección Segunda) 12/1979, en la que, casi veinte años antes del hecho objeto de este proceso, se afirmaba que el PCER y el GRAPO eran organizaciones diferentes. Lo cierto es que en la sentencia recurrida se ha podido establecer que se trata de una organización unificada y que una organización de estas características es evidentemente una fuente de peligros para los bienes jurídicos de la generalidad.

El carácter ilegal de esta organización peligrosa, que parte de la doctrina requiere como condición del deber de garante en los supuestos de injerencia, no ofrece ninguna duda. Por lo tanto, la discusión doctrinal sobre si la fuente de riesgos debe ser producto de una acción antijurídica o si también una acción no antijurídica es idónea para determinar la posición de garante, carece en este caso de trascendencia.

En la sentencia recurrida no consta que el acusado Federico haya sido el creador originario de la ocasión de riesgo, es decir, el fundador de la organización que admite los medios característicos de la llamada «lucha armada». Sin embargo ello no excluye su posición de garante, dado que el fundamento de la responsabilidad no depende sólo de la creación originaria de la fuente de peligros, sino también de la aceptación de la función de dirección, y, por lo tanto, de supervisión y cuidado, de una fuente de riesgos preexistente. Consecuencia de ello es que la aceptación de la dirección de la fuente de peligros constituye al sujeto en garante de la no concreción de esos riesgos y le atribuye una función de cuidado y seguridad respecto de los provenientes de la asociación política para bienes jurídicos ajenos. En todo caso: quien asume la dirección de una organización configurada como una fuente de peligros, sin modificar este aspecto de la misma, acepta la posición de garante respecto de los riesgos que la organización que dirige implica para bienes jurídicos ajenos.

(b) La capacidad de acción y dominio de la fuente de peligros de los acusados exige distinguir los distintos poderes de cada uno de ellos. De los hechos probados surge con claridad que el acusado Federico tenía, por la posición ocupada en el PCER y en el GRAPO, poder de mando sobre una organización de estructura análoga a la militar. Tal capacidad de mando existe incluso cuando algún miembro de la organización pueda haber actuado ocasionalmente por su cuenta y riesgo. La capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro, por lo tanto, no es

cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurra la privación de la libertad. En los delitos instantáneos, por el contrario, dependerá de si el omitente tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la ejecución.

Sin embargo, no consta que todos los miembros de la dirección de la organización dispusieran del tal poder de mando sobre los miembros de la misma. De ello se deduce que la acusada Alicia carecía de la capacidad de acción requerida por la posición de garante.

En tanto no trató la cuestión de la omisión, la Audiencia, sólo tuvo en cuenta la prueba a los efectos de establecer la participación activa de los mismos como inductores. Los documentos incautados en el piso clandestino que los acusados ocupaban en París fueron, por lo tanto, no fueron considerados más que a los efectos de la inducción al secuestro de Porfirio.

Esta Sala ha tomado conocimiento de tales documentos haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 899 de la LECrim. y ha podido comprobar que de ellos se desprende que el acusado Federico tenía la capacidad de acción, y consecuentemente de mando, necesaria para hacer cesar el secuestro y restituir la libertad a la víctima, con lo que queda establecido el primer elemento que requiere la responsabilidad por la omisión. En efecto, en las cartas manuscritas suscritas por el coprocesado Benedicto (folios 3633/3648 y 3650/3659), condenado por la ejecución del secuestro, queda totalmente claro que éste reconocía su obligación de obediencia respecto de las órdenes impartidas por Federico como jefe de la organización, sin oponer ninguna excepción. Allí se puede leer que «las reuniones donde se deciden planes las preside Pitufu» (nombre usado por el acusado Federico en la organización) y que Benedicto manifiesta a otros miembros de la organización: «yo no tomo decisiones por mi cuenta. Que las de-

cisiones se toman en las reuniones presididas por Pitufo». Asimismo, en la carta de la familia Porfirio Josefina, de agosto de 1996, se deja claro el reclamo de la misma para que el GRAPO cumpla con el compromiso de liberar a D. Porfirio, dado que ya había sido pagado el rescate. Aunque no es posible saber cuándo esta carta (que según la declaración del acusado en el juicio oral se encontraba archivada en una carpeta azul ocupada en su domicilio de París) llegó a poder del acusado Federico, es, sin embargo, seguro que en ese momento D. Porfirio no había sido aún liberado.

(c) De dichos elementos se desprende también la concurrencia del tercer elemento de la responsabilidad por omisión: el requisito de que la acción omitida sea hipotéticamente causal a los efectos de impedir la realización del tipo o evitar la continuidad de la ejecución de un delito permanente. La causalidad hipotética es de apreciar cuando se comprueba la probabilidad, rayana en la seguridad, de que la realización de la acción mandada hubiera evitado el resultado típico o hubiera interrumpido la ejecución de la acción lesiva. Es prácticamente seguro y ninguna circunstancia permite dudar de ello, que, dado el régimen militarizado de la organización establecido en los hechos probados, si el acusado Federico hubiera ordenado la liberación de la víctima la misma se hubiera llevado a cabo.

(d) No obstante la concurrencia de los elementos reseñada, no es posible imputar al acusado Federico un delito consumado de detención ilegal (art. 481.1.º del CP). En la medida en la que no se han probado las circunstancias de la detención y la continuación de la misma es preciso tener en consideración la hipótesis más favorable al acusado.

Por el contrario surge con claridad de los hechos probados que el acusado no dio orden de liberar a la víctima, es decir, no realizó, pudiendo, intento alguno de hacer cesar la detención. En tanto el Tribunal ignora si al tomar conocimiento de la detención era

posible la liberación o si ésta ya había tenido lugar, sólo es posible imputarle no haber intentado que sus subordinados pusieran en libertad al secuestrado. Esta configuración de los hechos se corresponde con la tentativa en los delitos impropios de omisión, que es de apreciar cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad.

La figura de la omisión del intento como esencia de la tentativa en los delitos de omisión ha sido elaborada en la teoría desde hace más de medio siglo. La existencia en las legislaciones modernas de reglas especiales para comisión por omisión le proporciona actualmente un apoyo legal. Modernamente se ha reconocido que «en los delitos impropios de omisión la tentativa tiene una significación práctica relevante». En la tentativa de los delitos de omisión —se ha dicho también— «se trata, en verdad, de la omisión del intento de ejecutar la acción descrita en el mandato» (de acción). Asimismo se ha precisado que «la tentativa de actuar será omitida, cuando exista capacidad de intentarla y no se la realiza» o, con otras palabras: «A diferencia de lo que ocurre con el autor activo, que se refiere a la realización activa del hecho, la decisión del autor de la omisión se dirige a no evitar el resultado próximo, aunque ello le haya sido posible». En casos como el presente cabe incluso apreciar una tentativa idónea, toda vez que el bien protegido estaba desde el primer momento en peligro y el omitente no intentó cumplir con un mandato idóneo para lograr el cese de la detención al tener conocimiento de la misma.

Es cierto que la omisión de intentar impedir el resultado no será de apreciar cuando el garante haya realizado un intento serio, aunque infructuoso, de cumplir con el deber que le incumbe. Pero, en el presente caso falta

totalmente cualquier intento; el acusado Federico ni siquiera alegó haber hecho el intento de impedir la continuación de la detención de D. Porfirio.

En conclusión: en este caso el acusado Federico se ha hecho responsable de un delito de detención ilegal en grado de tentativa.

(e) El tipo subjetivo del delito de detención ilegal cometido por omisión no ofrece dudas: el acusado conocía su propia posición en la organización y su capacidad de actuar, la existencia de la detención ilegal del secuestrado, de la que la organización se responsabilizó a través de la prensa poco después de ejecutarla, y sabía que tenía los medios para hacerla cesar. Concurrieron en su conducta, por lo tanto, todos los elementos que definen el dolo de los delitos de omisión.

(f) Establecido que el acusado Federico es «reo de detención ilegal», debe ser resuelta la cuestión de la tipicidad del hecho respecto del tipo agravado del art. 483 del CP. La respuesta debe ser negativa. En efecto, el art. 483 del CP sólo puede ser cometido dolosamente y ello implica que el autor debe haber conocido las circunstancias que le hubieran permitido dar razón del paradero de la víctima o, teniéndola secuestrada, haberla dejado en libertad. Estos extremos no pueden, al menos con los hechos que constan probados, ser afirmados en el presente caso. Es claro que si se le imputa al acusado que, pudiendo, no hizo ningún intento de evitar la continuación de la detención ilegal cometida por sus subordinados, de ello no cabe inferir con seguridad que tuviera conocimiento del lugar en el que se encontraba el detenido ni que haya podido, por lo tanto, dar razón dar razón del paradero del secuestrado.

Por todas estas razones le es imputable la comisión (por omisión) del delito del art. 481.1.º del CP 1973 en grado de tentativa.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A
LA SENTENCIA NÚMERO 257/2009, DE 30 DE
MARZO QUE RESUELVE EL RECURSO DE
CASACIÓN NÚMERO 10183/2008P

Mi discrepancia de la mayoría se funda:

a) en que los hechos descritos en la sentencia de instancia, no sólo no prestan base a la hipótesis acogida en la sentencia de casación, sino que incluso contienen elementos que abiertamente la contradicen; y, b) en que esa hipótesis no fue llevada al juicio en sus propios términos. Por todo, no cabe hacerla valer sin que padezcan el principio acusatorio y otros principios. A) En cuanto a lo primero, la Audiencia Nacional declara probado, es cierto, que Federico, en la época de la acción delictiva a que se refiere esta causa, era secretario general del llamado Partido Comunista de España Reconstituido; organización que junto con la conocida como GRAPO conformaría un único complejo terrorista, del que aquél sería el brazo político y la segunda el militar. Pero también hay que advertir que, antes, el propio tribunal da por cierto que en la primavera de 1995, varios miembros del comité central de los GRAPO, de manera autónoma —esto es, al margen de la dirección del PCR— decidieron llevar a cabo el secuestro de Porfirio; y uno de ellos, Baldomero, con el acuerdo de todos, asumió la máxima responsabilidad de esta acción delictiva. Pues bien, a mi entender, lo que se infiere de lo último es que el organigrama aludido, si era tal, denotaba una patente falta de rigidez; aparecía, al menos, sensiblemente abierto. En efecto, pues no impidió que una operación de la relevancia de la ideada —dirigida a obtener recursos con que financiar la actividad terrorista, nuclear, para todo el entramado criminal en su conjunto— pudiera montarse con independencia del señalado como órgano supremo de dirección. O sea, por un aparato subalterno y de competencias meramente ejecutivas, en aquel esquema. De este modo, lo cierto —y es un presupuesto fáctico del que

hay que partir— es que Federico no contó nada en el diseño y en la ejecución del secuestro, a pesar del relieve de la operación. Lo que, si algo indica, es que su poder como dirigente, al menos en este supuesto, no fue tal. Por más que en algún momento llegara a tener noticia de aquélla. Y, si es así, como así resulta de los hechos probados, falta base empírica para afirmar que quien no tuvo ningún papel en el planeamiento del delito, pudiera haber actuado con decisiva eficacia para poner fin a la situación creada con él. La carencia de sustento en elementos del cuadro probatorio, es tal que la mayoría, para llenar el vacío de sustancia fáctica, ha de acudir a un recurso teórico, de teoría de las organizaciones criminales. Éste consiste en suponer que —todas y en todas las situaciones— funcionan como aparatos férreamente articulados. Algo que, en una aproximación general, podría ser más o menos cierto, pero que puede admitir gradaciones e incluso excepciones. Y que, en este caso, a tenor de los hechos, no se dio. Desde luego, la Audiencia Nacional no lo afirma. Por eso, cuando el déficit de acreditación de una circunstancia fáctica (aquí, la de que Federico tenía efectiva capacidad de dirección, pudo haberla ejercido y no la ejerció), se cubre acudiendo a un esquema formal-abstracto, se incurre en petición de principio. Se da por probado lo que tendría que estar acreditado en concreto, y no lo está. En efecto, pues el aludido paradigma organizativo no es un enunciado asertivo de contenido fáctico basado en la prueba, sino un modelo formulado en lenguaje prescriptivo. Respecto del cual, además, en este asunto, la sala de instancia llegó, con certeza práctica, a la conclusión de que no había tenido vigencia. B) Yendo a lo segundo, diré que, si no consta que Federico hubiese gozado del poder necesario para ordenar la finalización del secuestro y ser obedecido; es decir, si no estu-

vo en su mano la inevitabilidad o la cancelación del resultado, y si de los hechos se desprende más bien lo contrario; sí consta, en cambio, que ninguna de las partes acusadoras le atribuyó con la necesaria precisión ese comportamiento omisivo. Y lo cierto es que, con un modo de proceder simétrico al evidenciado en lo que acaba de exponerse, la mayoría trata de cubrir ese vacío de imputación efectiva, con un nuevo recurso teórico; en este caso de dogmática de la comisión por omisión, relacionándolo con el aludido modelo organizativo de los grupos criminales. Así, concluye, el poder de dirección de uno de éstos constituye, por principio, al que lo ostenta, en la posición jurídica de garante de todos los bienes que pudieran verse afectados por cualesquiera acciones atribuibles al mismo. Con lo que la acusación de implicación activa en una de éstas, llevaría implícita también la relativa a la omisión del acto o actos adecuados para impedir la o cancelarla, que es lo que permitiría la condena por este otro título. Pues bien, creo que razonando de ese modo, sin la necesaria base fáctica, se opta, en perjuicio del reo, por la más perjudicial de las hipótesis, en contra de lo que impone el principio de presunción de inocencia. También se redefine, mediante una extensión analógica, el tipo penal aplicado, con lesión del principio de legalidad; en lo que es una ampliación desmesurada de los conceptos de autoría y responsabilidad penal, por la vía de la extrema abstracción, objetivación y normativización del riesgo. Y, en fin, es claro que asimismo padece el principio acusatorio, por la creación de oficio, en sentencia, de una comisión por omisión, para la que faltan presupuestos probatorios y procesales. Es por lo que entiendo que tendría que haberse mantenido lo resuelto por la Audiencia Nacional en este punto.

Sentencia 443/2009, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2009

INADMISIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL POR EXTEMPORÁNEA. INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO

Arts. 24.2 CE; 656, 728, 729.1.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

SÍNTESIS

Inadmitida por el Tribunal de instancia la prueba documental por extemporánea, la Sala expone la doctrina más reciente favorable a posibilitar la proposición y admisión de prueba después de la calificación y antes del juicio oral cuando existan razones que lo justifiquen, como las que concurrían en el caso de autos que hacían conveniente que el Tribunal hubiera ejercitado de oficio la facultad prevista en el artículo 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Lo que debe decidirse es si un documento de esta relevancia —informe clínico sobre la drogadicción y tratamiento de deshabitación del acusado recurrente— fue correctamente inadmitido en el Tribunal por extemporáneo en cuanto fue propuesto una vez precluido el plazo de proposición de pruebas, como mantiene el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso, o si esa decisión de denegar su incorporación en el Juicio Oral, en donde la defensa quiso aportarlo, constituye el quebrantamiento de forma a que se refiere el art. 850.1 de la LECriminal.

1. Como regla general el art. 728 de la LECriminal prohíbe que se practiquen otras diligencias de prueba que no sean las propuestas por las partes ni que se examinen otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. Pero esta regla general

tiene las tres excepciones que recoge el art. 729: la segunda de ellas se refiere a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. Frente a la antigua jurisprudencia (STS de 18 de noviembre de 1992; de 13 de abril de 1993; de 8 de febrero de 1995, entre otras) muy restrictiva al delimitar el ámbito de la excepción, y especialmente rigurosa al aplicar el principio de que las pruebas que han de practicarse son las propuestas en el momento procesal oportuno que es el escrito de conclusiones provisionales y de proposición de prueba (art. 656 de la LECriminal), la doctrina reciente de esta Sala se muestra más flexible al posibilitar la proposición y admisión de prueba después de la calificación y antes del Juicio Oral, cuando existan razones que lo justifiquen y además se den

dos condiciones inexcusables: que ello no suponga un fraude procesal, y que no constituya un obstáculo al principio de contradicción (S. de 14 de diciembre de 1996). Por otra parte al perfilar el alcance y control casacional del ejercicio de las facultades atribuidas al Tribunal por el art. 729 de la LECriminal, esta Sala tiene dicho que tal ejercicio no es arbitrario, por lo que puede ser objeto de revisión casacional cuando puede ocasionar indefensión por limitar de modo no razonable el derecho a la prueba aplicando un criterio excesivamente formalista o restrictivo (S. de 6 de julio de 2000).

2. Dentro de este marco general de flexibilidad limitada y control casacional del ejercicio de las facultades atribuidas al Tribunal por el art. 729 de la LECriminal, una doctrina interpretativa correcta no puede desconocer la diversidad de situaciones que requieran matizaciones complementarias al resolver la tensión entre regla general y excepciones admitidas. En efecto, desde la perspectiva constitucional de la necesaria imparcialidad del Tribunal, dentro de la tutela judicial efectiva, no es lo mismo actuar de oficio esas facultades —en este caso interesa la del n.º 2 del art. 729 de la LECriminal— en beneficio del reo que hacerlo agravando en su perjuicio la resultancia de las pruebas propuestas por las partes; ni es igual su ejercicio de oficio para precisar el valor de las pruebas de las partes que hacerlo para acreditar directamente hechos alegados por éstas; ni traer a la práctica probatoria instrumentos probatorios y medios de prueba elegidos por el Tribunal y nunca propuestos por las partes que acordar de oficio practicar una prueba en su momento propuesta por una parte aunque inadmitida inicialmente por extemporánea

A estas diversas cuestiones se han referido según los casos numerosas Sentencias de esta Sala como las SS. 1577/1998, de 11 de noviembre; 535/1998, de 13 de abril; 63/1997, de 23 de enero; 558/1998, de 27 de abril; 2706/1993, de 1 de diciembre; 2709/1993, de 1 de diciembre; 904/1995, de

23 de septiembre; 755/1999, de 11 de mayo; y 429/1999, de 7 de abril, entre otras.

Sin necesidad de exponer la línea evolutiva de estas y otras Sentencias, se extraen actualmente de su conjunto las siguientes conclusiones, en la interpretación del art. 729 de la LECriminal, especialmente de su número 2.º:

A) Su aplicabilidad no ofrece duda cuando se trata de pruebas acordadas de oficio con el fin de determinar el alcance probatorio o la eficacia de otras pruebas propuestas por las partes. Esta finalidad es en definitiva la que explícitamente se encuentra en los dos casos previstos en los números 1 y 3 del art. 729 de la LECriminal.

B) Igualmente el art. 729.2.º no es contrario a la inexcusable imparcialidad del Tribunal, integrada en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuando en la búsqueda de la verdad material, finalidad esencial del proceso, sin perder la imparcialidad, se utiliza aquella facultad como cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates y que las propias partes plantean. En esos casos no está ejercitando el Tribunal una facultad de iniciativa o de proposición de prueba sino una facultad ordinaria de resolución en función de un juicio de necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes.

C) Asimismo, cuando la prueba se acuerda por iniciativa del Tribunal para poder decidir de forma fiable con suficiente comprensión de lo alegado por las partes —por ejemplo inspección ocular para entender las descripciones que se hacen de un lugar— y de las circunstancias en que se enmarca el hecho enjuiciado, se origina una prueba neutral que no afecta la imparcialidad del Tribunal ni contradice el principio acusatorio.

D) Lo que en ningún caso puede hacer el Tribunal es sustituir a la acusación en su obligación constitucional de aportar la prueba de cargo. No es por tanto admisible la

sustitución por el Tribunal de la actividad probatoria de las acusaciones de tal forma que la única prueba utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia sea la practicada por iniciativa del Tribunal por la vía del art. 729.2.º de la LECriminal.

3. En el caso presente la defensa en el propio Juicio Oral interesó la unión de un documento, de fecha posterior al escrito de proposición de pruebas, consistente en un informe clínico sobre la drogadicción y proceso de deshabitación del acusado. La extemporaneidad de proposición hacía inviable ésta propuesta de parte en cuanto pretensión estimable. Pero nada impedía que en tal caso el Tribunal, conocedor en ese momento de la existencia del informe, de su contenido y de su relevancia acordara de oficio su lectura, su examen por las partes y su unión al acta del Juicio Oral sin perjuicio de la valoración posterior que mereciera en la Sentencia. Todo ello mediante el ejercicio de la facultad prevista en el art. 729.2.º de la LECriminal, habida cuenta que: a) no se trata de un ejercicio libremente optativo sino discrecional al servicio de un fin no renunciable cual es el descubrimiento de la verdad material, de modo que el Tribunal no puede libremente buscar o no esa verdad, sino que debe siempre perseguirla como fin del proceso, ejerciendo esa facultad cuando sea necesario para ese resultado. Lo que el Tribunal puede y debe valorar es si se da o no la necesidad y conveniencia de practicar una prueba para ese fin, no si se debe o no perseguir la verdad material, dentro naturalmente del pleno respeto al principio acusatorio y a la salvaguarda de su imparcialidad. b) en este caso era evidente que el informe no se

podía haber propuesto en conclusiones provisionales por ser de fecha posterior. c) su contenido era relevante y necesario para justificar, en su caso, una realidad fáctica de indudable significación jurídico-penal. d) su unión a los autos en el Juicio Oral no carecía de justificación; e) no suponía esa práctica probatoria ningún fraude procesal por parte de la defensa; f) no implicaba esa práctica ningún obstáculo a la contradicción ni exigía suspensión de la vista oral.

En definitiva: el que no pudiera ser técnicamente «propuesta» en sentido propio por extemporánea, no impedía que la defensa expresara su relevancia e interesara del Tribunal una decisión al respecto, haciendo ver la conveniencia de ejercitar de oficio la facultad prevista en el art. 729.2.º de la LECriminal. La facilidad de su práctica, la importancia de su contenido, y la salvaguarda de la imparcialidad que tal ejercicio no alteraba, supone que en este caso la decisión contraria del Tribunal, sin beneficiar al proceso ni a ninguno de sus principios, con innecesario sacrificio de la verdad material, constituya un quebrantamiento del proceso por incorrecto ejercicio, en sentido negativo, de la facultad prevista en el art. 729.2.º de la LECriminal, subsumible en el motivo casacional invocado por el recurrente.

Tercero.—Por lo expuesto el motivo segundo debe ser estimado, lo que conduce a que, con relación a este acusado exclusivamente, se repita el Juicio Oral, por un Tribunal de nueva composición, en el que se practicará la prueba documental interesada por la defensa, sin perjuicio de la valoración que le merezca al Tribunal.

Sentencia 425/2009, Sala de lo Penal del TS, de 14 de abril de 2009

PROSTITUCIÓN Y LESIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES. INTERROGATORIO DE TESTIGOS: FACULTADES DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Arts. 312.2 Código Penal; 693 y 708 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Entre otras cuestiones se ocupa la sentencia en el aspecto procesal de las facultades del Presidente del Tribunal en el interrogatorio de testigos y sus límites. En el aspecto material se afirma que el ejercicio de la prostitución no conlleva necesariamente que estemos ante un delito contra las relaciones laborales, por las condiciones de trabajo abusivas, en los términos enunciados en el artículo 312 del Código Penal, como sucede en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los condenados Felisa (o Maite Y Borja suscitan, en el primer motivo, una cuestión que afecta a la imparcialidad objetiva del Tribunal que ha dictado la sentencia que se recurre.

1. Realiza una meritoria síntesis de las circunstancias en que se produjo la intervención de la Presidenta del Tribunal respecto del interrogatorio de las testigos que conviene señalar de antemano que declaraban desde Brasil por videoconferencia. En síntesis, viene a mantener que la Presidente, con sus intervenciones, pretendía conocer si la recurrente Maite estaba involucrada en la inmigración ilegal de la testigo interrogada. El Ministerio Fiscal no formuló preguntas sobre dónde y como se pagó el billete y cuáles eran las normas del negocio. La Presidenta suplió lo que consideró inoperancia interro-

gadora del Ministerio Fiscal, en perjuicio de la defensa. Cualquier intervención de la Presidente del Tribunal o del Ponente tratando de aclarar conceptos o de profundizar en la obtención de datos está permitida por nuestra ley procesal. Ahora bien, se advierte reiteradamente por la jurisprudencia que el uso de esta facultad debe hacerse con moderación y sin romper el equilibrio con la parte a la que perjudique la indagación.

2. El principio de intervención mínima del Presidente o Presidenta del Tribunal debe ser una pauta normal de comportamiento, pero ello no quiere decir que la ley imponga una absoluta pasividad en la averiguación de los hechos bajo pena de perder la imparcialidad.

El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es el único que regula la actuación de la Presidenta o incluso de los componentes del Tribunal en las sesiones

del juicio oral. En primer lugar, el artículo 693 establece que la Presidencia hará las preguntas sobre la conformidad con claridad y precisión y exigirá contestación categórica. Ello quiere decir que, por el principio de buena fe procesal no puede convertirse el trámite en una rutina sino que se debe matizar, aclarar y explicar las razones que han justificado la calificación jurídica de los hechos y, sobre todo, las bases fácticas que constituyen el objeto de la acusación e incluso se debe advertir de las posibles alternativas con objeto de que, el consentimiento o conformidad sea absolutamente consciente e informado, lo que le lleva necesariamente a adoptar una postura que pudiera sugerir cual sería la posición de la Sala respecto de la causa.

En los artículos 701 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula el examen de los testigos que deberán contestar sobre lo que les fuere preguntado sin que la ley haga mayores precisiones. El artículo 708, después de establecer el orden del interrogatorio, termina concediendo a la Presidencia la facultad, no restringida, de dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en advertir que se debe hacer un uso moderado de esta posibilidad que también se extiende al Magistrado o Magistrado ponente. El Tribunal Constitucional advierte (STC 188/2000, de 10 de julio) que esta iniciativa probatoria de oficio no debe encubrir una actividad inquisitoria.

3. El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habla de un Tribunal imparcial y, más adelante en el apartado 3, del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo o de descargo, lo que abre un espacio para la intervención de la Presidencia sin que ello autorice a realizar de manera sorpresiva una averiguación inquisitiva. Del mismo modo, el artículo 6.1.^º del Convenio Europeo de Derechos Humanos sanciona la exigencia de un proceso equitativo e imparcial, lo que implica una llamada de atención sobre la no

excesiva involucración de la Presidencia o del Tribunal en la fase del juicio oral.

4. No obstante, debemos señalar que, en el caso presente, se ha limitado a preguntar sobre aspectos relativos a la identificación de los acusados por parte de una testigo que estaba declarando por videoconferencia, por lo que era necesario adoptar medidas encaminadas a la mejor visualización de los imputados. Por lo que se refiere a las preguntas encaminadas a identificar a las personas que esperaban a la testigo en el aeropuerto, se limitaron a concretar este aspecto ante el silencio del Ministerio Fiscal en relación con este punto. Por consiguiente, en absoluto se adoptó una postura inquisitiva encaminada a la averiguación de aspectos ocultos hasta ese momento, sino de precisar datos que ya se conocían en las actuaciones y que convenía reforzar con su corroboración en el acto del juicio oral sin ninguna otra connotación inquisitiva.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo.—El motivo segundo denuncia la aplicación indebida del artículo 312.2.^º del Código Penal a los recurrentes.

1. La naturaleza del motivo exige remitirse al hecho probado. Se afirma que los acusados imponían las normas de funcionamiento, fijando los precios mínimos de las copas y de los servicios sexuales. Al finalizar la noche, los acusados entregaban a cada una de las mujeres la parte que les correspondiera, según el número de consumiciones o prestaciones sexuales, así como el coste del alojamiento y manutención de las mujeres que prestaban estos servicios.

Más adelante afirma que, todas las personas contratadas aceptaron venir a España para ejercer la prostitución, así como las condiciones económicas, entre las que se encontraba la devolución de parte del costo del billete aéreo y la concesión de un día de descanso a la semana. En relación con el supuesto que nos ocupa, se añade que instauraron un sistema de multas por llegar tar-

de a la hora de inicio del trabajo, por hablar alto, por facilitar el número de teléfono a los clientes y por salir sin permiso. El importe de estas sanciones se descontaba de las cantidades obtenidas por los servicios prestados.

2. El artículo 312.2.^º del Código Penal sanciona a quienes empleen a súbditos (más bien debería referirse a ciudadanos) extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieran reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Nadie discute que se trataba de ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, que habían entrado en España con una visa turística. Lo verdaderamente trascendente es, sí se puede hablar de una restricción de derechos laborales legalmente reconocidos, lo que nos lleva al tema de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores.

3. Esta cuestión ha sido abordada por la jurisdicción laboral en numerosas ocasiones. Se ha considerado como una relación de trabajo que, analizando caso por caso, puede ser englobada en el Estatuto de los Trabajadores.

Según el hecho probado no existe constancia de la inexistencia de condiciones laborales engañosas o falsas y por el contrario, no se encuentran condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por Disposiciones Legales, Convenios Colectivos o contrato individual.

4. La jurisprudencia interpretativa del artículo 312 del Código Penal, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sea legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de esta Sala, de

18 de julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne. Tampoco existe duda sobre el concurso real de la explotación en condiciones de esclavitud de un trabajador con la figura de la inmigración ilegal del artículo 318 bis, apartado 1 y 2, sobre cuya existencia no se alberga duda alguna.

5. Como hemos apuntado la jurisdicción laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación de las personas que ejercen el alterne y la prostitución por cuenta propia. En una Sentencia de la Sala 4.^ª del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 2004, se acuerda la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa de la Dirección General de Trabajo, de una Asociación de nombre tan sugestivo como cargado de resonancias históricas (Mesalina), cuya actividad mercantil consiste en la tenencia de hoteles destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia. El debate se centró, como es lógico, no en el alterne sino en el ejercicio de la prostitución, pues como puso de relieve el Abogado del Estado, al recurrir la sentencia de la Sala de lo laboral de la Audiencia Nacional, la explotación de la prostitución ajena no es una relación laboral permitida por nuestro ordenamiento.

6. Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar las medidas que legalmente correspondan.

La citada sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 19 de mayo de 1985

y 4 de febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de noviembre de 2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1.º del Estatuto de los Trabajadores.

7. La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones. En el ámbito de la Unión Europea, el Pleno del Tribunal de Justicia, en su sentencia de 20 de noviembre de 2001, además, de resolver el valor jurídico de los acuerdos de asociación antes del ingreso efectivo de las naciones, en este caso Chekia y Polonia, contempla los efectos sobre la libertad de establecimiento de sociedades y nacionales del Estado en tránsito para la integración. Las reclamantes, ciudadanas checas y polacas, se habían establecido en Amsterdam en la zona que el propio Tribunal denomina como «prostitutas de escaparate», estaban al corriente de todos sus pagos e impuestos y solicitaron al jefe de Policía, permiso de residencia para trabajar como prostitutas, por cuenta propia.

8. El Tribunal se cuestiona si el artículo 43 de la CE (anteriormente artículo 52 del

Tratado CE) considera actividad por cuenta propia la ejercida por una prostituta como una actividad económica más, teniendo en cuenta que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción e independencia de las prostitutas. El caso solucionado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no es exactamente igual que el presente, ya que allí se daba, sin lugar a dudas, el establecimiento por cuenta propia y, en el presente caso, existe una relación que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción laboral ha considerado como actividad laboral.

9. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirma, sin dudas ni matizaciones, en el apartado 49 de la sentencia, que la «prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, es comprendida en el concepto de actividades económicas». Más adelante, en el apartado 50, refuerza su criterio, declara que la actividad de la prostitución ejercida de manera independiente (no es el caso presente), puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente está incluida en ambos conceptos (actividades económicas en un doble sentido, trabajo asalariado o trabajo por cuenta propia).

10. Es decir, admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito 312 del Código Penal que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o se emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Remitiéndonos a lo dicho por la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales voluntariamente, lo cierto es que, en este caso, no tenemos ni concurren ninguno de los elementos del tipo que permitan su aplicación.

11. Así mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, en algunos supuestos, en relación con la posible concurrencia del artículo 312.3.º, con el 318 bis 1 y 2 del Código Penal, es decir,

en los casos en los que, como sucede en el presente, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad. Por supuesto, según el hecho probado, no se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 365/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de abril de 2009

DELITO PATRIMONIAL CONTINUADO

Arts. 74 y 392 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se recuerda la doctrina jurisprudencial en torno a la aplicación del artículo 74 del Código Penal en caso de delitos patrimoniales, evocando al respecto el Acuerdo de Sala de 30 de octubre de 2007 (recogido en el n.º 23 de la Revista de Derecho Penal). Por otra parte, se recuerda también que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial más reciente, cada documento falsificado da lugar a un delito distinto de falsedad documental, sin perjuicio de la posible continuidad delictiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El M.º Fiscal formaliza tres motivos contra la sentencia, todos ellos por corriente infracción de ley (art. 849.1.º LE-Crim.). En el primero de los cuales estima inaplicable el art. 74.1 en relación a los 248 y 250.1.3.º del C. Penal.

1. El *error iuris* que denuncia hace referencia a la improcedente aplicación de la pena en relación al delito de estafa, dada la

modalidad comisiva por la que se le condena (continuidad delictiva). El tribunal de instancia no ha tenido en cuenta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, que precisaba el alcance penológico de los delitos patrimoniales continuados.

2. Al Fiscal no le falta razón. En fecha de 18 de julio de 2007, sin llegar a un acuerdo formal se decidió dar constancia a la siguiente conclusión: «En los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apar-

tado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo».

El 30 de octubre de ese mismo año y partiendo de la precedente conclusión el Pleno acordó lo siguiente: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración».

Sobre ese marco orientativo se pretende armonizar la respuesta punitiva en los distintos delitos continuados. En todos ellos, salvo en los patrimoniales, se impone la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior y todavía puede superar ese límite.

En los delitos patrimoniales, que poseen un tratamiento específico en el n.º 2 del art. 74, se podían producir efectos distorsionadores y desequilibrantes, si solamente nos ciñéramos a la regla específica. El art. 74.1 es una norma de carácter general y por tanto se entendió que cabía recurrir a ella también en los delitos patrimoniales, salvo en los siguientes supuestos:

- a) cuando por la adición del perjuicio causado varias faltas patrimoniales se convierten en delito.
- b) cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos (art. 249 CP) originaban uno cualificado del art. 250.1.6.º
- c) cuando el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas (delito masa: último inciso del art. 74.2 CP).

En estos casos a través del mecanismo sancionador específico, los delitos continuados de naturaleza patrimonial experi-

mentaban una exasperación punitiva, reflejando la pena la reiteración delictiva.

Sin embargo, en los casos como el presente en que la cualificación proviene de la aplicación de un subtipo agravado (art. 250.1.3.º CP) por haber utilizado cheques en la comisión de la estafa, la reiteración o repetición de actos, cada uno con entidad suficiente para justificar una determinada pena, sin computar los demás, hacía que la pena legal fuera exactamente la misma cometiendo un delito o varios, es decir, no existía respuesta penológica alguna a tal situación, y su régimen sancionador, huérfano de reproche, determinaba igual sanción cometiendo un hecho que repitiendo la conducta una y otra vez.

3. En la hipótesis que nos concierne, la continuidad delictiva no ha tenido incidencia en la pena, pues las diversas sustracciones, sumadas, no originan la cualificación del n.º 6.º de especial gravedad por la cuantía. Pero además aunque la generase, en este caso se tornaría inoperante porque el marco penal abstracto vendría impuesto por la cualificativa del n.º 3.º y su concurrencia con la n.º 6.º no tiene ningún efecto exasperador.

En suma, si la pena prevista por tales razones (art. 250 CP) es de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses, la aplicación del n.º 1.º del art. 74 elevaría el marco penológico básico de 3 años y 6 meses a 6 años y multa de 9 a 12 meses. Reduciendo dos grados las penas, como acuerda la Audiencia, la privativa de libertad quedaría limitada a un segmento que va de 10 meses y 15 días a 1 año y 9 meses; y la pena de multa 2 meses y 7 días a 4 meses y 15 días, dentro de cuyas horquillas procederá individualizar la pena.

El motivo por consiguiente debe estimarse.

Segundo.—En el ordinal correspondiente el Fiscal denuncia la inaplicación del art. 74 CP a los artículos 390 y 392 C. Penal.

1. El tribunal de instancia no ha aceptado la acusación del Fiscal que calificaba los hechos falsarios como delito continuado,

entendiendo que los distintos cheques fueron rellenos en el mismo acto, sin solución de continuidad, lo que nos conduce al concepto o modalidad natural de acción, que tendría la virtualidad de excluir el delito continuado, a pesar de realizar 21 falsificaciones.

El Fiscal, por su parte, sostiene que la pluralidad de documentos manipulados destinados a producir efectos en diversos momentos, determinará conforme a la expresión típica utilizada por el art. 392 CP, que se refiere a «un documento» (singular), una pluralidad de acciones susceptibles de ser consideradas unitariamente bajo la abstracción del art. 74 si se dan los requisitos que en él se establecen.

2. Planteada así la controversia resulta determinante acudir al concepto de acción (concepto naturalístico o concepto normativo) para resolver el problema, haciendo notar que en esta Sala de casación se han registrado dos corrientes contradictorias, una calificando de una sola acción el falseamiento repetido y en el mismo acto de diversos documentos, y otra considerando que existen tantos delitos de falsedad como documentos falsificados. En la primera dirección se registran entre otras la n.º 1047/2003 de 16 de julio, n.º 1024/2004 de 24 de septiembre, n.º 52/2006 de 11 de mayo y n.º 1266/2006 de 20 de diciembre.

Sin embargo parece que se va abriendo paso la segunda tesis para la que, desde un concepto de cariz normativo, acoge la figura de la continuidad delictiva (véanse STS n.º 348 de 18 de marzo de 2004, n.º 1277 de 10 de noviembre de 2005, n.º 566 de 9 de mayo de 2006, y n.º 291 de 12 de mayo de 2008).

Es razonable partir de un concepto natural de acción, pero en más de una ocasión sería preciso recurrir a complementos normativos que delimiten la acción típicamente relevante. El concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o

plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (véase STS de 9 de mayo de 2006).

El legislador que tiene en cuenta el mundo real y su causalidad extrae de él ciertos comportamientos que eleva a la categoría de típicos, en cuanto son susceptibles de vulnerar o dañar el bien jurídico que el legislador quiere proteger. De acuerdo con la descripción de los comportamientos o conductas ilícitas estampadas por el legislador en el Código, se puede producir, como puntualiza el Fiscal, una sola acción natural, como un disparo, realizado por quien conoce la potencia mortífera del arma capaz de atravesar a dos personas, que se hallan una junto a otra y produce la muerte de las dos (una acción natural, dos acciones típicas: dos homicidios o asesinatos), y por el contrario diversas acciones o actos plurales (cantidad de golpes de todas clases contra una persona) constituyen un sólo delito de lesiones (diversas acciones naturales, una sola acción típica).

Trasladando el ejemplo a los delitos patrimoniales —sigue ilustrando el Fiscal— «cada una de las sustracciones llevadas a cabo en lugares distintos (afectando a distintos bienes jurídicos y preceptos infringidos), encajan normativamente como continuidad delictiva, si existe una pluralidad de actos y unidad de plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión. Al revés, no ocurre lo propio con los distintos apoderamientos sucesivos en una misma casa o establecimiento mercantil llevados a cabo en una unidad de tiempo, aunque se trate de múltiples actos en las distintas dependencias de los inmuebles saqueados. Los hechos no constituirán más que un solo delito de robo o hurto, no un delito continuado de dicha especie».

3. Trasladando tal doctrina a nuestro caso, la delimitación de la conducta típica en los distintos preceptos de falsedades (art. 290 y 292 CP) se hace tomando en consideración exclusivamente «un documento». Desde el punto de vista del bien jurídico protegido es obvio que cada documento in-

corpora en el soporte material un contenido distinto destinado a perpetuarse y garantizar su contenido, con posibilidades de lograr un circuito comercial distinto y con virtualidad por sí mismo y con independencia de los demás de producir determinados efectos. Desde el punto de vista punitivo no es lo mismo falsificar un documento que una gran cantidad de ellos, porque el daño particular que puede ocasionar un documento falaz no siempre se personaliza, sino que es la seguridad y confianza en el tráfico jurídico como bien jurídico protegido el que impone no desvirtuar y desnaturalizar, confundiendo o engañando a terceros, determinados instrumentos en los que cree la sociedad y ha depositado su confianza, amén de ser primordiales para el fluido desarrollo social y económico de una comunidad.

De acuerdo con lo razonado, del mismo modo que cada documento falsificado es un delito, el utilizar distintos modos o mecanismos simultáneos para producir la falsedad no afecta a la unidad normativa de acción, en tanto en cuanto el art. 290, al que se remite el 392 CP, contiene o encierra, por su mo-

do de comisión, un supuesto de tipos mixtos alternativos.

4. En la hipótesis que nos afecta se falsificaron 21 talones, 18 de los cuales se entregaron al banco para gestionar el cobro y abonar en su cuenta, tres de ellos se cobraron en dos fechas distintas (14 de noviembre y 27 de diciembre de 2006) presentándolos la acusada directamente en la entidad bancaria.

La continuidad delictiva alumbra un marco penológico básico que oscila entre 1 año y 9 meses a 3 años y multa de 9 a 12 meses, mitad superior de la pena prevista por la Ley, consecuencia de la aplicación del art. 74.1.º CP. Posteriormente ante la doble degradación que efectúa la sentencia en atención a las dos atenuantes cualificadas que concurren se producirá una rebaja que se moverá entre 5 meses y 7 días a 10 meses y 15 días y multa de 2 meses y 7 días a 4 meses y 15 días, entre cuyos límites deberá señalarse la pena definitiva, todo ello sin perjuicio de que el tribunal de instancia en ejecución de sentencia proceda a la sustitución de la pena conforme a lo previsto en el art. 88 CP.

Sentencia 394/2009, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2009

RESPONSABILIDAD CIVIL. INTERESES

Arts. 109 y ss. Código Penal; 576 LECrim.; 1108 CC

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Le ofrece una completa consideración de los distintos conceptos de «intereses», relevantes a la hora de fijar la cuantía de la responsabilidad civil «ex delicto».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La acusación particular recurrir en casación el apartado del fallo de la sentencia referida en lo que concierne al pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, formulando una serie de motivos por infracción de ley en los que reclama:

Que el fallo condena al pago del interés legal devengado desde la fecha de la sentencia, en lugar del interés devengado desde la comisión de los hechos, pese a que cada una de las transferencias fraudulentas constituía, desde la fecha de su realización, una deuda líquida, vencida y exigible, que como tal devengaba intereses desde el mismo momento en que las transferencias fueron efectuadas.

Alega el primer motivo que el art. 109.1 CP establece que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados». Y que, en sintonía con este precepto, el art. 100 LECrim. establece que «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible».

En consecuencia, sostiene el recurrente, dado que el CP determina que la comisión de un delito obliga a reparar el daño «en los términos previstos en las Leyes», esta obligación se rige no sólo por lo dispuesto en los artículos 109 y ss. CP y 100 y ss. LECrim., sino también por lo establecido por el Código Civil, cuyo art. 1106 dispone que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

Por ello, se alega que cuando —como en el caso— la deuda era al momento de cometerse los hechos líquida, vencida y exigible,

el cálculo de los intereses no se realiza tomando como referencia la fecha de la sentencia condenatoria, sino la de los hechos objeto de enjuiciamiento. De lo contrario, es evidente que se frustraría el resultado querido por el legislador, a saber: que la víctima o el perjudicado por un delito vea resarcido su daño íntegramente, y que el condenado no se beneficie, por el contrario, de un enriquecimiento injusto. Por lo que postula que los intereses deben comenzar a devengarse desde el acto típico de disposición y no desde la fecha de la sentencia.

En segundo lugar, el recurrente protesta porque el fallo de la sentencia impugnada condena al pago del interés legal devengado desde la fecha de la sentencia, pese a que la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria) establece en estos casos que el interés de mora procesal será el interés legal incrementado en dos puntos, según establece el art. 576 LECrim.

Tercero.—La resolución de este recurso deberá realizarse a partir de las siguientes premisas:

a) La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim. y 109.2.º C. Penal).

b) Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo

del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C. Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de «damnum emergens» deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el «lucrum censans» o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasi-contrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109.2 CP) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C. Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes via-rios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1.^a del T. Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo *in illiquidis non fit mora*, entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vid. SSTs Sala 1.^a n.º 88.º de 13 de octubre de 1997; n.º 1117 de 3 de diciembre de 2001; n.º 1170 de 14 de diciembre de 2001; n.º 891 de 24 de septiembre de 2002; n.º 1006 de 25 de octubre de 2002; n.º 1080 de 4 de noviembre de 2002; n.º 1223 de 19 de diciembre de 2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C. Civil, y los recogidos en el art. 921 de la LECivil (hoy art. 576 LEC de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1.^a n.º 908 de 19-10-1995).

Sobre este último punto será necesario hacer las siguientes consideraciones:

Dentro del concepto «intereses legales» deben diferenciarse los «intereses procesales» a que se refiere el art. 576 LEC, de los llamados «intereses moratorios», que se regulan en los arts. 1108, 1100 y 1101 C. Civil. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos «intereses procesales» son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses «punitivos» o «disuasorios» de la interposición de recursos temerarios; b) nacen *ex lege*; [o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una sentencia que condena al pago de cantidad líquida]; c) nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente...; d) nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 LEC no deja margen a la duda: «desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos...».

El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas.

Cuarto.—Otra cosa son los «intereses moratorios», cuando por ley o por pacto, el condenado a pagar la indemnización sea, además, deudor de intereses moratorios según lo que establecen los ya citados arts. 1108, 1100 y 1101 C. Civil.

Partiendo de que por disposición legal (art. 1106 CC) la indemnización por daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1107), el art. 1108 establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (STC n.º 114/1992), sino de indemnizar el lucro cesante (STC n.º 206/1993 de 22 de junio, y SSTS de 15 de noviembre de 2000, 9 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 1998).

La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del Orden Civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1108 en relación con el 1101 CC, de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 LEC (SSTS de 18 de marzo de 1993, 5 de abril de 1994, 15 de noviembre de 2000, 23 de mayo de 2001...).

Así como los intereses legales «procesales» a que se refiere el art. 576.1 LEC se computan desde que se dicte la sentencia en primera instancia, por expresa disposición del precepto, los intereses moratorios regulados por los preceptos citados del Código Civil se computan desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1100 CC, de manera que así como —según dijimos anteriormente— los intereses procesales del art. 576.1 nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SSTS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2000, 10 de abril de 2001 cuando declaran que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala Segunda del TS. Así, en la sentencia n.º 1130/2004, de 14 de octubre, decíamos: «cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese *quantum* resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

«Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses,

independientemente de los previstos en la norma procesal.

«Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador *a quo* (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de abril de 1998), con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el artículo 921 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el Código Civil, a su vez «Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados...» (art. 109).

«Esa reclamación, en el orden penal, sólo se produce, por consiguiente, con la interposición de la Querella oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de Acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como Acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada STS de 14 de marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas Resoluciones de este Tribunal, a las que se refiere el Recurso, como las de 29 de octubre de 1991 y 1 de febrero y 18 de octubre de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos).

«Por lo que, como quiera que la recurrente no sólo interpuso Querella, sino que en la misma ya cifraba en 26.841.714 ptas. el montante de sus perjuicios, cantidad que exactamente acogió a efectos resarcitorios la Audiencia en su Resolución, ha de entenderse desde esa fecha de interposición de la Querella nacida la obligación del pago de

los intereses para la condenada, obligada al mismo».

También, la ya citada sentencia de esta Sala n.º 298/03, de 14 de marzo, señalaba: A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito.

En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querella en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito.

Si algún acusador particular, se personó sin querella, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional).

Las sentencias invocadas por los recurrentes y el M.º Fiscal que apoyó el motivo, constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Por ejemplo, la más moderna de las citadas, la n.º 846 de 22 de mayo de 2000 de esta Sala, sitúa el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito; pero lo determinó así, porque, conforme al art. 1100 del C. Civil, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Por tanto, no procederá computar los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interpelación judicial.

Quinto.—De cuanto ha quedado expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

A) Respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC debe considerarse incluida en la expresión «devengando esta cantidad el interés legal desde la fecha de esta sentencia», de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposi-

ción legal, a la que no contradice la sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial.

B) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión «interés legal» que se emplea en el fallo de la sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la sentencia, sino que, según

ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querella, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad.

Por consiguiente, el motivo debe ser estimado parcialmente, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que corrija el *error iuris* en que incurrió el Tribunal *a quo* en este punto.

Sentencia 437/2009, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2009

MEDIDAS DE SEGURIDAD. LÍMITE DE CUMPLIMIENTO

Arts. 104 y 139 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la cual es compatible la alevosía caracterizadora del asesinato con el dolo eventual en relación con la producción de la muerte, se recoge la tesis acordada en el Pleno no jurisdiccional de 31 de marzo de 2009 (recogido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal), en cuya virtud, el límite máximo de duración de la medida se fija atendiendo a la pena abstracta prevista en la ley para el delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Fuera de los casos de dolo directo que pudiera abarcar todos los resultados producidos, es difícil encontrar un caso más claro de responsabilidad a título de dolo, y no de culpa como aquí pretende el recurrente.

Hubo dolo directo (o intención) —dolo directo de primer grado— respecto del delito de incendio del art. 351. El carácter doloso de esta infracción penal no se cuestiona aquí: ni siquiera la defensa del propio recurrente Edmundo solicita su calificación como imprudencia, y podía haberlo hecho conforme lo permite el art. 358.

Como bien razona la sentencia recurrida (fundamento de derecho 6.º), cualquiera que sea la posición que se adopte respecto de la

precisión y delimitación del concepto de dolo eventual, este existió respecto de las dos muertes y siete lesiones producidas —tres delitos y cuatro faltas—.

Si seguimos la tesis de la probabilidad (o representación como probable de los resultados), hay que decir que Edmundo y Inocencio actuaron en la provocación del incendio con conciencia de esa probabilidad de causar daños contra la vida o integridad física de las personas. Se trataba de un fuego originado mediante una acción conjunta de ambos en un edificio habitado en las varias viviendas que allí existían, máxime cuando se produjo a una hora —sobre las cinco de la madrugada— en que muchas de las personas que allí vivían se hallaban durmiendo. Los hechos probados de la sentencia recurrida nos hablan de que unos minutos antes una persona les había bajado de un piso a la calle una papelina con contenido falso de cocaína y que, incluso, cuando ya Edmundo y Inocencio estaban en el interior del edificio prestos a incendiarlo se cruzaron allí con otro que luego subió a uno de los pisos cuando ya habían comenzado las llamaradas y el humo. Había ciertamente personas en el interior del inmueble en sus viviendas, muchas de ellas durmiendo: era probable en grado elevado el riesgo de muerte de varias personas (*ex ante*). Hubo dolo eventual según esta teoría de la representación.

Y a la misma conclusión hay que llegar si se adopta la teoría del consentimiento. No solo se representaron ese riesgo probable de muerte y lesiones al incendiar el edificio en la forma en que lo hicieron. Entendemos que Edmundo y Inocencio, cuando en el portal prendieron los varios litros de gasolina que acababan de adquirir, aceptaban esos resultados de muerte y lesiones para el caso de que llegaran a producirse. Esos hechos probados nos hablan de que estaban irritados por esa venta fraudulenta de la papelina, particularmente Edmundo, el ahora recurrente, de quien partió la idea del incendio que manifestó a los otros dos que le acompañaban en el coche que él conducía, por medio de gritos e indignado, que había que

dar un susto a los vecinos que vivían en ese edificio y no se dedicaban más que al tráfico de drogas (págs. 10 y 11 de la sentencia recurrida). La intención de dar un susto, aducida en el escrito de recurso, excluye el dolo directo de primer grado: es claro que no tenían intención de matar ni de lesionar; pero no el eventual, pues tal forma de hablar implica aceptación o aprobación de esos resultados para el caso de que llegaran a producirse. De esa manera de expresarse y de actuar, y de la probabilidad intensa de que se pudieran producir esas muertes y lesiones, hemos de inferir que tal aceptación eventual existió.

Hay que eliminar, a nuestro juicio de modo evidente, la culpa en tal modo de actuar. Lo esencial en la actuación imprudente o culposa se halla en la falta de cuidado en el comportamiento de su autor. No adoptar las precauciones debidas en una conducta peligrosa constituye la razón de ser de la punición de la imprudencia. Pero aquí hubo mucho más: existió una actuación dirigida a la provocación del incendio (intención) que originó el riesgo inminente de causar la muerte o las lesiones de quienes allí ocupaban las viviendas (dolo eventual).

(...)

Tercero.—(...)

4. Por último, en cuanto a la compatibilidad del dolo eventual y la alevosía, argumento fundamental utilizado en el escrito de recurso, precisamente en estos casos de incendios provocados sin avisar respecto de edificios habitados y a una hora de la madrugada en que la mayoría de las personas se encuentran durmiendo, es donde podemos percatarnos de la validez del dolo eventual para conformar el concepto de alevosía: hay total indefensión en las víctimas derivada precisamente del modo en que se originó el acto provocador del riesgo contra su vida, la propagación rápida del fuego con la consiguiente humareda que produjo el fallecimiento de dos personas, padre e hija de once meses que quisieron salir a la calle por la escalera, así como lesiones de muchos que

se vieron precisados a salir al exterior desde las ventanas.

La sentencia recurrida cita una resolución de esta sala, la n.º 653/2004 de 24 de mayo referida a un caso de incendio en edificio habitado, a la que añadimos aquí las siguientes: 1010/2002 de 3 de junio, 119/2004 de 2 de febrero, 415/2004, de 25 de marzo, 514/2004 de 19 de abril, 819/2007 de 4 de octubre y 465/2008 de 7 de julio, estas dos últimas también referidas a incendios que provocaron riesgo para la vida de las personas.

(...)

Sexto.—En el motivo 5.º, con fundamento asimismo en el art. 849.1.º LECrim., se alega de nuevo infracción de ley, ahora en relación con el art. 104 CP. Se refiere al límite máximo de 20 años impuesto para la medida de seguridad de internamiento.

Nos dice que deberá tenerse en cuenta la pena que habría correspondido a Edmundo de no haber concurrido la eximente, en lugar de la pena en abstracto correspondiente al delito de asesinato.

Entendemos que la sentencia recurrida solucionó de modo adecuado este problema, cuando se refiere en su fundamento de derecho 18.º a la peligrosidad del reo como fundamento de la medida de seguridad, sin que opere aquí la reducción en un grado de la

pena, fundada en la capacidad de culpabilidad disminuida. Nos remitimos a lo que se dice en los penúltimos párrafos del citado fundamento de derecho 18.º.

Para determinar la duración del límite máximo de la medida de seguridad de internamiento impuesta hay que tener en cuenta la duración de la pena prevista en la ley, pero considerada en abstracto. Así ha de interpretarse el art. 104.1 cuando habla de que la medida de internamiento «no podrá exceder de la pena prevista en el código para el delito», en este caso la de 20 años que el art. 139 permite como máximo en estos casos de asesinato cuando concurre una sola circunstancia de agravación. A estos efectos no hay que tener en cuenta ni el grado de ejecución (consumación o tentativa) ni el de participación (autoría o complicidad) ni las circunstancias modificativas de orden genérico aplicadas para la determinación de la pena. Únicamente ha de servirnos lo que el tipo de delito aplicado —tipo básico, cualificado o privilegiado— determinó: los citados 20 años del art. 139. A este respecto, en el último pleno no jurisdiccional de esta sala, el que se celebró el 31 de marzo de 2009, acordamos lo siguiente:

«La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.»

Sentencia 450/2009, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2009

PROSTITUCIÓN

Art. 188.1 del Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial relativa a la conducta típica de lucrarse de la prostitución ajena, introducida en la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

El recurrente ha sido condenado por la conducta relativa a la prostitución prevista en el apartado primero del artículo 188 del Código Penal, y en concreto en la modalidad de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de otra persona, modalidad que fue introducida en el Código Penal por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y que ha sido objeto de consideración por doctrina de esta Sala, en el sentido y con la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requiere una mayor gravedad, en los términos que se mencionan a continuación.

Así en la Sentencia de esta Sala, 445/2008, de 3 de julio, se declara que la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Constatadas esas dificultades, la fijación de tales límites ha de tomar en consideración la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias:

a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una per-

sona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 63 de 04-03-1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01-08-2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: «... explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto».

En la Decisión marco [art. 1.d)], los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que «... se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de ex-

plotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía».

b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.

En aquellos otros casos —estadísticamente más frecuentes— en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del in-

ciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP).

c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.

Sentencia 507/2009, Sala de lo Penal del TS, de 28 de abril de 2009

TARJETAS DE CRÉDITO Y DOCUMENTO DE IDENTIDAD EXTRANJEROS FALSOS

Arts. 386, 387 y 392 del Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

SÍNTESIS

Se ofrece un claro resumen de la evolución (en cierta medida sinuosa) de la doctrina jurisprudencial en torno a la tenencia de una tarjeta de crédito y un documento de identidad falsos, correspondiente a un ciudadano extranjero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplica-

ción indebida, de los artículos 386 y 387 del Código Penal.

El recurrente dice cometida infracción legal al haber sido condenado como autor de un delito de tenencia de moneda falsa por el mero hecho de poseer una tarjeta de crédito falsificada, alegándose que lo que castiga el

artículo 386 del Código Penal es la tenencia para expedir o distribuir, pero no sanciona la tenencia de moneda para uso propio ni siquiera la tenencia de tarjeta para su uso como medio de pago o para obtener dinero, por lo que la mera tenencia de una tarjeta falsa no se puede equiparar con la tenencia de moneda falsa, máxime cuando el recurrente no hizo uso de la tarjeta de crédito ni lo intentó, por lo que entiende que debe ser absuelto del delito de tenencia de moneda falsa.

Se declara probado que a este acusado, cuando iba en compañía de Luis Antonio, le fue ocupada una carta de identidad noruega, expedida a nombre de Raúl, en la que llevaba adherida su fotografía, así como una tarjeta de crédito de Visa Electrón de la misma titularidad que era, como el referido documento de identidad, totalmente falsa.

La consideración de las tarjetas de crédito, de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, como moneda, a los efectos del delito de falsificación de moneda, tipificado en el artículo 386 del Código Penal, ha sido objeto de examen en numerosas sentencias de esta Sala, que en un Pleno no jurisdiccional, celebrado el día 28 de junio de 2002, tomó el siguiente acuerdo:

«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.»

Acorde con dicho acuerdo, en la Sentencia de esta Sala 202/2009, de 3 de marzo, se declara que se considera comprendida en el tipo del artículo 386 la fabricación de tarjetas de crédito falsas y se excluyó, sin embargo, la mera tenencia para su uso fraudulento y que el artículo 386.2.º del Código Penal considera conducta típica la introducción de

moneda falsa en el país, sin exigir ningún requisito añadido, conducta que es igualmente posible en relación a las tarjetas, pues nada impide su fabricación en otro país y su introducción para su uso ilícito en España. Igualmente se ha considerado conducta típica, equiparada a la falsificación de moneda, en concepto de cooperadores necesarios, por haber proporcionado a los autores materiales de la falsificación de las tarjetas los datos de identidad que en ellas se plasmaron y que habrían de coincidir con los obrantes en los documentos de identidad, con fotografía incorporada igualmente, confeccionados al efecto, como se recoge en la Sentencia 42/2008, de 18 de enero.

Y ya centrándonos en conductas como las que son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, en la que el Tribunal de instancia ha apreciado un delito de falsificación de moneda por el hecho de estar en posesión de tarjetas de créditos para su expedición o distribución, esta Sala tiene declarado, como son exponentes las Sentencias 559/2008, de 22 de septiembre y 58/2007, 31 de enero, que la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expedición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expedición del art. 386.3 del Código Penal.

Y esta modalidad de falsificación de moneda fue sometida a la consideración del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 16 de diciembre de 2008, en el que se tomó el siguiente acuerdo: «La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión».

Y de este último acuerdo se ha hecho eco la Sentencia de esta Sala, antes mencionada, 559/2008, de 22 de septiembre, en la que se declara que concurriendo tal finalidad de transmisión, la tenencia de tarjetas falsas puede ser subsumible en el expresado precepto del Código penal. En realidad, la juris-

prudencia de esta Sala ya había destacado esa «voluntad acreditada de su distribución o expedición», de la que será exponente interpretativo el número o cantidad de tales tarjetas en poder del acusado con tal finalidad.

Pues bien, ninguno de los supuestos típicos relacionados con las tarjetas de crédito, a los que hemos hecho referencia, puede aplicarse a la conducta del ahora recurrente.

Ciertamente, no se declara probado que el recurrente hubiese sido quien incorporó a la «banda magnética» de uno de esos instrumentos de pago, (tarjetas de crédito o de débito que el artículo 387 equipara a la moneda), unos datos obtenidos fraudulentamente, lo que hubiera constituido un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal, esto es, como falsificación de moneda, como se acordó en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 28 de junio de 2002.

Tampoco se declara probado que el recurrente hubiese proporcionado a los autores materiales de la falsificación de las tarjetas los datos de identidad que en ellas se plasmaron y que habrían de coincidir con los obrantes en los documentos de identidad, con fotografía incorporada, del sujeto enjuiciado, ya que la tarjeta de crédito falsificada de que era portador no correspondía a su nombre sino al de otra persona y su fotografía fue incorporada a un documento falso en el que aparecía como titular el de la tarjeta previamente falsificada. De modo que sus datos no se utilizaron en la falsificación de la tarjeta, por lo que no se puede declarar su cooperación necesaria a esta última falsificación.

Y por último, tampoco se recoge en el relato fáctico que el recurrente estuviese en posesión de un número de tarjetas de crédito falsificadas que permitiera afirmar que las tenía con la finalidad de su distribución o expedición. La mera posesión de una tarjeta, sin esa finalidad, no es constitutiva de un delito de falsificación de moneda y el motivo debe ser estimado.

Segundo.—En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 392 del Código Penal.

Se alega la improcedencia de la condena por delito de falsedad en documento oficial —por ser portador de una tarjeta de identidad noruega— cuando no han resultado perjudicados los intereses estatales y no se ha usado dicha tarjeta para identificarse sino su propia pasaporte que es real.

El motivo no puede prosperar.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 722/2007, de 12 de septiembre, que una doctrina anterior de esta Sala, que consideraba atípica las falsificaciones de documentos de identidad realizadas en el extranjero, puede estimarse superada por las obligaciones internacionales contraídas por España en el concreto apartado de exigir una correcta identificación de todas las personas que se encuentren en España, obligación de la que se han hecho eco numerosas sentencias de esta Sala en el sentido de estimar que tales ocultaciones de la identidad siempre afectan al crédito e interés de España que se encuentran íntimamente enlazados con los de los demás países que conforman la Unión Europea. Como se afirma en la STS 66/2005 de 19 de enero, una nueva lectura del artículo 23.3.º, letra f), de la LOPJ, debe llevarnos a la conclusión de que con la falsificación de documentos de identidad siempre quedan afectados los intereses del Estado español, dadas las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen porque dicho artículo prevé un sistema de control de personas en la circulación fronteriza que incluirá «... un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje...», por ello no es indiferente a los intereses estatales la identificación correcta de las personas que se encuentran en España porque hoy día los conceptos como seguridad son esencialmente colectivos, como lo

son las políticas de visados, inmigración, etc. Y termina esta Sentencia declarando que, en conclusión, no puede cuestionarse la competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar esta falsificación de documentos de identidad, cualquiera que sea el lugar en el que se llevó a cabo dicha alteración en cuanto quedan afectados valores de naturaleza Comunitaria de primer orden como ya se ha dicho.

Y con ese mismo criterio se expresa la Sentencia de esta Sala 431/2007, de 30 de abril, en la que se declara que en cuanto al delito de falsificación de pasaporte, es evidente que se cual sea el lugar de su alteración material, lo cierto es que se poseía en España donde había sido introducido. Ahora bien, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 23.3.g) se exige que la falsificación perjudique directamente al crédito o intereses del Estado. Si utilizamos esta última expresión en su verdadero sentido no hay

duda que entre los mismos se puede y se debe integrar el interés que, para la prevención del delito, supone abortar cualquier maniobra que permita a una persona portadora de un pasaporte falso salvar las barreras de control que, en estos momentos y siempre, deben ser reforzadas para garantizar la seguridad del Estado en sentido amplio.

La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al ahora recurrente que era portador de una carta de identidad noruega expedida a nombre de Raúl que llevaba adherida su fotografía, así como una tarjeta de crédito Visa Electrón de la misma titularidad que era, como el referido documento de identidad, totalmente apócrifo, y ello partiendo de que su falsificación se hubiese producido fuera de España, lo que tampoco consta acreditado.

El motivo no puede prosperar.

Sentencia 457/2009, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2009

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Arts. 120 y 130.1.º Código Penal; 115 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

El fallecimiento del imputado extingue no sólo la responsabilidad criminal, sino también la responsabilidad civil «ex delicto» por lo que no cabe declarar responsable civil subsidiario a la comunidad hereditaria del acusado fallecido. Se acudirá, en su caso, a la vía civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Irene, Imanol, Norberto y Victorio.

Primero.—Invocando el art. 849.1.º LE-Crim., se ha denunciado como indebida la

aplicación del art. 120 del Código Penal. El argumento es que los recurrentes han sido condenados como responsables civiles subsidiarios en su condición de herederos de Juan Enrique, acusado en esta causa, que no fue juzgado en la misma al haber fallecido. Y, dado que esa clase de responsabilidad exi-

ge como presupuesto la existencia de una declaración de responsabilidad criminal en sentencia, la ausencia de ésta privaría de base a ese otro pronunciamiento. De ahí que —entienden los recurrentes— lo jurídicamente correcto habría sido acudir a la vía civil, conforme prescribe el art. 115 de la LE-Crim.

El Tribunal de Instancia, al decidir en este punto, ha invocado el criterio expresado en la sentencia de esta sala de 31 de octubre de 2002, por entender que, como en el caso a que la misma se refería, el fallecido —cuya eventual implicación como autor en los hechos, en los términos de la acusación, habría quedado imprejuizada, por su fallecimiento, con la consiguiente extinción de la responsabilidad penal por esa causa— por su posición en relación con aquéllos, no obstante, habría podido ser declarado, en cualquier caso, responsable civil subsidiario, y esto, al fin, es lo que se hace.

Pero al operar de este modo, se pierde de vista que la situación de Juan Enrique en este caso, en el momento de su muerte, era la de acusado; y que su fallecimiento, por imperativo de lo dispuesto en el art. 130.1.º del Código Penal tuvo que determinar, necesariamente, la extinción de la responsabi-

dad penal, y también la de la acción de esta misma clase (art. 115 de la LECrim.) con todas las consecuencias: entre ellas, la de hacer imposible incluso el solo conocimiento en vía jurisdiccional de hecho alguno que pudiera afectarle, aun indirectamente, por cualquier título de imputación. De este modo, quedaba cancelado el presupuesto —la posible declaración de una responsabilidad criminal que guardase relación con él— eventualmente habilitante para abrir la vía de la responsabilidad civil subsidiaria, que, por tanto, indebidamente se ha franqueado.

Así las cosas, es lo cierto que, como resulta de la aplicación de esos preceptos, en la lectura que hacen las SSTs 659/1993, de 22 de marzo y de 26 de diciembre de 1966, la extinción de la acción y de la responsabilidad penales en relación con Juan Enrique sólo pudo dar lugar la cierre de la causa en lo que a él se refiere y a todos los efectos; con la apertura, en su caso y de mediar la precisa iniciativa de parte, de la vía a que autoriza el art. 115 de la LECrim., ante la jurisdicción civil.

Es por lo que ha de estimarse el motivo; y esto hace innecesario entrar en el examen de los restantes.

Sentencia 449/2009, Sala de lo Penal del TS, de 6 de mayo de 2009

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VÍCTIMA

Art. 150 del Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

La conducta de la víctima de una agresión sexual, saltando desde un balcón, lo que provocó lesiones, no impide imputar éstas a la acción del agresor: Se analiza, a este propósito, la doctrina jurisprudencial relativa al problema de la denominada «autopuesta en peligro» de la víctima y su incidencia sobre la imputación objetiva del resultado típico a la acción inicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Como quinto motivo se alega, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la infracción del artículo 150 del Código Penal. Se arguye que el dolo del autor en ningún caso alcanzaría la causación de las lesiones a que se refiere dicho precepto penal, estimando que la ampliación de responsabilidad penal, en los supuestos en que la víctima provoca la lesión en la huida, resulta forzada en el supuesto enjuiciado.

El problema que suscita este motivo no es otro que el del fundamento y corrección de la atribución del resultado lesivo de la víctima a la acción que los hechos probados describen como realizada por el acusado recurrente.

A tal cuestión ha venido a dar respuesta la construcción dogmática de la imputación objetiva, de mayoritario refrendo en la doctrina, por más que desde diversas construcciones, cuyo examen no corresponde hacer en este lugar. Ello no impide afirmar como generalizado el criterio de que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta.

A ello ha de unirse, según algunas posiciones doctrinales, por más que no pacíficas, la exigencia de que ese resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Es decir que no cabrá hacer aquella imputación si el tipo no se destina a la evitación del resultado de que se trate.

Esta última referencia adquiere especial relevancia precisamente, y en lo que ahora nos interesa, cuando el supuesto examinado puede encuadrarse en las hipótesis, entre otras, que pudieran calificarse de autopuesta en peligro. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Surge entonces la necesi-

dad, en determinados casos, de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo.

Desde luego resulta insatisfactorio recurrir a la invocación del consentimiento de la víctima para dirimir esa cuestión. Resulta evidente que en el caso que juzgamos, el consentimiento por parte de la víctima en afrontar la acción arriesgada que desembocó en el resultado lesivo, no puede en modo alguno estimarse válido, ya que el hecho declarado probado proclama que la víctima actuó forzada.

Es más, partiendo del hecho declarado probado hemos de convenir que tampoco es correcto hablar de una voluntaria autopuesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida, porque el riesgo encuentra su origen precisamente en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro creado por el acusado, ni aún cuando aquél afectase a un bien jurídico —libertad sexual— diverso del amenazado —integridad física— por la acción de salvamento emprendido por la víctima.

Analizados los hechos, tal como nos vienen declarados, debemos concluir que no son atribuibles a la autonomía autorresponsable de la víctima. Y está fuera de duda que la preservación de la libertad sexual y la integridad física entran de lleno en su esfera de organización, que debe permanecer indemne ante intromisiones ajenas. Por ello, esa acción de la víctima, no afecta a la valoración jurídico penal que merece el comportamiento descrito como realizado por el acusado.

Por lo dicho, no puede excluirse la tipicidad penal, del delito de lesiones, de la conducta descrita como realizada por el acusado recurrente, y también ha de concluirse que el comportamiento de la víctima no eli-

mina tampoco la imputación al comportamiento del citado recurrente del resultado lesivo padecido por aquella.

Y ello pese a que, como dijimos, el riesgo creado por el recurrente amenazaba un bien jurídico diverso del de la integridad física de su víctima. Porque lo relevante es la inminencia de la agresión a la libertad sexual, unida a que la víctima estaba, en expresión de los hechos probados, acorralada por el acusado, que le impedía escapar por la puerta de la vivienda, llegando a temer por su vida, y que fue en ese marco, en el que la víctima adoptó la decisión de saltar por el balcón del segundo piso para dejarse caer en la terraza del primero, acción esta que, por otro lado, estaba lejos de mostrarse como altamente peligrosa, de suerte que no puede calificarse de desproporcionada a la situación de peligro soportada, ni siquiera cabe tampoco calificar de imprudencia grave dicha actuación de la víctima.

Muy al contrario, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de imputación del resultado a la víctima. Y no tanto porque ésta, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, no es la persona a la que el Derecho Penal responsabiliza de tal lesión, sino porque su comportamiento no excluye la imputación del resultado al acusado.

A esta conclusión habría de llegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consiente con voluntad válida, por libre y consciente. Pero también asumiendo las tesis de su irresponsabilidad cuando concurren los supuestos en los que se excluye aquella respecto al autor de un hecho punible. Así cuando se encuentra en alguna de las situaciones de exclusión de imputabilidad, o, como en este caso, en alguna situación en la que, como autor, estaría justificada su conducta por estado de necesidad.

Y también cabe proclamar la responsabilidad del autor, aquí acusado, yendo más allá de la mera tesis de irresponsabilidad de la víctima. Lo determinante sería la existen-

cia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación. Desde luego resulta obvio, en lo que ahora interesa, la desaprobación por el Derecho de la creación de situaciones de emergencia, incidiendo en ámbitos de organización ajenos, respecto de cuyas situaciones la acción de salvamento o elusión, no solo por un tercero, sino por la misma víctima del riesgo, está justificada, desde luego en los casos en que esa acción es además proporcionada.

En alguna sentencia dictada en supuestos bien similares hemos dicho que, en tal situación el resultado era imputable al autor del riesgo desencadenante de la maniobra defensiva. Como los resueltos por las Sentencias de 8 de noviembre de 1991 y 26 de febrero de 2000.

En la STS núm. 444/2007 de 16 de mayo dijimos:

Así las cosas, aparece que la conducta de Cosme originaba un grave riesgo de que Silvia tratara de escapar de manera extremadamente peligrosa para su vida y para la del feto. Y no aparece que hubiera una exagerada autoprotección por parte de Silvia, una intervención imprevisible de ella que permitiera apreciar la interrupción del curso causal. Aún dentro del planteamiento adoptado por la Acusación y por la sentencia, la imputación objetiva ha de ser afirmada, con arreglo a la Doctrina jurisprudencial; véanse Sentencias de este Tribunal de 7-4-2006 y 26-2-2000.

A igual solución se llegaría, desde un punto de vista penométrico, si se aplicara el art. 11.b) del Código Penal, partiendo de que Cosme había creado la ocasión de riesgo, con el deber de garante que ello conllevaba, e incurriendo en la comisión, por omisión, de los ataques a las vidas humanas independiente y dependiente.

Finalmente, en la medida en que la creación del riesgo para la víctima es abarcado por el dolo del autor, este título subjetivo de imputación ha de extenderse también al curso de los acontecimientos que no supongan

exclusión de la imputación objetiva del resultado.

Debemos aquí recordar lo dicho en la citada Sentencia de 7 de abril de 2006:

La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestionable que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima.

Nada empece para ello que el acusado no hubiera tenido —acaso— la concreta y específica intención de producir a la víctima las lesiones que ésta sufrió, pero una ponderación mínimamente racional de los hechos y del desarrollo de los mismos, conduce in-

exorablemente a considerar que el acusado actuó con dolo eventual en cuanto en el escenario donde se produjeron los hechos destaca la persistente y decidida voluntad de la mujer de abandonar el vehículo, lo que le era impedido por el acusado al bloquear la apertura de las mismas con el cierre centralizado, y rechazando con actos de violencia física los intentos de aquélla de alcanzar dicho mecanismo, siendo evidente para cualquiera que en esa situación de angustia por escapar y evadirse de la amenaza que se cernía sobre la secuestrada, ésta podría realizar cualquier acción que le permitiera alcanzar esos objetivos, aún a riesgo de su propia integridad, como hubiera sido abalanzarse sobre el acusado o, lo que finalmente realizó, accionar la palanca reductora, y es claro que el acusado pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales reacciones y las consecuencias de éstas, aceptándolas y consintiéndolas.

En el caso juzgado resulta evidente que el autor no solamente conocía la situación de acoso en que se encontraba la víctima, sino que ésta fue calculadamente buscada por el recurrente. Y, de tal suerte, la actuación de la víctima acudiendo a la única vía de salvamento disponible, era una secuencia atribuible al acusado al menos con dolo eventual, sino directo de segundo grado.

Por ello el motivo se rechaza.

Sentencia 463/2009, Sala de lo Penal del TS, de 7 de mayo de 2009

DELITO CONTINUADO PATRIMONIAL

Arts. 74 y 250.1.6.º del Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Resume la doctrina jurisprudencial, recogida en los Plenos no jurisdiccionales de 18 de julio y 30 de octubre de 2007 (véase el número 23 de la Revista de Derecho Penal) relativos a la aplicación de las reglas sancionadoras del artículo 74 del Código Penal en caso de delitos patrimoniales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Los delitos patrimoniales continuados tienen un régimen jurídico específico en el art. 74 al que dedica su apartado 2.º Mas, si tomando en consideración el perjuicio total causado, como exige el precepto, se alcanza una cualificación del delito patrimonial que permite aplicar el art. 250.1.6.º (especial gravedad por el perjuicio) queda sin resolver si sería posible considerar solamente para sancionar la continuidad delictiva la mayor gravedad de la pena prevista en el subtipo del 250, o cabría considerar los dos conceptos simultáneamente sin infringir el principio de *non bis in idem*.

4. El tribunal sobre este particular ha actuado correctamente, y desde luego nunca dijo que no existiera delito continuado o que no resultara aplicable a pesar de la preferencia que ante una posible colisión irreconciliable de la continuidad delictiva y la cualificación de la estafa deba prevalecer esta última, por estimarla precepto más específico, según una doctrina de esta Sala, hoy día ya superada o cuando menos matizada.

Sobre este punto, aunque exceda de la protesta planteada, es oportuno traer a colación los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II recaídos sobre esta materia (18 de julio de 2007 y 30 de octubre de 2007).

Conforme a ellos podemos establecer los siguientes criterios aplicativos:

a) Como primer paso ante un delito patrimonial continuado debemos acudir a la especificidad del n.º 2 del art. 74 CP que

establece una forma de punición, pero también un mecanismo para determinar la infracción más grave, que en delitos de esta naturaleza se forma adicionando el valor de los distintos quebrantos económicos ocasionados por la continuidad.

b) Si de la suma de las distintas cuantías económicas surge un marco punitivo exasperado diferente, sólo debe aplicarse éste, sin que se recargue la sanción por razón de la continuidad, porque al proceder conforme al n.º 2 del art. 74 se exasperó la pena. Los casos serían:

1) Varias sustracciones o apropiaciones integrantes de falta, originan, por razón de la cuantía, la aparición de un delito.

2) Varias infracciones comunes o genéricas por la cuantía (art. 249 del CP, en materia de estafa, como es el caso concernido) que determinan la aplicación del art. 250.1.6.º del Código Penal.

3) Que nos hallemos ante un delito masa (que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas) regulado en el último inciso del art. 74.2 del Código Penal.

c) Fuera de estos casos cabría aplicar el art. 74.2.º CP para determinar la infracción más grave y después recurrir a la norma general (en evitación de agravios comparativos con otras infracciones no patrimoniales) e intensificar la pena en la medida establecida en el n.º 1.º del art. 74, pena en su mitad superior, que puede alcanzar a la mitad inferior de la superior en grado, todo ello siempre que no se produzca una doble valoración de las conductas, reñidas con el principio *non bis in idem*.

Sentencia 499/2009, Sala de lo Penal del TS, de 18 de mayo de 2009

JUICIO CON JURADO. AMPLIACIÓN SUBJETIVA DEL JUICIO

Art. 36.c) de la LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Imposibilidad de plantear como cuestión previa en juicio con jurado la ampliación del juicio a persona respecto de la cual se había denegado la apertura del juicio oral acordándose el sobreseimiento provisional, ni tampoco por la vía de la apelación contra la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Antes de entrar en la cuestión nuclear del recurso, abordaremos aquellos motivos que son previos o que complementan el principal.

1. Para que el lector de esta resolución pueda centrarse en las cuestiones que se traen a debate, es conveniente, como hace el Ministerio Fiscal, hacer una relación circunstanciada de los acontecimientos procesales que concurren en la presente causa.

Por Auto del Juez de Instrucción de 14 de junio de 2007 se denegó la apertura del juicio oral respecto de María Inés, madre del acusado y para la que se decretó el sobreseimiento provisional.

Por las acusaciones particulares se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación.

Por Auto del Juez de Instrucción, de 3 de julio de 2007, se denegó la reforma y por Auto de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de julio de 2007, se desestimó el recurso de apelación confirmando, en definitiva, el sobreseimiento.

2. En el trámite de personación que prevé el art. 35 LOTJ, una de las acusaciones particulares presenta escrito para que se le tenga por personada y por otrosí interesa:

«De conformidad con el art. 36.c) LOTJ la ampliación del juicio por los hechos que se siguen contra Pelayo, contra su señora madre Doña María Inés, con el fin de clarificar su participación en tales hechos, en atención a la peculiaridad en que se produjeron y la realidad incuestionable de que tanto Pelayo como María Inés eran las únicas personas que forcejearon con el fallecido Mateo y únicas personas que directa o indirectamente consumaron el óbito».

3. Por el Magistrado-Presidente, en el trámite correspondiente, se dictan dos providencias:

a) Una de 13 de septiembre de 2007, que se limita a tener por personadas al Ministerio Fiscal, a las dos acusaciones particulares y a la defensa.

b) Otra, de 16 de noviembre de 2007, que provee textualmente: «en aras de poder configurar adecuadamente el Auto de he-

chos justiciables, dése traslado a las acusaciones particulares por un plazo común de cinco días para que puedan reformular su escrito de acusación, dado el sobreseimiento provisional acordado respecto de María Inés».

4. Finalmente el Magistrado Presidente, recogiendo el veredicto del Jurado y de conformidad con el mismo, dictó sentencia por la que absolvía al acusado.

Una de las acusaciones particulares presentó, contra dicha sentencia, recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

5. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dicta sentencia en apelación «declarando la nulidad de lo actuado en dicho procedimiento desde la providencia de 13 de Septiembre de 2007, reponiendo las actuaciones a ese momento procesal y devolviéndolas a la Audiencia de origen, con testimonio de la presente resolución, para que, previa designación de Magistrado Presidente de un nuevo jurado, se continúe el procedimiento dictando auto que resuelva la cuestión previa planteada...».

(...)

7. Ante la decisión del Tribunal Superior de Justicia, al resolver el Recurso de Apelación, la parte recurrente, el acusado inicialmente absuelto (...)

(...) plantean la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio justo. En relación con la tutela judicial efectiva, está íntimamente conectada con el núcleo del recurso, ya que lo que pone de relieve es que la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al anular parte de las actuaciones y retrotraerlas al momento de dictarse la providencia de 13 de septiembre de 2007, por la que se denegaba la inclusión de la madre en el Auto de hechos enjuiciables, ordena devolver los autos a la Audiencia de

origen para que, previa designación de Magistrado-Presidente de un nuevo jurado, es decir, un nuevo Magistrado-Presidente, dicte Auto que resuelva la cuestión previa, no dice, como es lógico, en que sentido, lo que implica respetar la libertad de criterio del nuevo Magistrado-Presidente.

10. Ello resulta inoperante e innecesario, porque si el Magistrado-Presidente, esta vez por Auto, mantiene la exclusión de la madre del Auto de hechos enjuiciables, la cuestión resulta reiterativa y se asemeja a la tela de Penélope. Se volvería a juzgar al acusado, ahora recurrente, por los mismos hechos por los que ha sido absuelto y en las mismas condiciones de delimitación de la acusación, dando paso, como dice la sentencia de Apelación, a nuevo jurado que rompería la unidad del proceso. Tanto si se mantienen las mismas condiciones o se incluye como imputada a la madre del acusado, se le coloca a este último ante un nuevo jurado, dando lugar a un doble enjuiciamiento por hechos por los que ya había sido absuelto, decisión cuya legalidad y acierto la Sala de Apelación no cuestiona. Se limita a declarar que se incluya un nuevo acusado.

11. La cuestión nos lleva al debate, nunca abordado por nuestro sistema, de la irrecorribilidad de las sentencias absolutorias dictadas por el jurado, cuando el absuelto ha sido sometido a un juicio con todas las garantías y sin defectos procesales de fondo. Cabe señalar que, en todo caso, el sobreseimiento respecto de la madre fue provisional, por lo que la sentencia absolutoria es inamovible al no encontrarse causa de anulación relativa al acusado. Este sobreseimiento provisional podría dar lugar a una serie de peticiones por parte de la acusación particular, sin perjuicio de que, dada la especial peculiaridad de este caso, crimen en un recinto en el que sólo había dos personas, el acusado, su madre y el muerto, al no poder ser juzgado de nuevo el absuelto, la autoría estaría indeleblemente asociada a la madre que no tendría derecho a un juicio justo y dispondría de escasas, por no decir nulas, posibilidades de defensa.

Por lo expuesto todos estos motivos, salvo el tercero, deben ser estimados.

Segundo.—El motivo primero es el eje sobre el que gira toda la problemática procesal que plantea este caso.

1. Se refiere a la indebida aplicación e interpretación del artículo 36.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que establece que «al tiempo de personarse las partes podrán: c) interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura el Juez de Instrucción». Antes de seguir debemos advertir que el Juez de instrucción no niega, como hecho, que la madre estaba presente cuando el muerto recibió el impacto del cuchillo.

2. Sostiene el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia de Apelación que del tenor literal del artículo 36.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no se desprende la prohibición de incluir dentro de los hechos justiciables otros en los que se haga referencia a una tercera persona como aquí ocurre. Cita, en apoyo de sus tesis, una sentencia de esta Sala la 131/2004, de 6 de febrero, por la que, según su interpretación, la referencia a «algún hecho» que se hace en el mismo incluye la posibilidad de proponer los que merecen la consideración de «otros» por su relación de cierta alteridad con los «unos», que son los que ya figuran en el auto de apertura del juicio oral y concluye que nuestra doctrina se refiere a que el margen de contraste abierto por el precepto es de notable amplitud.

3. Al margen de estas consideraciones, que más adelante comentaremos, la Sala afirma que las dos Providencias dictadas por el Magistrado Presidente, no parecen motivadas al rechazar de plano la petición de las acusaciones de inclusión de la madre como persona imputada y objeto de enjuiciamiento. Estima que se debió desarrollar la negativa de forma extensa y suficientemente motivada. Viene a mantener que se le ha negado un trámite y que, de alguna manera, se le ha producido indefensión.

4. En relación con la posibilidad de plantear como cuestión previa la ampliación del juicio a algún hecho no incluido en el auto de apertura por el Juez de Instrucción, la doctrina que se contiene en la sentencia de esta Sala, citada en la sentencia de Apelación, lo cierto es que en el caso el recurso contra el auto de apertura del Juzgado de Instrucción no encaja en el presente caso. El supuesto de la sentencia citada aborda una situación en la que la parte recurrente entendía que se debían incluir «datos fácticos» que permitiesen sustentar su acusación de asesinato. El recurso se estimó pero conviene señalar que no se ampliaron los hechos sino que se accedió a la calificación de asesinato con los hechos que ya había, lo que supone una ampliación del espectro jurídico a efectos acusatorios que no vinculan en modo alguno al veredicto sobre los hechos.

5. La sentencia citada insiste en que la expresión del legislador es amplia pero añade solo el Diccionario de la Lengua y no el legislador da una base gramatical para adoptar una decisión tan gravosa como la imputación y acusación, cuando la ley no la contempla expresamente. El escrito de solicitud de apertura del juicio oral va acompañada de un escrito de calificación que al tener el mismo contenido que el del procedimiento ordinario, permite dirigir la acusación contra aquellas personas que la parte estime que deben ser objeto de imputación y enjuiciamiento (artículo 29 de la Ley del Tribunal del Jurado).

6. Ahora bien, el sistema legal establece, como cuestión novedosa, que alguien ajeno al Juez formule un imputación, pero ello no elimina el control judicial sobre la razonabilidad y procedencia de tan gravosa medida debiendo valorar si existen bases para someterla a juicio.

Por otro lado, queda claro que no puede aprovecharse la audiencia preliminar para reiterar peticiones ya diligenciadas y mucho menos se puede entender que en el trámite de cuestiones previas, se puede ir más allá de la inclusión de elementos fácticos que en el caso de denegación daría a lugar a su tra-

mitación por los cauces de los artículos de previo y especial pronunciamiento, por lo que contra la decisión que se adopte, según el artículo 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se dará recurso alguno. Es más, el artículo 678 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que así como en el procedimiento ordinario se pueden reproducir como medio de defensa las cuestiones que hubiesen sido denegadas, esta posibilidad se excluye expresamente en las causas competencia del Tribunal del Jurado, sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia.

7. Resulta indiscutible que la respuesta a la petición de la parte se tiene que hacer por auto motivado y que el artículo 846 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el recurso de apelación contra la resolución que decide las cuestiones previas, tanto hayan sido estimadas como desestimadas por el Magistrado Presidente.

8. No existe falta de motivación ya que el Magistrado-Presidente, con lógico criterio, y al comprobar las razones motivadas y extensas del sobreseimiento se remitía a lo

ya decidido por el Juez de Instrucción y la Sala de Apelación. En todo caso, su decisión de rechazar la petición de ampliación de la imputación a la madre debió ser apelada, ya que esta Sala, por STS 118/2000, de 4 de Febrero, tiene establecido taxativamente que la posibilidad de alegar en el recurso de apelación contra la sentencia del Jurado una cuestión previa, viene indeclinablemente condicionada por la previa apelación contra aquella primera resolución, lo que no concurre tampoco en el caso presente.

9. Si se mantuviese la tesis del Tribunal Superior de Justicia, habría que retroceder en el procedimiento, permitiéndole a la parte que ha sido incluida por el enjuiciamiento, la designación de Abogado y Procurador, realizar peticiones y calificar para, después, a su vez, iniciar de nuevo un trámite que ya está resuelto por lo que no se daría la posibilidad legal de anular la decisión y sustituirla por otra, lo cual es repetitivo y va contra el principio de conservación de los actos procesales.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 68/2008, AP BARCELONA, Sec. 21.^a, de 2 de enero de 2009

DELITO ECOLÓGICO: CONTAMINACIÓN ACÚSTICA. APRECIACIÓN POR FALTA DE LICENCIA DE ACTIVIDAD Y DESOBEDIENCIA A LA ORDEN DE CESAR EN LA ACTIVIDAD

Arts. 325; 326.a) y b) del Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Monserrat Birules Bertrán**

SÍNTESIS

Rechaza la sentencia que concurra en el delito el supuesto agravado del artículo 326.a) del Código Penal, por cuanto la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Por el contrario, sí que aprecia la circunstancia agravante del apartado b) del mismo artículo 326: hubo de presentarse al menos diez denuncias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El supuesto agravado del apartado a) ex art. 326 CP, exige una actividad clandestina por falta de la preceptiva licencia de actividad sin embargo conforme SSTs 17.05.03 y 26.01.05, «la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido ju-

rídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico».

En el supuesto que se examina no concurre tal agravante en la conducta de la acusada Sra Flor, por cuanto ésta ostentaba, por transmisión del anterior titular, una licencia para restauración mixta de categoría C-3 (bar-restaurante) y si bien es cierto que en la comunicación oficial de aceptación munici-

pal de la nueva titularidad por transmisión (f 203 de la causa) a la ahora acusada ya se le advertía que ello no amparaba modificaciones o ampliaciones de las condiciones a las que se hallaba sujeta la inicial licencia, no es menos cierto que el expediente administrativo 01-05 01273, iniciado por el Distrito Municipal de Ciutat Vella, a denuncia del perjudicado Sr. Vicente, aunque tramitado como asunto «activitat sense llicència» (f 209) en realidad en el acta de inspección practicada el 30.09.05 se expresa únicamente la necesidad de que se acondicionen las instalaciones a fin de que la inmisión sonora no supere los 70db, máximo permitido a los bares musicales, por ende tácitamente admitiéndole prima facie tal categoría, ello ratificado por informe de fecha 1.10.05 (fs 243 y 244) sin que nada conste en tal inspección e informe acerca de hallarse desarrollando en el bar-restaurant actividad no amparada por la correspondiente licencia autorizante; extremo que halló su reflejo en la orden /requerimiento emitida por la Gerencia del Distrito Municipal, en fecha 20.10.05, —obstante al f. 247 de la causa— en la que en absoluto se menciona falta de licencia, sino sólo la necesidad de que, ejerciendo de bar musical al amparo de licencia mixta de restaurante de la categoría C3, corrija las deficiencias detectadas en orden a garantizar el límite de incrementos sonoros conforme el Anexo III.I de la Ordenanza general del Medio Ambiente Urbano de Barcelona. Así se expresa literalmente «per tal d'ajustar-se al projecte presentat i a les condicions indicades en l'autorització llicència o comunicació».

En definitiva no se está en modo alguno indicando que sea la actividad desarrollada la que no se ajuste a las condiciones indicadas en la autorización, licencia o comunicación, sino el modo de desarrollarla, pues ésta incumple los límites de inmisión sonora establecidos en la normativa municipal aplicable. Por otra parte no se ha demostrado a lo largo de la causa y singularmente en el acto del juicio oral la existencia de una taxativa diferencia en cuanto al alcance y ámbito

de las respectivas licencias siendo que respecto del tema musical parece ser que se también en la del bar-restaurant resulta autorizado el uso de música pero que en cualquier caso incluso si se considera con una cierta permisividad o duda del alcance diferenciador de ambas licencias en tal materia musical que siendo el uso de instalaciones musicales propias del denominado de bar musical —que en cualquier caso exige nivel sonométrico máximo de 70db— deberá ajustarse a las previsiones de inmisión sonoras máximas establecidas en el Anexo III de la OGMAU de Barcelona. Tal duda en cuanto a la licencia impide dar por probada la concurrencia de la agravante interesada.

Tercero.—Concurre no obstante la restante agravante impetrada, ex art. 326 b) CP desobediencia, dado que, para obligar al cese de la actividad de contaminación acústica, hubo que efectuar un mínimo de diez denuncias con la correspondiente presencia de la Guardia urbana con práctica de mediciones sonométricas aprevención, cinco inspecciones formales, un requerimiento /orden administrativo de adecuación de las condiciones del bar musical a la normativa mediambiental municipal, y tres órdenes de clausura, con tres actos de precintado del local y las instalaciones, una no ejecutada por hallar el local cerrado pero notificada a la acusada quien mostrando su perfecto conocimiento de la misma la recurrió ante la jurisdicción contencioso administrativa, y a pesar de todo ello resultó que a fecha 5.05.06 aún se tuvo que dictar por la Gerencia de Distrito una cuarta orden de clausura y precinto del bar Pub Donegal ejecutada el 10.05.06, puesto que el mismo continuaba en funcionamiento al haberse roto, por segunda vez, el tercer precinto y la actividad se desarrollaba en las mismas condiciones de inmisión y contaminación acústica que se han declarado probadas desobedeciendo la acusada reiteradamente las órdenes administrativas, dictadas, notificadas y ejecutadas.

Sentencia 1/2009, AP MADRID, Sec. 16.^a, de 2 de enero de 2009

POSIBILIDAD DE REVISIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Arts. 621 del Código Penal y 790 de la LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco David Cubero Flores**

SÍNTESIS

Cuando existe soporte grabado del juicio los Magistrados de la Audiencia están en la misma posición que los Jueces que dictaron la sentencia de instancia para conocer la prueba personal que se practicó en juicio. La sentencia recoge el Acuerdo de la junta de magistrados de las secciones penales de la AP de Madrid de 26 de mayo de 2006 que admite esta posibilidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...).

(...) sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia, cuando el razonamiento probatorio alcanzado por el juzgador —a quo— bien vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, bien resulte absurda la conclusión allí alcanzada, o bien, sea irracional o incongruente el fallo con relación a los hechos allí declarados probados, o bien si se prefiere y según los casos, el fallo dictado fuese arbitrario, (STC 82/2001 y SSTs 434/2003, 530/2003, 614/2003, 401/2003, y, 12/2004, entre otras).

Asimismo, y desarrollando este último aspecto, debe citarse la STC 338/2005, de 20 de diciembre, (...)

Ahora bien, toda esta elaborada doctrina jurisprudencial que esta Sala y el resto de las que componen la Audiencia Provincial

de Madrid, ha venido aplicando con fidelidad en estos últimos años, desde la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, quiebra, o mejor dicho, recibe una nueva visión cuando el juicio oral celebrado en primera instancia ha sido grabado en soporte audiovisual (vídeo, Cd, o DVD), como es el caso que nos ocupa.

(...)

(...) la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de Mayo de 2006 (Acuerdo número 19), acordó por mayoría muy cualificada, la posibilidad de revisar la pertinencia de la solución absolutoria de una sentencia de primera instancia basada en prueba personal, si se contaba con grabación audiovisual del acto del juicio oral, en la medida en que el Tribunal revisor se encuentra en las mismas condiciones que el de enjuiciamiento en primera instancia. Dicho criterio es compartido por esta Sala.

Sentencia 19/2009, AP TARRAGONA, Sec. 2.^a, de 9 de enero de 2009

MENORES: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COLEGIO Y DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS

Arts. 1903 del Código Civil y 61.3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores

Ponente: Ilmo. Sr. D. Samantha Romero Adán

SÍNTESIS

Deniega la Audiencia la pretensión de la parte recurrente de que se declare que son civilmente responsables el centro de enseñanza y la compañía aseguradora: el menor —alumno del centro— no fue el autor del ilícito sino su víctima; el autor fue otro menor, ajeno al centro y las lesiones se produjeron cuando el perjudicado se encontraba fuera del colegio, con el consentimiento de sus padres.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Procede analizar, en primer lugar, el motivo de impugnación relativo a determinar si procede la condena del centro docente y de la mercantil aseguradora como pretenden los apelantes.

Es cierto que la jurisprudencia tiene declarado que cuando los hechos ilícitos cometidos por menores de edad suceden durante el período de tiempo en que se encuentran bajo el control y vigilancia del profesorado del centro se ha de apreciar que hay una omisión de las funciones de vigilancia traspasadas a los profesores, ya que los padres no pueden ejercer tales deberes sobre sus hijos (TSSn. 15-12-1994, 10-12-1996 [RJ 1996\ 8975], entre otras).

En el presente supuesto, nos hallamos, por un lado, ante el hecho que, el menor, alumno del centro no llevó a cabo ninguna actuación ilícita, sino que, fue la víctima del

proceder ilícito de otro menor que, en la fecha en la que se producen los hechos, ninguna vinculación mantenía con el referido centro escolar. Asimismo debe señalarse que, la víctima, alumno del centro, según consta en el certificado emitido, ratificado por el legal representante del centro escolar, salía del centro todos los días durante el recreo, siendo conocido y consentido este extremo por sus padres, consentimiento, inicialmente oral y, posteriormente autorizado por escrito, no constando acreditado, más allá de lo manifestado por el padre del menor, que éste firmara la autorización de salida del centro presionado por el mismo. Así las cosas no puede considerarse que al tiempo en que sucedieron los hechos el citado menor se encontrase bajo el control y vigilancia del profesorado del centro, ya que el mismo no se encontraba bajo su guarda y vigilancia.

Por lo expuesto ni en base a lo establecido en el art. 1903 del C. Civil (LEG 1889\ 27), ni a lo dispuesto en el art. 61.3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores (RCL 1996\ 145) procede estimar la solicitud de condena al Colegio Mare de Déu

del Carme, siquiera sea en forma solidaria y por ende procede la absolución de dicho centro educativo y de la mercantil Catalana Occidente, S.A., pronunciamiento que realizó la sentencia de instancia y que debe ser confirmado.

Sentencia 12/2009, AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, de 13 de enero de 2009

DELITO FISCAL: FACTURAS FALSAS DE IVA. CARGA DE LA PRUEBA

Arts. 390.1 y 392 del Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Lorenzo del Río Fernández**

SÍNTESIS

El juez exculpó al acusado de emitir facturas falsas a los efectos del IVA en base a dos argumentos: que los trabajos facturados pudieron ser realmente realizados y que el reconocimiento que determinados receptores de dichas facturas hicieron de su irregularidad, mediante la firma de actas de conformidad, no tiene relevancia alguna. Ahora bien —dice la sentencia— como de forma correcta insisten las acusaciones y sin que esto suponga una inversión de la carga de la prueba, una vez aportadas pruebas de cargo y potencialmente reveladoras de la criminalidad, la defensa debería demostrar de forma fehaciente la efectiva realización de los trabajos facturados y aflorar elementos suficientes en su descargo, en vez de, simplemente, negar los hechos de fraude en base a economía sumergida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

No se aceptan en esta alzada los hechos declarados probados en la primera instancia, que se sustituyen por los siguientes:

El acusado Ángel Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dio de alta como sujeto tributario para los años 2002 y 2003, en epígrafes de las actividades de albañilería y pequeños trabajos de la construcción -501.3-, así como comercio menor de

muebles y máquinas de oficina -569.2-, que le permitían acogerse al régimen tributario de estimación objetiva de rendimientos netos a efectos del IRPF y, en consecuencia, al régimen simplificado del IVA. Al haberse acogido a dicho régimen quedaba exento de presentar facturas, así como del modelo referido a la declaración anual de operaciones con terceros, el 347.

Amparándose en las facilidades que esta situación le ofrecía, libró a terceros, con la

anuencia de estos, facturas sobre trabajos pretendidamente realizados por él que nada tenían que ver con las actividades declaradas a efectos tributarios, respecto de las que percibía el IVA, que no reintegraba a la Hacienda Pública, al tiempo que los pretendidos clientes justificaban el abono de cantidades muy elevadas por trabajos que no habían sido realizados y que, a su vez, desgravaban en sus respectivas declaraciones.

Practicada inspección por los pertinentes servicios de la Agencia Tributaria, pudo determinarse que el acusado, al menos, durante el año 2002 emitió a diversas entidades facturas por un importe total de 350.057,38 euros imputados y 476.463,89 aportados, y durante el año 2003 otras tantas firmas por un total de 226.805,24 euros imputados y 216.829,24 aportados, sin que conste en modo alguno que fueron realizados los trabajos facturados en el sector de la construcción, exteriorizados en las páginas 29 y 30 del informe de la Hacienda Pública, que se dan ahora por reproducidas como parte integrante de este relato.

El acusado no tenía medios personales, técnicos y materiales en los ejercicios objeto de comprobación, en concreto carecía de infraestructura para realizar obras del sector de la construcción que factura, tampoco disponía de local destinado o relacionado razonablemente con las actividades declaradas de construcción. Asimismo, el acusado tampoco ha aportado al procedimiento factura alguna de pagos de materiales, herramientas, medios, etc.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Tanto el Abogado del Estado, en la representación y defensa que ostenta de la AEAT, como el Ministerio Fiscal formulan recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, básicamente por motivos similares: hay en un claro fraude fiscal mediante la emisión de facturas falsas, que no obedecen a realidad alguna ni a la efectiva prestación de servicios ni entrega de bienes,

por lo que la sentencia recurrida infringe el artículo 392 en relación con el 390.1 del Código Penal, al no haberse estimado en la primera instancia la existencia de delito continuado de falsedad en documento mercantil, a pesar de la coherencia y potencialidad de la prueba de cargo y la derivada inconsistencia de la prueba de descargo de la defensa, que se ha limitado a insistir en la realidad de las obras o servicios que reflejan las facturas cuestionadas, aunque reconoce al mismo tiempo que han sido pagadas de forma irregular y con dinero negro.

El juez *a quo* exculpa al acusado en base a dos argumentos: que los trabajos facturados pudieron ser realmente realizados y que el reconocimiento que determinados receptores de dichas facturas hicieron de su irregularidad, mediante la firma de actas de conformidad, no tiene relevancia alguna.

Las partes recurrentes entienden, por el contrario, que los trabajos facturados en el sector de la construcción, exteriorizados en las páginas 29 y 30 del informe de la Hacienda Pública, no fueron nunca realizados. Así, insisten en la falta de verosimilitud de la única prueba de descargo utilizada por la defensa, declaración tildada de mendaz, que pretende ampararse y excluir su posible responsabilidad penal en una supuesta economía sumergida, cuando el acusado dijo en el juicio que era un intermediario que subcontrataba las obras bajo economía sumergida; es decir, que factura así y no puede probar los trabajos facturados, porque se contrataban con el llamado dinero «b», dinero negro, actuando de mero intermediario.

Ahora bien, como de forma correcta insisten las acusaciones, sin que esto suponga una inversión de la carga de la prueba, una vez aportadas pruebas de cargo y potencialmente reveladoras de criminalidad, la defensa debería demostrar de forma fehaciente la efectiva realización de los trabajos facturados y aflorar elementos suficientes en su descargo, en vez de, simplemente, negar los hechos de fraude en base a economía sumergida.

Segundo.—Como se acaba de decir, las acusaciones se basan fundamentalmente en dos pruebas: el informe de la inspección de Hacienda y la documental consistente en actas de conformidad en las que varias empresas reconocen que las facturas que declararon y a las que se refiere esta causa no obedecían a la realidad.

Es necesario, en primer lugar, referirse a la deducción valorativa sobre tal prueba documental. Pues bien, en cuanto al informe de la Inspección de Hacienda, ratificado en la vista oral por el subinspector que lo elabora, se pretende deducir que las facturas en cuestión son falsas porque el acusado no podía justificar compra de materiales para realizar las obras, ni contratación de trabajadores, ni tenencia o alquiler de medios materiales o técnicos para realizarlas, añadiendo a continuación que este es un tipo de fraude frecuente en los empresarios que tributan por módulos.

Frente a tal deducción, el acusado reconoce la elaboración de las facturas en cuestión, pero afirma que las mismas obedecen a trabajos reales, si bien no podía justificar ante Hacienda compras de materiales, sala-

rios, pagos o medios, porque «el trabajo que realizaba consistía en una mera intermediación, de modo que recibía un encargo de una obra, lo presupuestaba y para ejecutarlo subcontrataba con cuadrillas de albañiles o de otro personal de la construcción que las ejecutaban, procuraban los medios (que dado el tipo de obras tampoco debían ser demasiados) y ponían el material, y que tales cuadrillas se contrataban en régimen de economía sumergida pagándose su trabajo por el acusado sin facturarlos y consistiendo el beneficio del mismo en una parte del dinero que abonaba el dueño de la obra y que restaba una vez pagados los que realmente ejecutaban la obra».

Esta Sala debe posicionarse sobre la deducción más lógica y razonable a la vista de la documental aportada, singularmente a la vista de la singularidad de que el acusado carece de infraestructura para realizar las obras del sector de la construcción que factura, no aporta facturas de pagos de materiales, herramientas, medios, etc., máxime cuando estamos hablando de facturas superiores a 500.000 euros, cifra llamativa sin duda, para exigir algo más de rigor defensivo y no simple evasiva.

Sentencia 27/2009, AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, de 19 de enero de 2009

DELITO URBANÍSTICO: PENDENCIA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SUJETO ACTIVO, INTERVENCIÓN MÍNIMA

Art. 319.1 y 2 del Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Inocencia Eugenia Cabello Díaz**

SÍNTESIS

El juez de instrucción acordó el sobreseimiento de las diligencias por tres motivos: 1.º ser cuestionable la legalidad de la construcción, toda vez que el proceso contencioso-administrativo pendiente podría legalizarla; 2.º

existir una línea de interpretación en diversas audiencias que apoya que este delito es de los denominados «de propia mano»; y 3.ª el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Los argumentos que llevan al Juez de Instrucción a acordar el sobreseimiento provisional de la causa, a tenor de lo expuesto en el auto resolutorio del recurso de reforma interpuesto con carácter principal al de apelación, son los siguientes: 1.º) que no puede afirmarse de modo pleno que las obras objeto de investigación consistiesen en una construcción no autorizada en suelo de reconocido valor paisajístico o ecológico de especial protección, toda vez que es el fondo de la cuestión debatida en el recurso contencioso administrativo, del que podría derivar una legalización de las obras denunciadas; 2.º) que existen Audiencias Provinciales que entienden que los delitos contemplados en el artículo 319 del Código Penal pertenecen a la categoría de las infracciones penales de propia mano, de forma tal que la aplicación del precepto requiere que el sujeto activo ostente alguna de las cualidades profesionales reseñadas en la norma y que el legislador no quiso incluir a los particulares como sujetos activos de este delito; y, 3.º) el principio de intervención mínima.

Tales razonamientos no justifican, a criterio de esta Sala, el sobreseimiento provisional de las actuaciones y el archivo de la causa acordado en la resolución impugnada. Y, ello se estima que es así por lo siguiente:

En primer lugar, con independencia de que no se han incorporado a las actuaciones copia o testimonio de los dos recursos contencioso-administrativos a los que se refiere el apelado al objeto de que consten las pretensiones ejercitadas en los mismos, lo que determina la concurrencia de dos de los elementos del tipo del delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319, apartados 1.º y 2.º, del Código

Penal, es la calificación urbanística del suelo en el que se lleve a efecto la construcción o edificación (esto es, suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, en el caso del apartado 1.º, o suelo no urbanizable, en el caso del apartado 2.º) y que se trate de una construcción no autorizada (en el supuesto del apartado 1.º) o de una edificación no autorizable (en el supuesto del apartado 2.º).

Pues bien, para apreciar la posible concurrencia de tales elementos resulta imprescindible la práctica de las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de denuncia, bajo los epígrafes n.º 4 y 5, consistentes en recabar de la Oficina del Ayuntamiento certificación acreditativa de la consideración del suelo objeto del procedimiento, conforme al Planeamiento vigente entre los años 2001 y 2005 y en solicitar de la Oficina del Plan Insular de Ordenación (PIO) del Cabildo Insular de Gran Canaria certificación acreditativa de la consideración de dicho suelo conforme al PIO vigente; habiendo resultado negativa la primera de dichas diligencias, al haber informado el Ayuntamiento de la Villa de Santa Brígida que el barrio de Siete Puertas se encuentra en la localidad de Las Palmas de Gran Canaria (folio 395), sin que, por otra parte, conste la recepción de la certificación interesada de la Oficina del Plan Insular de Ordenación del Cabildo de Gran Canaria.

En segundo lugar, porque si bien es cierto que distintas Audiencias Provinciales, al analizar las cualidades necesarias para ser sujeto activo de los tipos penales descritos en el artículo 319 del Código Penal, se han pro-

nunciado en los términos expuestos por el Juez *a quo*, sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo ha hecho en los términos indicados por el Ministerio Fiscal en su recurso. En efecto, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 557/2007, de 5 de diciembre esta cuestión ya ha sido resuelta por la Jurisprudencia en sentencias como la de 26 de junio de 2001 en la que la Sala 2.ª mantiene «ya el artículo 264 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado posteriormente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 13/4/98, se refería como personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, acreedoras de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, al promotor, empresario de las obras y técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones». También cabe citar otras normas extrapenales como son los artículos 1588 y siguientes C.C. incluidos dentro de la regulación del arrendamiento de obras y servicios, obras por ajuste o precio alzado, refiriéndose a los contratistas, arquitectos, dueño de la obra o propietarios, sin fijar tampoco las condiciones profesionales de los mismos. Ha sido posteriormente, como aduce el Ministerio Fiscal en su informe, cuando la Ley de Ordenación de la Edificación de 5/11/99 dedica su Capítulo III, bajo el título de «Agentes de la edificación», a fijar el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndoles globalmente en el artículo octavo como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona, física o

jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor, que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilita para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la Ley referida no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina expuesta, no se excluye la aplicación del artículo 319 del Código Penal en los supuestos de autoconstrucción, como sucede en el caso de autos, en el que, el imputado puede ser considerado bien, como promotor de la edificación, bien como constructor, dado que reconoce que ejecutaba materialmente la obra, a ratos.

Y, por último, porque el principio de intervención mínima es un postulado de política criminal dirigido al legislador, que debe tenerlo en cuenta a la hora de decidir que conductas, por su mayor o especial reproche social, merecen ser consideradas como punibles, pero no a los órganos judiciales, que tan solo pueden utilizar dicho principio como criterio interpretativo u orientativo a la hora de aplicar la norma penal.

Sentencia 3004/2009, AP CANTABRIA, Sec. 1.^a, de 26 de enero de 2009

CORRUPCIÓN DE MENORES: INTERCAMBIO DE ARCHIVOS PORNOGRÁFICOS

Arts. 189.1.b) y 189.3.a) del Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Saguillo Tejerina

SÍNTESIS

Condena la Audiencia, como autor de un delito de corrupción de menores, a quien se descargó de internet archivos pornográficos con imágenes de niños, permitiendo que dichos archivos fueran compartidos con otros usuarios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—Sobre las 13,30 horas del día 6 de septiembre de 2006 y sobre las 11,42 horas del día 11 de septiembre siguiente, Luis Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos y utilizando el ordenador personal instalado en su domicilio, sito en la [...] n.º NUM001, NUM002 de Basauri (Vizcaya), a través de la red de intercambios de ficheros («Peer to peer») «E-donkey» y utilizando el programa de descarga de archivos «Emule», descargó —con lo que compartió con otros usuarios— de la red Internet el archivo «100 greatest metal albums.pantera.megadeth.metalica.morbid angel.deicide», que contenía imágenes pornográficas de menores de edad, varios de ellos notoriamente inferior a los trece años realizando prácticas sexuales con otros menores o con personas mayores de edad. Ello lo hizo con conocimiento de la posible utilización por terceros de tales archivos mientras efectuaba su descarga.

El día 6 de marzo de 2007 el ordenador personal del citado contenía en sus discos duros para satisfacción de sus deseos libidinosos 2.104 archivos con imágenes de sexo con y entre menores de edad, varios de ellos bebés y otros de edad notoriamente inferior a trece años, archivos previamente descargados de la red utilizando los programas «Emule» y «Ares», compartiendo los archivos con otros usuarios de la red y que descargó y acopió con conocimiento de la posible utilización por terceros de tales archivos mientras efectuaba su descarga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Desde el punto de vista de los hechos, se ha discutido la acreditación de que compartió o pudo compartir los archivos con terceras personas también usuarias del mismo programa, lo que resulta de la propia dinámica de los programas informáticos precitados que necesariamente se están compartiendo con terceros mientras se están descargando, siendo ésta una característica de los programas utilizados.

Y también respecto al ánimo del imputado o el conocimiento concreto de que existía la posibilidad citada —la descarga por terceros de tales archivos mediante la utilización de las descargas que él estaba haciendo—. Este tribunal no ha considerado acreditado que existiese un dolo directo o de primer grado de compartir dichos archivos —tal como consideraba el escrito de acusación al referirse al propósito de satisfacer no sólo los deseos libidinosos propios sino también los de terceros— pues no cabe dar por probado sino que el acusado tenía los 2.104 archivos que le fueron hallados en su ordenador en una carpeta que no permitía ser compartidos con terceras personas por lo que la finalidad de la descarga que consta indubitadamente acreditada es la de la visualización por el propio imputado. Ahora bien, él conocía y aceptaba —ya se entienda como dolo de segundo grado o como dolo eventual— que con su acción estaba permitiendo la descarga de tales archivos a terceras personas que se conectarán a las que él efectuaba. Y ello porque, frente a lo alegado por la defensa del acusado, no cabe presumir en quien utiliza un programa de ordenador, e incluso dos programas con un mismo objetivo de descarga de archivos, el desconocimiento del funcionamiento del mismo, más bien todo lo contrario, más aún cuando consta una utilización frecuente de tales programas, tal como se deriva de las descargas efectuadas en fechas 6 y 11 de septiembre, del gran número de archivos que poseía descargados por el mismo método y de que incluso cuando se produjo la entrada y registro en su domicilio se encontraba funcionando uno de tales programas de descarga tal como se desprende de la información policial en relación con dicha diligencia. De su declaración en fase de instrucción, pese a su evidente ánimo exculpatório, deriva que algún conocimiento tenía puesto que afirma que había cambiado de «Emule» a «Ares» para evitar compartir archivos, lo que, sin

perjuicio de no poder afirmarse su certeza pues el «Emule» continuaba en su ordenador ni su correspondencia con la realidad, pone de manifiesto que el imputado utilizaba tales programas aun en el caso de que estuviese compartiendo los archivos con terceros, es decir que era consciente de que terceros podían hacer uso de los archivos que él descargaba y que, pese a ello, efectuaba tales descargas. Y es que, como explican las dos periciales aportadas a las actuaciones, tanto la policial como la de la defensa, el objetivo de tales programas es descargar de internet archivos accesibles desde los ordenadores que en ese momento estén conectados a dicho programa. Y ello por cuanto es evidente que quien se descarga archivos sabe que lo hace porque otro los está compartiendo y, a su vez, porque con ello él a su vez los comparte. Ese es el objetivo principal del programa, está aparejado al funcionamiento del mismo y, como dice la STS de 12 de noviembre de 2008, «quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso Emule, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas». Por último a la vista de la pantalla del ordenador durante el funcionamiento del programa, hay un icono con el nombre de «compartidos» que se destaca cuando se pasa a descargar el archivo y que, como se dice al f. 605, muestra que el archivo que se pone en la lista de descargas automáticamente pasa a ser compartido y, aunque el usuario no lo puede evitar, resulta que el programa se lo indica. En ese sentido, desde el punto de vista jurídico, no se considera adecuado el término «involuntario» que utiliza el perito Sr. Epifanio para describir que los archivos se compartan mientras son descargados puesto que, cuando una persona realiza con pleno conocimiento una acción y acepta sus consecuencias, debe entenderse que ejecuta un acto voluntario —entendido como doloso—.

Sentencia 38/2009, AP MADRID, Sec. 15.^a, de 3 de febrero de 2009

TOP MANTA: «PERJUICIO DE TERCERO»

Art. 270.1 del Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro«»

SÍNTESIS

La juez de instancia hace especial hincapié en que es necesario que con la venta se perjudique a terceros de forma efectiva y real. Pero, para la Sala, se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, que se consuma con la mera realización de la conducta típica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Segundo.—Los hechos que han sido declarados probados en esta segunda instancia integran el delito contra la propiedad intelectual previsto en el art. 270.1 del C. Penal, pues el acusado, tal como se ha expuesto, estaba ofreciendo en venta los 111 CD's que fueron intervenidos por los agentes policiales. Concorre, pues, el elemento objetivo del tipo penal, ya que el acusado estaba «distribuyendo» los CD's a las personas que transitaban por la vía pública.

Según el art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la distribución consiste la «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». Y ello es lo que estaba realmente haciendo el acusado, una «puesta a disposición» del público mediante actos de oferta en venta, pero en este caso de copias ilícitas. La oferta pública en venta de los CD's integra el tipo penal al dar a los transeúntes la posibilidad de acceder a las copias ilícitas de los discos originales.

De otra parte, y en lo que respecta al elemento subjetivo del tipo penal, conviene advertir que para apreciar el dolo es suficiente con conocer y querer distribuir los CD's que fueron intervenidos. En el caso enjuiciado no se aprecian unas circunstancias singulares que permitan inferir que el acusado actuaba sin conocimiento y voluntad de estar distribuyendo unos CD's que no eran auténticos y tampoco ignoraba la falta de autorización de los titulares para la venta.

La juez de instancia hace especial hincapié en el tema del perjuicio, al considerarlo uno de los elementos del tipo penal previsto en el art. 270 del texto punitivo, incidiendo en que es necesario que con la venta se perjudique a terceros de forma efectiva y real. La Sala discrepa en lo que respecta a tales afirmaciones, puesto que no se ajustan a la auténtica naturaleza del tipo penal aplicado.

En efecto, según tiene declarado la doctrina mayoritaria, estamos ante un delito de mera actividad o de resultado cortado que se consuma con la mera realización de la conducta tipificada, sin que se precise la materialización del lucro o la realización de un perjuicio separado de la acción, resultados

que se integrarían en el agotamiento del delito. Cuando la ley acoge la expresión «en perjuicio de tercero» y no la de «con perjuicio de tercero» está afirmando, como sucede en otros supuestos del Código Penal (art. 257.1.1º, delito de alzamiento de bienes), que el autor del delito realiza una conducta tendencialmente encaminada a perjudicar al titular del derecho de la propiedad intelectual o al cesionario que ha adquirido tal derecho. No se precisa por tanto que la conducta llegue a ocasionar un perjuicio efectivo al titular de los derechos de propiedad intelectual.

En el caso de exigir que el autor de la acción causara un perjuicio económico real al titular del derecho de propiedad intelectual, incurriríamos en la contradicción de exigir para la distribución de los discos un requisito objetivo tangible que no se da en otros actos nucleares descrito en el tipo penal del art. 270. En concreto, en la reproducción, el almacenamiento o la importación, conductas que sin duda sólo generan un peligro para el bien jurídico y que se ubican en una fase del delinquir delictivo claramente

anterior a la distribución. No parece, pues, razonable ni coherente que, imponiéndole el legislador a todas esas conductas una misma pena que la asignada a los actos de distribución, se exigiera a mayores para éstos, a pesar de hallarse más próximos al perjuicio para las víctimas, una distribución real y efectiva que causara un perjuicio económico a los titulares del bien jurídico que tutela la norma penal.

Por consiguiente, la locución prepositiva «en perjuicio de tercero» ha de ser entendida desde una perspectiva subjetiva como el actuar con el ánimo o el fin de perjudicar a terceros. Y en el caso de que estimáramos que la expresión ha de vincularse con la parte objetiva del tipo penal, ha de ser interpretada como la idoneidad o aptitud de la conducta para perjudicar a un tercero, pero sin exigir para aplicar el tipo penal que llegue realmente a perjudicarlo, pues ello convertiría lo que es un tipo penal de mera actividad en otro de resultado material o tangible. El tipo debe, pues, ser interpretado en clave de riesgo para el bien jurídico, descartándose la exigencia de un resultado lesivo.

Sentencia 9/2009, AP BALEARES, Sec. 1.ª, de 4 de febrero de 2009

RECUSACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA QUE INTERVIENEN EN LA FASE INSTRUCTORA

Arts. 368 y 369.6 Código Penal; 219.10 LOPJ; 24 CE

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Mónica de la Serna de Pedro**

SÍNTESIS

La defensa de uno de los acusados planteó como cuestión previa la recusación de la Sala por cuanto las Magistradas que la integraban habían resuelto, durante la instrucción de la causa, recurso de apelación sobre la situación personal de dicho acusado. La Audiencia recuerda a este respecto que deben distinguirse los actos de instrucción propiamente dichos de la resolución de recursos interpuestos contra dichos actos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por razones de método, corresponde analizar en primer término la cuestión previa planteada por la defensa de Juan Miguel, relativa a la recusación de la Sala invocando el artículo 219.10 de la LOJP por considerar que las Ilmas. Sras Magistrados que componían la Sala, carecían de imparcialidad para el enjuiciamiento de los hechos, produciéndose la infracción del derecho constitucional a un juez imparcial proclamado en el art. 24 de la CE, toda vez que las mismas habían resuelto, a lo largo de la instrucción de la causa, recursos de apelación sobre la situación personal de su patrocinado.

Así citó los Autos dictados en fecha 26 de septiembre de 2007 por la Ilma Sra. Magistrado Dña. Margarita Beltrán Mairata, el de 30 de octubre de 2007 por la Ilma Sra. Magistrado Dña. Cristina Díaz Sastre y de 23 de mayo de 2008 dictado por la Ilma Sra. Sra. Magistrado Dña. Mónica de la Serna de Pedro.

En este sentido, debemos traer a colación que el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución Española, comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo (STC 145/1988, de 12 de julio y SSTS Sala 2.^a de 16 de octubre de 1998, núm. 1186/1998 y 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, y por todas ellas SSTS Sala 2.^a de 17 de diciembre de 2008), el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el «proceso debido» o «juicio justo», (SSTS de 31 de enero y 10 de julio de 1995, y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

La Sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional inició la relación de la imparcialidad del juzgador con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un Juez imparcial, «que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho».

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte-Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carbalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (de 28 de octubre de 1998), y «Garrido Guerrero» (de 2 de marzo del 2000), entre otras.

El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad.

Esta garantía de imparcialidad no está únicamente concebida en favor de las partes procesales, sino fundamentalmente en favor del interés público por lo que también han

de tomarse en cuenta los supuestos en que pueda existir una «sospecha razonable de parcialidad». Para alcanzar dichas garantías de imparcialidad (imparcialidad real del Juez —subjetiva y objetiva— e inexistencia de motivos que puedan generar en el justiciable desconfianza sobre tal imparcialidad), se establece legalmente un elenco de causas de abstención o recusación (arts. 219 de la LOPJ y 54 de la LECrim.) que incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal, por lo que ha de colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la LOPJ, precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la LECrim, y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores ampliadoras de las causas inicialmente contempladas (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, causa 10 y Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, causa 12). Estas causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aún cuando subjetivamente el Juez estuvie-

se plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el legislador la «objetiva», estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación (STS de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla.

Ahora bien, la aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario, que es el de los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Por ello no se puede extender esta causa de recusación a los Tribunales a los que la Ley les encomienda funciones diferentes de la instrucción pero relacionadas con ella, por ejemplo la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del juez instructor, bien sobre la práctica de diligencias, bien sobre las resoluciones de ordenación o conclusión del proceso dictadas en el curso de la instrucción, bien sobre el procesamiento o bien sobre la libertad de los imputados.

La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional viene precisando el alcance que debe darse al término «instructor», y a la expresión «actividades instructoras», para que éstas tengan la relevancia suficiente que determine la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible en un juicio con todas las garantías.

Con carácter general la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que ha-

yan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor (Sentencia de 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, entre las más recientes).

Asimismo el Tribunal Constitucional, en sentencias como las 85/1992, 136/1992 ó 142/1997, entre otras ya anteriormente reseñadas, estima que no existe confusión entre funciones instructoras y decisoras cuando la Audiencia conoce en apelación de un auto dictado por un juez de instrucción pues la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra un auto de procesamiento sólo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad en el procesado realizada cautelarmente por el instructor, sin que deba ser considerada una actividad instructora que contamine la imparcialidad objetiva del Tribunal. Como regla general el Tribunal Constitucional insiste en la idea de que la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del jugador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral.

De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos: 1.^º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como

regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2.^º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y sentencia de 8 de noviembre de 1993), o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (Sentencias núm. 569/1999, de 7 de abril, 15 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2000, núm. 1393/2000, 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, y 2 de enero de 2000, núm. 1494/1999, entre otras) (véase STS n.º 1191/2000, de 27 de febrero de 2001).

Auto 79/2009, AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, de 10 de febrero de 2009

DELITOS SOCIETARIOS: DERECHO DE INFORMACIÓN; INTERPRETACIÓN RESTRINGIDA

Arts. 293 y 295 Código Penal; 212 Ley de Sociedades Anónimas

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Aurora de Diego González

SÍNTESIS

Es necesario, expresa la sentencia, restringir los supuestos que justifican la intervención penal en estos casos, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en los que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La STS de 26 de noviembre de 2002 declaraba que esta figura delictiva, introducida en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, es cierto que criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la Legislación mercantil (artículos 112, 212 TRSA), además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante.

Se ha afirmado que falta un plus de anti-juricidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro. Precisamente por ello decíamos en la STS núm. 654/02, de 17/2004, a propósito del artículo 291 del CP, que también constituye una criminalización de determinadas conductas societarias, que ello equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 del CC). Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, con

abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la Ley Penal.

También la STS de 9 de mayo de 2003 aborda el análisis del art. 293 del CP y, entre otras cosas, declara que, en relación a las críticas doctrinales que critican el precepto por estimar que los derechos de los accionistas —que constituyen el bien jurídico protegido— ya se encuentran tutelados por la legislación mercantil y no precisan el amparo penal. Estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal.

Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impositivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil.

Esta restricción no puede realizarse exigiendo requisitos típicos ajenos al precepto, como el perjuicio patrimonial, pues cuando el Legislador ha pretendido diseñar en el ámbito de los delitos societarios un tipo de resultado patrimonial lesivo así lo ha dispuesto expresamente, por ejemplo en el art. 295 en el que se exige como resultado típico que «se cause directamente un perjuicio económico evaluable a los socios...». Tampoco cabe configurar el tipo como delito de peligro hipotético, exigiendo la constatación en cada caso de la idoneidad lesiva, para el patrimonio del socio afectado, de la conducta impositiva de sus derechos objeto

de denuncia. Y ello porque el Legislador, cuando ha pretendido en este mismo capítulo diseñar tipos de peligro hipotético para el patrimonio así lo ha establecido expresamente, por ejemplo en el art. 290 que exige que la conducta delictiva se realice «de forma idónea para causar un perjuicio económico» a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero.

La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo («sin causa legal»). En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados.

Tercero.—En el supuesto enjuiciado, tal como estimó la resolución impugnada, no se aprecia alcance penal en los hechos objeto de este proceso desde el prisma jurídico del delito societario del art. 293 del CP. Por una parte, es preciso tener en consideración que el derecho de información se tutela legalmente con relación a los asuntos del orden del día establecidos en la convocatoria a Junta. El examen del Acta de Requerimiento Notarial de 11 de mayo de 2007 —folios 38 y siguientes— evidencia que el orden del día contemplaba dos cuestiones:

1. El ejercicio de acción social de responsabilidad del art. 134 de la LSA contra los administradores sociales, con separación de los mismos y nombramiento de nuevos administradores, por la indemnización por despido improcedente abonada a D. Luis Miguel por importe de 756.971,36 euros.
2. Acción por incumplimiento de contrato en lo relativo al derecho de adquisición preferente de acciones.

En el requerimiento se solicitaba determinada documentación —folio 140—, recibiendo contestación el querellante en escrito fechado el 25 de junio de 2007 al que se

adjuntaba documentación, salvo en lo relativo a la relación de inmuebles propiedad de Nomazul SA y al informe de valoración patrimonial actual de las acciones por entender que no era exigible dicha información. A mayor abundamiento se le facilitaba la dirección de su asesor jurídico.

Es preciso valorar el contexto en el que se producen estos hechos, para entender su alcance concreto. La entidad Nomazul SA fue constituida en 1968 por tres socios, los respectivos padres de querellantes y querellados y un tercer socio. La transmisión de las acciones de la familia de este último a los querellados, situó al hoy apelante en posición de socio minoritario, produciéndose su separación de la gestión social con su despido del puesto de trabajo que desempeñaba desde diciembre de 1997 y su cese como administrador social. Junto a ello, el ejercicio 2006 se saldó con un resultado de pérdidas para la mercantil. En tal situación se plantea el recurrente la venta de sus acciones a personas ajenas a la mercantil por lo que precisa conocer el valor actual de sus acciones y el patrimonio inmobiliario de la mercantil.

Estimamos que el concreto derecho de información antes transcrito no se ha vulnerado penalmente en este caso pues carece de la necesaria vinculación con los asuntos previstos en el orden del día relativos al ejercicio de las dos acciones antes referidas. No era objeto del orden del día la venta de acciones, por lo que no se aprecia ilicitud penal en la actuación de los querellados que respondieron el requerimiento facilitando parte de la documentación pedida. Junto a ello, tal como se indica de adverso, el querellante como anterior administrador de la mercantil, conocía el patrimonio inmobiliario de la sociedad que tiene el oportuno reflejo en los Registros Público. Por lo que se refiere al hecho de que los estatutos sociales contemplaban que los auditores valorasen las acciones, diremos que el propio escrito de recurso menciona que en caso de venta de acciones o discrepancia de los socios.

En suma, no concurre en el supuesto analizado la actuación abusiva merecedora de reproche penal que castiga el art. 293 del CP, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación del auto apelado.

Sentencia 11/2009, AP BALEARES, Sec. 1.^a, de 11 de febrero de 2009

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS: IDENTIDAD DEL MÉDICO DE CABECERA DE UNA PERSONA

Arts. 197.2 y 5 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Izquierdo Téllez**

SÍNTESIS

El acusado, en su condición de médico y coordinador de un centro de salud, accedió en dos ocasiones, a través del programa informatizado de consulta clínica, al historial clínico de un paciente, también médico en el mismo centro y obtuvo así el dato allí registrado referente al nombre de su médico de cabecera.

La sentencia, entre otras muchas cuestiones, aborda el problema de cómo interpretar el «perjuicio» al que se refiere el tipo penal que cae en considera-

ción y la delimitación de cuáles son los datos reservados de carácter personal o familiar abarcados por la protección penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—A partir de la prueba practicada y acabada de analizar, la Sala no puede concluir si, además del dato referido a la identidad del médico de cabecera del Dr. Luis Manuel, el acusado conoció efectivamente datos relativos a la salud de éste, bien que estuvieran en lo que propiamente era la «historia clínica», bien que aparecieran en pantalla sin haberse introducido (o también) en el icono HC (pues ya hemos dicho que la prueba practicada sobre este punto acredita que en ocasiones había datos propios de la historia clínica que igualmente figuraban en la pantalla referida sin pinchar en el icono HC).

Ahora bien. Aun cuando, como decimos, la prueba del acceso a los datos de carácter personal del Dr. Luis Manuel llevado a cabo por el acusado en ambas ocasiones (la segunda, a través de la enfermera Gabriela) únicamente alcance a la identidad del médico de cabecera de quien no era su paciente debe verse, de un lado, que dicho dato de carácter personal está protegido por el tipo penal de referencia y de otro, que el acusado no estaba amparado en ninguna norma legal o reglamentaria que legitimase tal acceso.

Sobre lo primero, ha de decirse que el tipo penal se refiere a datos que, normalmente, se pretende que no trasciendan fuera de la esfera de privacidad, lo que no significa que sea un elemento de los datos protegidos la suposición de un propósito de ocultarlos, pues la privacidad no es sólo, como derecho fundamental, un derecho al ocultamiento de circunstancias personales, sino un derecho a la no divulgación ilegal de los datos, dado que configura una forma del derecho a la libre realización de la personalidad. A estos efectos, el artículo 1 de la LO

15/1999, de Protección de Datos, señala que la ley tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar; añadiendo en su artículo 2.1 que la referida ley será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de esos datos por los sectores público y privado.

En consecuencia, el dato referente a la identidad del médico de cabecera de cualquier persona es un dato de carácter personal digno de protección en el sentido del artículo 197.2 del CP pues, obvio es decirlo, no está a disposición de cualquier solicitante (por utilizar los términos en que se expresa la STS 725/2004, de 11 de junio de 2004; resolución que consideró como datos protegidos por el artículo 197.2 del CP el relativo al lugar de trabajo y el referido al domicilio de la empresa empleadora de varios trabajadores), sino sólo de quien está previamente autorizado para obtenerlo.

Sobre la segunda cuestión, enlazada con la primera, entendemos que la condición de coordinador médico del Centro de Salud, con las funciones que ello comporta, no permitía al acusado obrar del modo en que lo hizo.

A estos efectos, la Defensa ha rilado el artículo 4 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud, que al regular específicamente las funciones del Coordinador Médico (cuyo nombramiento recaerá sobre uno de los componentes del Equipo de Atención Primaria), menciona las de relación con los demás Servicios e Instituciones sanitarias y con la

población y las de armonizar los criterios organizativos del conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios, tengan éstos vinculación estatutaria o funcional por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local. Sin embargo, es claro que si de lo que se trataba (según la versión del propio acusado) era de buscar una solución al problema del «mal ambiente», ya en el Centro, ya en relación a eventuales quejas de los pacientes asignados al Dr. Luis Manuel, es claro que el precepto referido no amparaba ni la actuación realizada ni el propósito que el acusado afirma que le animó a llevarla a cabo; y ello porque, en el contexto de referencia, el Coordinador debió proceder de otro modo: poner la situación que se vivía en conocimiento de la Gerencia, ya para recibir las instrucciones precisas, ya para que ésta le diera solución.

También se ha referido al artículo 8 de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, y al artículo 16.5 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El primero de dichos preceptos, refiriéndose a los datos relativos a la salud, señala que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. El segundo establece que «el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria».

Sin embargo, la Sala estima que ninguno de ambos preceptos legitima o justifica los

accesos realizados por el acusado. El primer precepto tiene carácter general y únicamente se reitera a la posibilidad de proceder al tratamiento de los datos (de carácter personal relativos a la salud), pero en modo alguno concreta el modo de acceso, en cuanto al segundo, y aun entendiendo que al coordinador incumben las funciones de planificación, resultaría que los accesos a las historias clínicas habría de hacerse en cumplimiento de sus funciones de «comprobación de la calidad de la asistencia» (si es que el coordinador tiene tal función), «el respeto de los derechos del paciente» (lo que en absoluto sería el caso) o «cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración Sanitaria»; términos absolutamente genéricos y que, desde luego, no puede ser integrado con el propósito que el acusado dice que animaba su conducta, máxime si se tiene en cuenta que La ley establece unos requisitos y procedimientos a fin de garantizar que el acceso a la historia clínica de cualquier paciente se realice conforme a los principios que la inspiran y con pleno respeto a los derechos a la intimidad y a la confidencialidad que la misma reconoce.

También ha planteado la Defensa del acusado que la actuación de su patrocinado no estuvo presidida por el ánimo de perjudicar al Dr. Luis Manuel. A tal efecto ha aportado en el acto de la Vista diversa documental que viene a contradecir el propósito de perjuicio que se le atribuye (en concreto, entre otras, el informe favorable en la queja recibida de un paciente). También ha citado al respecto la SAP Barcelona, Sección Segunda, de 16 de marzo de 2006, en orden a argumentar que la sanción por vía penal del simple acceso «supone desorbitar el ámbito penal, que debe quedar, conforme a un conocido principio, limitado a los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos, dejando prácticamente sin contenido el control judicial de dichas conductas por vía civil» (la misma sentencia señala que resulta erróneo equiparar a nivel sancionatorio la conducta de quien simplemente accede a los da-

tos reservados con la de quien los diera o utiliza, pues es evidente que estas últimas acciones necesariamente presuponen un previo acceso a los mismos y la interpretación puramente gramatical del artículo 197.2 del CP lleva a una conclusión aún más absurda, pues el legislador estaría requiriendo para una conducta lógicamente más grave —al suponer una actuación plural— la concurrencia de un nuevo elemento de carácter subjetivo, cual es el de que la alteración o uso se haga «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero», no haciéndolo en el caso menos grave del mero acceso. Dicho de otro modo: el simple acceso a los datos no es punible, como no lo es tampoco la alteración o la utilización de éstos si no se realiza en perjuicio de tercero).

La Sala, sin embargo, no comparte esta tesis. La STS de 18 de febrero de 2009, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala que el artículo 197.2 del Código Penal suscita dos problemas de especial trascendencia. De una parte, qué sentido se ha de dar a la expresión «en perjuicio de»; de otra, concretar cuáles son los datos reservados de carácter personal o familiar abarcados por la protección penal. Sobre lo primero señala que el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción (es por ello

que concluye que nos hallamos ante un delito doloso, pero no de tendencia). Sobre el segundo, señala que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar pueden ser objeto del delito contra la libertad informática, precisamente porque el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre. Tal es la razón por la que ha de entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo (un perjuicio que puede afectar al titular de los datos o a un tercero). La propia sentencia, consciente de que no es fácil precisar, «a priori» y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio, señala que el mismo se produce «siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar» (en la misma línea expuesta, las SSTs 11 de julio de 2001; 2 de diciembre de 2004; 29 de septiembre de 2005 y 18 de noviembre de 2005).

Auto 72/2009, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 20 de febrero de 2009

INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN: «DESDE EL DÍA EN QUE SE HAYA COMETIDO LA INFRACCIÓN PUNIBLE» A LOS EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

Art. 132.1 del Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Beatriz Grande Pesquero**

SÍNTESIS

Aplica esta sentencia la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación que deba darse a la expresión «desde el día en que se

haya cometido la infracción punible» a los efectos de la prescripción. En el caso concreto que viene en consideración entiende la Sala que el delito de estafa se consumó con la firma del documento.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Alega el apelante sustancialmente, reproduciendo lo señalado en su recurso de reforma, que el auto que recurre, fija la fecha de inicio de la firma del contrato, la cual, a efectos de perjuicio patrimonial, entendido como perjuicio para la querellante, es irrelevante. Asegura, que la acción que se persigue, no es tanto la firma simulada en el contrato mercantil y estafa contra la entidad de crédito, como el hecho de que una vez llegado el juicio monitorio de 2004, se inicia el tangible perjuicio patrimonial a la Sra. Amparo, en fecha de despacho de la ejecución, a efectos de estafa y la omisión de identificar al firmante del contrato documento monitorio el 2004 en cuanto a la falsedad. Añade que la comisión del delito puede serlo por acción u omisión y que el período de prescripción se inicia de nuevo en cada acción u omisión perseguible por el perjudicado y aquí estamos delante no de un hecho aislado y concreto cometido por la firma simulada en el año 2000, sino de una concatenación de acciones y omisiones que no solo alcanzan la fecha de inicio del término prescriptivo sino el mismo perfeccionamiento de la comisión, por lo que la firma simulada se realiza en el año 2000 pero no se le causa perjuicio patrimonial a la Sra. Amparo hasta el año 2004 en que se deja de pagar y se inicia la ejecución en el año 2007 y en el año 2008 es cuando padece las consecuencias lesivas de las acciones y omisiones del querellado. Termina señalando, que para acreditar lo manifestado ha de llevarse a cabo actividad probatoria por lo que interesa la continuación de la instrucción.

Segundo.—La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005 señala: «... en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 157/1990, de 18 de octubre (FJ 2) —dictada a raíz del planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad relativas al artículo 114.2 del Código Penal de 1973— ya señalábamos que «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 fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal»; a lo que añadíamos que dicho instituto «en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica», si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss EDJ 1996/12128), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados...»

(...)

Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pue-

den satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora es también, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta...» señala asimismo esta sentencia que «... también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión...»

Aplicada la doctrina mencionada al supuesto de autos, no cabe sino ratificar el archivo dictado por el instructor. Efectivamente, la cuestión que se suscita, es la de la interpretación de la expresión «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» (art. 132.1), en el sentido de determinar si, a efectos de la prescripción, el «dies a quo» o fecha de inicio del cómputo, debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta, en este caso, cuando se firma el contrato mercantil el 14 de enero de 2000, y

se estampa una firma que no corresponde a la querellante produciéndose el desplazamiento patrimonial, o bien, como alega la apelante, en el momento en que según ella, se produce el perjuicio patrimonial, esto es, en el año 2004, fecha en la que se afirma, el querellado dejó de pagar su crédito y la empresa financiera interpuso una reclamación judicial contra la querellante, a quien, aservera, se le causa un perjuicio patrimonial con el despacho de ejecución en el año 2007 y en el 2008. Entiende que el período de prescripción del delito se inicia de nuevo en cada acción u omisión del perjudicado y aquí no estamos ante un hecho aislado sino ante una concatenación de acciones y omisiones que no solo alcanzan a la fecha de inicio del término de la prescripción, sino al mismo perfeccionamiento de la comisión.

Tal interpretación no puede acogerse por cuanto, el precepto es claro al respecto, dado que los términos de la prescripción se han de computar desde el día en que se ha cometido la infracción punible, esto es, en el presente caso, desde el día en que se firma el contrato simulando presuntamente la firma de la Sra. Amparo y la financiera entrega el crédito, no como pretende la recurrente, desde el día en que iniciado un procedimiento civil, al parecer en el año 2004 —al no aportarse ningún documento acreditativo de ello—, se le condena al pago de una cantidad causándosele por ello, según asegura, un perjuicio patrimonial. En tal fecha, efectivamente se pudo producir el perjuicio, pero la acción criminal tuvo lugar y se consumó con anterioridad. Es por ello que, dada la desvinculación entre prescripción civil y penal, la interrupción del plazo prescriptorio del delito se inicia desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, procedimiento que no es otro que el penal, no pudiendo aceptarse el argumento de que tal cómputo ha de comenzar con el ejercicio de la acción civil (STS 28-6-1988).

En el caso concreto que nos ocupa, el delito de estafa de que se trata, quedó consumado con la firma del documento, el 14 de enero de 2000, siendo en esa misma fecha

cuando, presuntamente, se produjo el desplazamiento patrimonial por medio del engaño, elementos ambos que constituyen la esencia de ese tipo delictivo, y no cuando al engañado y estafado le fue reclamado el importe del crédito (año 2004) en que se ejercitaron las acciones civiles, fecha en todo caso, en la que pudo interponer su denuncia y no el 6 de marzo 2008. Al interponer la denuncia en esta fecha, es claro que transcurrió con creces el plazo de los tres años requeridos desde que ocurrieron los hechos denunciados (ambos delitos viene castigados con pena no superior a los tres años que según el artículo 131 prescriben a los 3 años al tratarse de delitos menos graves art. 33.3.a), pues fue en aquella fecha cuando se produjeron la presunta falsedad y el engaño que se denuncian, y cuando han de entenderse como «consumados» y no atenderse a la fecha de la sentencia civil para considerarlos «culminados», como alega la apelante, pues otra cosa distinta son los actos posteriores a esa consumación delictiva porque el delito ya había quedado consumado an-

tes. Una cosa es la consumación del delito, y otra, el agotamiento de los efectos y consecuencias posteriores (STS 26-10-2001). En definitiva la referencia del «dies a quo» a la fecha de comisión del delito y no a la fecha de su descubrimiento, frente al principio civil de la actio nata; supone la exclusiva interrupción por la actividad judicial penal y nunca por el ejercicio de la acción civil. Pero es que aunque entendiéramos que el hecho se consumó en el año 2004 cuando le fue reclamado el crédito a la querellante, habrían transcurrido también los tres años preceptivos, no pudiendo admitirse que el período prescriptivo se inicia de nuevo por cada acción u omisión perseguible por el perjudicado pues ello iría en contra de lo expuesto anteriormente respecto a que con el instituto de la prescripción, lo que se trata de evitar, es que se produzca una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos, respecto del calendario de exigencia de responsabilidad, por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto.

Sentencia 38/2009, AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, de 5 de marzo de 2009

DELITO FISCAL: SUJETO ACTIVO DEL DELITO Y SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Arts. 305 Código Penal y 793.2 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Francisco Serrano Molera

SÍNTESIS

El delito fiscal, como delito especial propio, solamente puede ser cometido, a título de autor, por el sujeto pasivo de la obligación tributaria; ahora bien, ello no implica desconocer la intervención de quienes, ajenos a dicha obligación, participan en él contribuyendo a su perpetración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2.^o Por vulneración del art. 305 del CP, al no poder reputársele autor del delito por no ser sujeto pasivo del IVA.

Baste igualmente incidir en la condición de cooperador necesario atribuida al acusado Víctor Manuel en la sentencia de instancia, y en la distinción que en la misma se hace de autoría y complicidad, razonamientos que la Sala hace suyos, al afirmar:

«Dentro de la cooperación, se distingue una doble modalidad en el Código Penal, cual es la figura del cooperador necesario equiparado al autor aunque realmente no lo sea, y la del cómplice en sentido estricto. La delimitación de ambas figuras constituye tema de indudable trascendencia práctica, ya que de una u otra calificación dependerá que se castigue al cooperador de igual forma que al verdadero autor, o por el contrario, que se le castigue con pena de grado inferior.

La cooperación exige acuerdo previo para delinquir o *pactum scaeleris*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004, indica que es cierto que la actual doctrina jurisprudencial establece que “el mero acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris*, no es suficiente para integrar el concepto de autoría, sino que a partir de ese acuerdo como motor que impulsa la actuación de los protagonistas para conseguir el propósito común, es precisa la ejecución de alguna conducta relevante que coadyuve eficazmente a tal objetivo, aportando así una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos, de suerte que le es atribuible a cada uno de los partícipes, las acciones típicas de los demás, y desde luego la totalidad de la acción, aunque cada uno de aquellos no haya ejecutado todos los actos que configuran el delito”. Por tanto en los supuestos en que concurren más de una persona a la ejecución del hecho delictivo, la autoría exige un

acuerdo de voluntades, entre ellos y una participación relevante en el mismo, de cada uno de los partícipes.

No debemos olvidar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006, indica, recogiendo jurisprudencia reiterada sobre la materia, que la participación en los delitos especiales propios, no requiere que el partícipe tenga la cualificación típica requerida para la autoría.

A tal efecto, es doctrina jurisprudencial y doctrinal, que el delito fiscal es un delito especial propio, el cual por tanto, solo puede ser cometido, a título de autor, por el sujeto pasivo de la obligación tributaria; ahora bien, ello no implica desconocer la intervención de quienes, ajenos a dicha obligación, participan en él, contribuyendo a su perpetración, porque de acuerdo con las reglas generales de participación, no es preciso que los partícipes en un delito especial propio, tengan la misma condición jurídica que el autor. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002, dice que “no existe ninguna duda acerca de la punibilidad en concepto de cooperador necesario del ‘extraneus’ que participa de manera decisiva en la realización del hecho...”.

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 12 de julio de 2001, entre otras, sostiene que la complicidad requiere el concierto previo o por adhesión, la conciencia de la ilicitud del acto proyectado y la voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito, y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del desempeño común. Se distingue de la coautoría en la ausencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado.

En el mismo sentido, por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2000 y de 20 de julio de 2001, cuando indican que “... el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y cons-

ciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a ellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en la que todos están interesados...”, ahora bien, esa participación es accidental y de carácter secundario. En conclusión, para que exista complicidad, se requieren dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos

de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

Una antigua Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1995, indica que si se aplica la teoría de los bienes escasos, habría cooperación necesaria y no complicidad, cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, y que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común, y que resulta causalmente eficaz para el resultado.»

En definitiva, la actuación del ahora apelante Víctor Manuel incurriría en actos nucleares y no meramente auxiliares o accesorios de suerte que, cabe encuadrar tal acción en la categoría de autoría por cooperación necesaria.

Sentencia 47/2009, AP MADRID, Sec. 26.^a, de 23 de marzo de 2009

DESLEALTAD PROFESIONAL: ASESORAMIENTO A DOS PARTES EN UN MISMO ASUNTO

Art. 467 del Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Marta Pereira Penedo**

SÍNTESIS

La contraposición de intereses entre las partes a las que se asesora no abarca un sentido meramente formal, sino que es preciso que este perjuicio que potencialmente puede causarse tenga su origen en aquellos intereses que el cliente confió en su abogado y que éste va a utilizar subrepticamente en su contra, al pasar a defender o a asesorar a la parte contraria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—De la prueba practicada en las actuaciones se deriva que los hermanos Baldomero, Pedro, Miguel, Elena, Tatiana,

Ángeles, solicitaron los servicios profesionales de la acusada, Guadalupe, con la finalidad de reordenar el patrimonio familiar, para lo cual se celebró el contrato de 12 de junio de 2003, en el que tras exponer los

bienes, títulos y acciones que constituían el caudal común, los interesados propusieron la distribución de dichos activos patrimoniales para lo cual se pactó la realización de una serie de operaciones, entre las que se encontraba la transformación de la sociedad Alcotán SA en una sociedad de responsabilidad limitada para, posteriormente, escindir la citada sociedad en otras tres sociedades de nueva creación a las que se adjudicarían como activos las fincas rústicas que se exponen en el referido acuerdo además de la tesorería, valores y activos y pasivos de la sociedad que se escindía. Los pactos alcanzados en dicho documento se describieron como realizados de común acuerdo y como un todo unitario de forma que el cumplimiento de lo pactado debería realizarse de forma global, puesto que el incumplimiento de cualquiera de las partes afectaba a la totalidad.

El contenido de los acuerdos plasmados en el documento de referencia se ejecutó, excepción hecha de los acuerdos relativos a la anónima Alcotán, respecto de la cual solo se procedió a su transformación en sociedad limitada, sin que se llegara a realizar la escisión de dicha sociedad en la forma prevenida en el contrato de 12 de junio de 2003, lo que culminó en la presentación de demanda de juicio ordinario en reclamación del cumplimiento del referido contrato, procedimiento en el que recayó sentencia desestimatoria de la demanda que, recurrida en apelación, fue revocada en parte estimando la demanda deducida por los hermanos Sixto y Luis Francisco declarando el incumplimiento doloso del citado contrato por parte de los demandados por sentencia de 25 de febrero de 2008.

Durante la realización de dichos acuerdos y antes de la presentación de la demanda antedicha comenzaron a expresarse las desavenencias relativas a la ejecución del contrato en la parte referida y que varios de los firmantes del documento solicitaran asesoramiento jurídico sobre las discrepancias surgidas.

Conviene recordar que Guadalupe fue contratada porque era la asesora fiscal de Sixto en otros asuntos (no consta que dicho asesoramiento se refiera al contenido del contrato de 12 de junio de 2003) y que fue por ese motivo por el que el resto de los hermanos convino en su contratación, a efectos fiscales y mercantiles, sin que la Letrado en cuestión solucionase previas controversias existentes entre las partes puesto que como en las testificales se pone de manifiesto, estos acudieron a su despacho con la propuesta del reparto patrimonial que precisaba el correspondiente asesoramiento para su ejecución, intervención a la que parece se limitó la Letrado.

Con motivo de las discrepancias surgidas en la escisión de la mercantil Alcotán, la Letrado recibió un burofax el día 17 de febrero de 2004 de los hermanos Elena, Jerónimo, Pedro Miguel y Baldomero requiriendo que se abstuviera de intervenir en el asunto (por el momento) y que guardara el más absoluto secreto profesional de cuanta información pudiera tener.

Tras el citado requerimiento Guadalupe compareció a la Junta General de la sociedad que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2004 en representación de Sixto, que entre otros puntos del orden del día tenía por objeto, entre otros, la aprobación por parte de la Junta de las bases para la escisión de Alcotán SL; el establecimiento de plazo para la realización de los Proyecto de Escisión ajustado al contrato, el informe de los Administradores sobre la escisión de la sociedad el balance de escisión; la fijación de un plazo máximo para la celebración de la Junta en la que se acordara la escisión de la sociedad. La intervención realizada por la acusada en representación de Sixto consistió en la votación favorable a la ejecución de lo acordado el día 12 de junio de 2003, así como a otros puntos del orden del día a los que se opuso. Tal actuación ha de considerarse voluntaria a la vista del resultado de su intervención consignado notarialmente y a la vista de la contestación realizada al burofax recibido.

Pues bien, a la vista de la prueba practicada, la conducta realizada por la acusada no puede considerarse integradora del delito previsto y penado en el art. 467.1 del CP.

Entre los requisitos que deben concurrir para su apreciación señalábamos que el conflicto de intereses a que se refiere el precepto debe ser anterior o, al menos coetáneo para apreciar la acción desleal. Dificilmente puede apreciarse la concurrencia de una conducta desleal si, al tiempo de la contratación no existían intereses contrapuestos. Tal y como se describen los hechos en las actuaciones la contraposición de intereses existente entre las partes no es anterior o coetánea sino que es sobrevenida.

La inexistencia de conflicto de intereses previo se deriva de la totalidad de la prueba practicada que se expone, en primer término, por la ausencia de interés en la elección del profesional que articulara la estructuración del patrimonio de los hermanos Baldomero, Pedro, Miguel, Elena, Tatiana, Ángeles. Se pone de manifiesto que era la asesora Fiscal de Sixto y que ninguno de ellos tuvo objeción en encargarle el asesoramiento fiscal que conllevaba el encargo. Así mismo, se pone de manifiesto que cuando le confirieron el encargo ya existía un acuerdo respecto a dicha distribución o estructuración de forma que parece que la función encomendada a la Letrado no fue la distribución patrimonial propiamente dicha, sino la forma de verificar la previamente propuesta, en la que todos los hermanos estuvieron de acuerdo. No se describen ni muchas reuniones, ni conflictos ni nada que haga presumir confrontación entre los hermanos.

Tampoco podemos estimar la existencia de un delito de deslealtad profesional consistente en la revelación de los datos confidenciales que hubiera podido obtener mientras se articulaba la forma de estructuración del patrimonio familiar, en primer lugar porque no se describe que datos se hubieran podido transmitir verbalmente que hubieran

sido utilizados en beneficio de Sixto y Luis Francisco y en contra de los querellantes distintos del contenido del contrato reiteradamente aludido. Tal contrato, sin perjuicio de los aspectos fiscales inherentes a los negocios que se especifican, no tiene más que el carácter de privado (que no de secreto), privado por la única razón de que no se elevó a público. Sin embargo, su eventual confidencialidad no puede ser la integradora del delito por el que se formula acusación cuando con base al citado contrato se han otorgado sendas escrituras públicas en su ejecución, la práctica totalidad del contrato de 12 de junio de 2003, entre los que se encuentran once contratos de los cuales de los cuales nueve consisten en otorgamiento de escritura pública de compraventa de diversas fincas y los dos restantes son contratos de compraventa de acciones de sociedades que aparecen intervenidas por Notario. Lo mismo cabe apreciar respecto de la intervención en la Junta General de nueve de marzo de 2004 puesto que en la convocatoria del orden del día especialmente en los puntos 3.º, 4.º y 5.º se sometía a debate la aprobación por la Junta de las Bases para la ejecución de los acuerdos contenidos en el meritado contrato, conocido necesariamente por los socios tanto presentes como representados.

Resta pues examinar si el requerimiento, amparado en el incumplimiento de lo pactado, enviado por cuatro de los nueve hermanos firmantes del documento al objeto de que la Letrado se abstuviese de la intervención en el asunto tiene virtualidad suficiente para generar la comisión del delito y la respuesta debe ser negativa a la vista de que tal intervención se limitó a intentar conseguir el cumplimiento del contrato en sus propios términos, lo que ya se había verificado en la mayor parte del mismo y que la posición beligerante fue precisamente la contraria, condenada al cumplimiento de lo acordado.

Auto 53/2009, AP TOLEDO, Sec. 2.^a, de 26 de marzo de 2009

USURPACIÓN DE ESTADO CIVIL: COLGAR UN ANUNCIO EN INTERNET
USANDO EL NOMBRE DE UNA PERSONA SIN SU PERMISO

Arts. 215, 401, 470, 631 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de la Cruz Mora

SÍNTESIS

Considerando el auto de la Sala que los hechos denunciados no pueden constituir ni usurpación de estado civil ni uso público de nombre supuesto, estima el recurso interpuesto contra el auto que ordenaba continuar la tramitación de la causa por el cauce del procedimiento abreviado, decretando el sobreseimiento libre de las actuaciones.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Que el delito de usurpación del estado civil exige el ejercicio de los derechos y acciones de la persona suplantada (STS 10 de enero de 1993), pero con cierta vocación de permanencia.

«El artículo 470 del Código Penal EDL 1995/16398 castiga con las correspondientes penas al «que usurpare el estado civil de otro». Según sostiene la doctrina, este delito está constituido por la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos; y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, es condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para usar de sus derechos y acciones (vid. sentencias de 5 de mayo de 1887, 7 de octubre de 1892, 16 de abril de 1901 y 15 de diciembre de 1982). En este sentido, dice esta última sentencia que «el verbo usurpar en su acepción gramatical significa el quitar a uno lo suyo y en

su más amplia, arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen.

En mismo sentido, dice la sentencia de 23 de mayo de 1986 que en el artículo 470 se describe y sanciona el denominado delito de usurpación de estado civil, del que doctrinalmente se han dado muchas definiciones, «la más antigua de ellas entiende que «usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad, aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera, añadiendo que «no es bastante, para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que, la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la personalidad sustituida; Constituye, pues, exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto —que no aparece en el tipo legal—

el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada (vid. sentencias de 21 de diciembre de 1893 y de 16 de abril de 1901).

Plantea la figura penal aquí examinada el problema de marcar las líneas o rasgos distintivos de la misma frente a la de «uso público de nombre supuesto» (vid. art. 322 del Código Penal EDL 1995/16398) con la que tiene muchos puntos de contacto, declarando en síntesis, a este respecto, la sentencia de 15 de diciembre de 1982, que en el delito del artículo 322, el autor «se limita a enmascarar o disfrazar su propia identidad pero sin suplantar o atribuirse otra ajena, ni subrogarse, o intentarlo, en la posición jurídico-familiar de otra persona.

El delito de usurpación de estado civil se encuentra recogido en el artículo 401 del Código Penal EDL 1995/16398, precepto que sanciona a «el que usurpare el estado civil de otro». La conducta típica consiste en «usurpar», siendo el objeto de usurpación el estado civil de otro. Por usurpar hemos de entender la acción de atribuirse algo que no es propio, o, como señala la STS de 15-12-1982 EDJ 1982/7808, «quitar a uno lo suyo, arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es, fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen». Por estado civil ha de entenderse el conjunto de condiciones familiares que configuran la personalidad de un individuo y su usurpación es fingirse una persona para usar de sus derechos suplantando su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales con el ánimo de sustituirla, siendo, en definitiva, la falsedad aplicada a la persona (vid. STS 23-5-1986 EDJ 1986/3455).

No es suficiente, para la existencia del delito, arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro, para un acto concreto. Es condición precisa que la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la personalidad sustituida. Constituye, pues, exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto, que no aparece en el tipo legal, que es el propó-

sito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada.

Tampoco basta un uso continuado y prolongado del nombre ajeno para integrar el delito de usurpación de estado civil y, mucho menos, un uso para un acto concreto. La permanencia era común al delito de usurpación y al de uso de nombre falso (derogado en la actualidad). Para que se dé el delito de usurpación es necesario un plus añadido a la permanencia, consistente en que la usurpación alcance a la totalidad de las facetas que integran la identidad humana, de modo que el suplantador se haga pasar por el suplantado a todos los efectos, como si de tal persona se tratara. En consecuencia, no se dará el delito de usurpación (ni ningún otro, al quedar despenalizado el uso de nombre ajeno) cuando una persona asume la identidad ajena solo para la realización de una serie de actos concretos y determinados».

Según esto, el recurrente imputado, colgó en internet y en la página web del Ayuntamiento un anuncio y opinión en nombre de la denunciante, y a eso se limita la usurpación, es decir, uno o dos actos de comunicación pública usando el nombre de aquella sin permiso.

«Tiene dicho esta Sala —véanse la sentencia del 26/03/1991 EDJ 1991/3271 y las que cita— que el uso público de nombre supuesto encerraba los casos en que el autor se limitaba a enmascarar su identidad sin intentar subrogarse en la posición jurídico-familiar de otra persona, mientras que el delito del art. 401 (antes 470) exige una suplantación que se lleve a cabo para usar de los derechos y obligaciones de la persona sustituida (STS 26-12-2005).»

Por último, la finalidad que cumple la instrucción se traduce en la preparación del juicio pero también de facilitar la conclusión anticipada de aquél, si no existe previamente base racional para sostener que el hecho o hechos imputados no son constitutivos de infracción penal o cuando no aparezca suficientemente justificada su perpetración, impidiendo así que una persona

sea sometida a un juicio penal sin fundamento bastante para ello, debiendo actuar el Juez Instructor como filtro de acusaciones

infundadas respecto de hechos que claramente no lleguen a integrar una conducta delictiva.

Sentencia 13/2009, AP MADRID, Sec. 27.^a, de 31 de marzo de 2009

VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR: INFORMACIÓN A LA VÍCTIMA DE SU DISPENSA DE DECLARAR

Arts. 20.2, 23, 147.1, 150, 153.1 y 4, 171.4 y 617.2 del Código Penal y 416 de la LECrim.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Tardón Olmos

SÍNTESIS

El letrado de la defensa interesó la nulidad de los informes médico-forenses efectuados en relación con la víctima, las cédulas de citación a los mismos, así como la declaración prestada por la víctima en el hospital, dado que no fue informada del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni se prestó con asistencia de letrado. La Sala recuerda que la razón de ser de dicho precepto no es la de proteger al imputado dentro del proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Letrado de la defensa ha solicitado, con carácter previo, la nulidad los informes médico forenses efectuados a Rosa y Basilio, las cédulas de citación a los mismos, así como la declaración prestada por la Sra. Rosa en el Hospital, dado que no fue informada del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni se prestó con presencia de Letrado.

Se basa en la vulneración del derecho a la intimidad de los perjudicados que manifestaron ante el Juzgado de Instrucción que querían acogerse a su derecho a no declarar

y que no querían ser reconocidos por el Médico Forense, que ha generado indefensión a la defensa, y vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías, lo que carece del menor fundamento.

Dispone el artículo 416.1 que están dispensados de la obligación de declarar: 1).—los parientes del procesado en línea directa ascendentes y descendentes, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del art. 261. Este último exime de la obligación de

denunciar a «los hijos naturales respecto de la madre, en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos».

La razón de ser de dicho precepto no es el de proteger al imputado dentro del proceso, como viene a invocar la defensa, sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo, en la consideración de que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de poder mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio.

Estamos en definitiva ante un derecho personal del testigo en el proceso, y respecto de la obligación general que le exime de la obligación general que tienen todos los que residan en el territorio español de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, y de decir verdad, conforme a lo establecido en los artículos 410 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que no puede interpretarse, como una especie de «derecho de disposición» sobre el proceso penal del que el testigo pariente ha sido víctima, oponiéndose a la práctica de cuantas diligencias de investigación y medios de prueba resulten lícitas y se practiquen conforme a los preceptos legales aplicables a cada caso, para el esclarecimiento de los hechos delictivos y la determinación de las personas que resulten responsables de los mismos. De lo contrario se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos. Tal es la orientación que deriva de la reciente STS 58/08, de 25 de enero, cuando afirma que «no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho Penal», y que «lo que no es posible es la disponibilidad del derecho penal a la conveniencia de la víctima para cada caso».

Entendemos, por ello, en primer término, que carece el acusado de legitimación para invocar los derechos de los testigos, perjudicados en el proceso, que en ningún momento han alegado —ni siquiera en el acto del juicio oral, donde ambos comparecen como testigos, efectuando las manifestaciones que tuvieron por conveniente, en sentido exculpatorio hacia el acusado, como luego se verá con más detalle— que se haya producido vulneración alguna de sus derechos fundamentales. En el caso, además, de la Sra. Rosa, ha estado constituida en parte en las actuaciones, como acusación particular, contando con asistencia Letrada desde el inicio de la causa, no habiendo formulado dicha parte alegación alguna en el sentido que ahora pretende el acusado.

En cualquier caso, no apreciamos que se haya producido, en el desarrollo de las diligencias y actuaciones que se invocan, infracción procesal o constitucional de ninguna clase.

La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 207/1996 (Sala Primera), de 16 diciembre (RTC 1996\207) enuncia la doctrina reiterada de este Tribunal, respecto del derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y que implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo, en relación con cierto tipo de diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, como las intervenciones corporales.

Al respecto, señala que «Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (—art. 18.2 y 3

CE—), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º)».

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley,

Precisando esta doctrina en relación a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal, como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, prueba anticipada) sobre el cuerpo del imputado o de terceros, que «las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, si quiera sea de su apariencia externa».

Y, en este sentido, señala que las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropométricos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la

integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo.

Así, el reconocimiento efectuado a Rosa, dado que, a tenor del contenido del informe efectuado, no consta que se le realizara el mismo reconocimiento a su hijo Basilio, y consecuentemente, los informes emitidos por las Sras. Médicas Forenses respecto de las lesiones sufridas por ambos, su entidad, naturaleza, y demás circunstancias médico-legales de relevancia en la presente causa penal se enmarcan en el ámbito del ejercicio del referido ius puniendi del Estado, en el ámbito de lo dispuesto en los artículos 479 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 350 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con plena observancia, por tanto, de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables.

Otra cosa será la virtualidad probatoria de los informes periciales cuestionados, habida cuenta de que también han resultado impugnados por dicha parte, a lo que luego aludiremos al valorar el contenido de los diferentes medios de prueba practicados.

Por lo que se refiere a la pretendida nulidad de las declaraciones policiales de la víctima, Rosa, señalaremos, en primer lugar, que carece de relevancia jurídica, por cuanto, al haberse acogido la misma a la dispensa de prestar declaración, prevista en los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no pueden introducirse en el plenario, por lo que no pueden tener virtualidad probatoria en esta causa. En todo caso, sí estimamos conveniente precisar que este Tribunal no aprecia en tales declaraciones defecto procesal ni sustantivo de clase alguna.

Porque, como viene manteniendo de forma reiterada la jurisprudencia, enunciada, entre otras, en la Sentencia Tribunal Supremo núm. 625/2007, de 12 julio (RJ 2007/5109) cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim, no resultando necesaria su advertencia, como acontece en el presente supuesto en el que la Sra. Rosa ma-

nifiesta a los agentes policiales que se desplazan al Hospital de la Paz, donde se encuentra ingresada para curarse de sus lesiones, que denuncia la agresión sufrida y solicita una orden de protección contra el acusado. Del propio modo, no resulta preceptiva la intervención de Letrado en la de-

claración policial de las personas denunciadas, víctimas o perjudicados por las acciones delictivas, constando, además, que por parte de los policías actuantes, se le ofreció a la Sra. Rosa la designación de un Letrado que la asistiera, declinando el ofrecimiento para la práctica de tal diligencia.

Sentencia 4/2009, AP ZAMORA, Sec. 1.ª, de 6 de abril de 2009

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS:
PROMOCIÓN DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA**

Arts. 318 bis 1 y 3 del Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Brualla Santos-Funcia**

SÍNTESIS

Los acusados convinieron en la creación de una sociedad mercantil con el objeto social, ficticio, de dedicación al cultivo de productos hortofrutícolas asiáticos, que justificaba la necesidad de conocedores de técnicas pretendidamente exóticas, que garantizaba la ausencia de cultivadores nacionales, la obtención de certificaciones negativas del INEM, que a su vez permitían obtener la autorización temporal y trabajo por cuenta ajena inicial de la Subdelegación del Gobierno.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.—Los hechos declarados probados, fruto de la convicción alcanzada por este Tribunal en el ejercicio de la función que le corresponde de apreciar y valorar las diligencias probatorias actuadas en este juicio a la luz de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en base a la motivación que posteriormente se expondrá, han de ser calificados jurídicamente como legalmente constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por tráfico ilegal o emigración clandestina

que se encuentra previsto y penado en el art. 318 bis.1. del Código Penal, texto modificado por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, que por tratarse de un delito de mera actividad se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

En el presente supuesto concurren todos los elementos que integran el tipo del delito precedentemente definido, señalando que el

art. 318 bis del Código Penal sanciona la conducta, del que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España.

En efecto y frente a las manifestaciones de las defensas letradas, sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación (S. 8/Abr/2008).

El precepto penal concernido fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, integrando todo el T. XV Bis «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros» creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a

la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

El Tribunal Supremo tiene asimismo señalado (S. 28/sep/2005), que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadores de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000 de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000 de 22-12, 11/2003 de 29-9 y 14/2003 de 20-11), concretamente en el Título II: «Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros» y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001, con texto vigente aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre [Con carácter general el art. 25 de la Ley de Extran-

jería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios].

En la misma línea (S. 10/may/2007) tiene dicho nuestro Alto Tribunal que la clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país, con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SS. 28/sep/2005, 5/jun/2006).

Por ello el tipo comprende a quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría otros requisitos que así resultan burlados, sin perjuicio de que las personas de cuya inmigración se trate hayan de responder administrativamente.

Ha de considerarse además, que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

En nuestro caso, la prueba acreditada ha dejado evidenciado de forma absolutamente contundente que los acusados susodichos Edmundo y Héctor convinieron en la creación de una sociedad mercantil («Rong Yung 2004 SL») con el objetivo social, ficticio, de dedicación al cultivo de productos hortofrutícolas asiáticos que justificaba la necesidad de conocedores de técnicas pretendidamente exóticas, que garantizaba la ausencia de cultivadores nacionales y la obtención de las certificaciones negativas del INEM, que a su vez permitían obtener la autorización temporal y trabajo por cuenta ajena inicial de la Subdelegación del Gobierno, como así sucedió.

El carácter simulado del objetivo social resulta tanto del hecho de que no se ha acreditado que ninguno de los dichos ciudadanos chinos contratados haya residido en el domicilio señalado en Ayoó de Vidriales ni en San Pedro de Ceque, ni tampoco que la empresa haya tenido actividad alguna. Ítem más la empresa nunca dispuso de una extensión superficial agrícola que justificara la necesidad de contratación de los 16 trabajadores de nacionalidad china.

En definitiva lo expuesto, síntesis de los hechos probados, resulta no solo de la documental obrante en las actuaciones, sino también de las declaraciones de los imputados puestas en relación con la testifical practicada en el acto del juicio oral a la inmediación de esta Sala y con efectiva contradicción, lo que ha permitido conformar la convicción de este Tribunal, de que los susodichos acusados han obrado dolosamente al convenir la formación de la mentada sociedad que no respondía a un propósito cierto de emplear a los súbditos extranjeros en la pretendida explotación agrícola, sino con la exclusiva finalidad de introducir ciudadanos chinos en España eludiendo las disposiciones legales que regulan la inmigración, permitiendo la deducción razonable y lógica de que tal sociedad no es sino la «tapadera» o cobertura legal de una trama destinada al tráfico ilegal de trabajadores extranjeros, con simulación absoluta, que permite la sospecha de encon-

trarnos en el marco de un lucrativo y sucu-lento negocio, a todas luces ilegal, sospecha no menos lógica y racional, que, sin embar-go, entendemos que no ha quedado acredita-da en autos suficientemente, probablemente por una deficiente instrucción, y, por tanto, por aplicación del principio procesal *in du-bio pro reo*, no entendemos que sea de apli-cación al supuesto enjuiciado el subtipo agravado recogido en el citado art. 318.bis.3. del Código Penal (Los que reali-cen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de su-perioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas), por el que también se acusaba por el Ministerio Fiscal, pues aunque Edmundo reconoció que por el coimputado Héctor se le había ofrecido una cantidad de diez o doce mil euros por los perjuicios causados por la au-sencia de los trabajadores chinos y que este último exhibía un tren de vida que no se justificaba en su trabajo de camarero, ya que acudió a San Pedro de Ceque en un vehículo de alta gama y es propietario de la vivienda en que tiene su domicilio, sin que haya acre-ditado su carácter de comerciante y nego-cios lícitos a los que dijo dedicarse en su «última palabra». Por otra parte la cantidad pagada, según declaró Cosme, que no com-pareció a declarar ante esta Sala en el acto del plenario, de 13000 yuan chinos al suegro

Héctor, no parece excesiva respecto de los gastos de viaje que pudieran ocasionarse.

Ello no obstante, la subsunción de la con-ducta de los antedichos Edmundo y Héctor en el tipo penal recogido en el art. 318.bis.1 del CP, pues aun cuando los ciudadanos que denunciaron hayan entrado aparentemente en España con la documentación en regla, es incontestable; ya que, aunque exista la co-bertura jurídica de la empresa y la regulari-dad formal de los documentos, al no respon-der los mismos a una realidad contractual contrastada, y no deducirse el propósito ini-cial de contratar a los sujetos, la documenta-ción administrativa no es más que un instru-mento, una «fórmula autorizadora» del in-greso en España, dirigida únicamente al fin de conseguir el ingreso en España de ciuda-danos extranjeros, a cambio de un precio, para aprovecharse así, de un negocio que explota el ansia de salir de la miseria y al-canzar mejores condiciones de trabajo y de vida de los ciudadanos más desfavorecidos de otros países.

Con ello, es indiferente, para la califica-ción de los hechos y el ejercicio de subsun-ción, la infracción administrativa en que ha-yan podido incurrir los ciudadanos extranje-ros que lograran entrar, sin propósito alguno de emplearse con la empresa agrícola «Rong Yung 2004 SL», es decir, conscientes del fraude en que incurrían los meritados trabajadores de nacionalidad china, sin per-juicio de que los mismos pudieran realmen-te confiar en tener el puesto de trabajo que se le ofrecía u otro que le proporcionaran los acusados en empresa o lugar distinto.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**CIRCULAR 1/2009, SOBRE LA SUSTITUCIÓN
EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE MEDIDAS
NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA DE
INTERNAMIENTO EN CENTRO SEMIABIERTO,
EN SUPUESTOS DE QUEBRANTAMIENTO**

[...]

3. La posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional recientemente ha tenido ocasión de zanjar el debate al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 50.2 de la LORPM.

El reciente ATC núm. 33/2009, de 27 de enero, rechaza que el artículo 50.2 de la LORPM sea contrario al principio de seguridad jurídica: considera el TC que «... *ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma...tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el artículo 50.2 de la LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales*».

Añade el TC que «... la excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad no incurre en desproporcionalidad...».

Continúa la resolución afirmando que el artículo 50.2 de la LORPM no contradice las exigencias de la STC 36/1991, pues «supedita el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Menores para sustituir la medida inicialmente impuesta por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar,

uno de carácter sustantivo, cual es el previo quebrantamiento por el menor de la medida inicialmente impuesta; dicho de otro modo, es preciso que sobrevengan «nuevos hechos» en los términos de la STC 36/1991. Y, en segundo lugar, otro de carácter procesal, pues la decisión judicial de sustitución de la medida sólo puede adoptarse «a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico»; esto es, debe mediar «nuevo procedimiento», según se declaró en la indicada Sentencia».

Además, para el TC el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva «... *actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad... no forma parte de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de éstas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones*».

Cierra el TC su razonamiento declarando que «... la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del ‘ius puniendi’ de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego».

Por consiguiente, tras este pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 de la LORPM.

[...]

7. Conclusiones

Primera.—Tras el ATC núm. 33/2009, de 27 de enero, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 de la LORPM.

Segunda.—Continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, conforme a la que si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.

Tercera.—En el incidente de modificación previsto en el artículo 50.2 de la LORPM debe darse audiencia al menor, conforme al artículo 9.1 de la LOPJM.

Cuarta.—Debe reconocerse a la acusación particular el derecho a intervenir en el incidente y hacer las alegaciones que estime oportunas [artículo 25, letra g) LORPM].

Quinta.—Debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal, el incidente no puede iniciarse.

Sexta.—La petición del Fiscal y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige.

Séptima.—La constatación del quebrantamiento debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que debe presidir la adopción de esta nueva medida.

Octava.—Para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el artículo 50.2 de la LORPM es necesario que se constate voluntariedad y continuidad.

Novena.—Una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo ya cumplido de libertad vigilada.

Décima.—En cuanto a la fecha de la que debe partirse para determinar «el tiempo que reste para su cumplimiento», habrá de computarse a partir de la misma fecha en que conste claramente el incumplimiento definitivo de la medida impuesta por parte del menor. Cuando no pueda fijarse inequívocamente una fecha cierta de incumplimiento definitivo, se partirá de aquella en que se dice el auto de sustitución.

Decimoprimera.—El artículo 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Cabe imponer y puede ser aconsejable en algunos casos, una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

Decimosegunda.—Debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, una eventual absolución de la imputación de quebrantamiento o la evolución favorable del menor haga procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

Decimotercera.—Sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del artículo 50.2 de la LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

Decimocuarta.—Cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el artículo 50.3 de la LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar por el desistimiento.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

**CIRCULAR 2/2009, SOBRE LA INTERPRETACIÓN
DEL TÉRMINO *REGULARIZAR* EN LAS EXCUSAS
ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LOS APARTADOS 4
DEL ARTÍCULO 305 Y 3 DEL ARTÍCULO 307
DEL CÓDIGO PENAL**

[...]

4. Conclusiones

Primera.—No existe en la legislación extrapenal de referencia una definición legal del término *regularización*, siendo una expresión que —tanto en la normativa tributaria y de la Seguridad Social como en los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal—, se utiliza conforme a su significación semántica. Por consiguiente, su exégesis en las excusas absolutorias objeto de estudio, debe partir de su definición según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, su naturaleza y configuración jurídico-penales en tanto que excusas absolutorias y su inclusión dogmática entre las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, fuertemente vinculadas con la teoría de la reparación.

Segunda.—En caso de deudas contributivas derivadas de cuotas tributarias o de la Seguridad Social presuntamente defraudadas en cuantía superior a los 120.000 euros, resultan de aplicación los artículos 180 de la LGT, 3.2 del *Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto*, y 5 del *Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo*, correspondiendo a la jurisdicción penal la decisión acerca de la concurrencia, en su caso, de los requisitos penalmente exigibles para la apreciación de las excusas absolutorias previstas en los párrafos 4 y 3 de los artículos 305 y 307, respectivamente.

Tercera.—En las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso

del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al “*ius puniendi*” respecto del delito principal y sus instrumentales.

Cuarta.—En el caso de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social en los que la conducta defraudatoria consista en la solicitud de una devolución indebida, la simple autodenuncia —efectuada con carácter previo a materializarse la devolución— constituye el reverso de la conducta delictiva, siendo aplicable la excusa absolutoria siempre que concurren los demás requisitos previstos en los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal.

Quinta.—La *autodenuncia*, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absolutoria si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el artículo 21.4.^a del Código Penal.

Sexta.—El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda —tributaria o de la Seguridad Social— no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del artículo 21.5.^a del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- ❑ Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas (BOE del 16).
 - ✓ Esta Ley se limita a regular aquellos aspectos esenciales para poder aplicar en nuestro país las medidas que se recogen en los siguientes Reglamentos comunitarios: el Reglamento (CE) 273/2004, de 11 de febrero, sobre precursores de drogas; el Reglamento (CE) 111/2005, del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países; y el Reglamento (CE) 1277/2005, de la Comisión, de 27 de julio, por el que se establecen normas de aplicación de los dos primeros.
 - ✓ Establece que en el Ministerio del Interior existirá un Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas y, en el Ministerio de Economía y Hacienda un Registro de Operadores de Comercio Exterior de Sustancias Químicas Catalogadas. Ambos Registros serán únicos para todo el territorio nacional, lo que supone una novedad respecto al Registro General.
 - ✓ Se rebaja de cinco años a cuatro el plazo de prescripción de las infracciones muy graves, y se amplía el plazo de las leves de seis meses a un año.
 - ✓ Señala que las licencias de actividad se concederán por el Ministerio del Interior para las operaciones intracomunitarias y por el Ministerio de Economía y Hacienda para las extracomunitarias.
 - ✓ Prevé que se aplique una rebaja sustancial del importe de las multas, así como del tiempo de suspensión de la licencia de actividad.
 - ✓ Incluye varios preceptos en relación con el procedimiento sancionador, como la posibilidad de adoptar medidas provisionales, la competencia para imponer las sanciones o la publicidad.

JULIO

- ❑ Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Jeddah el 27 de mayo de 2008 (BOE de 15 de julio de 2009).
 - ✓ Establece como principios generales inspiradores del Convenio la necesidad de la más alta colaboración en esta materia entre las partes contratantes con la finalidad de completar el cumplimiento de las penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios del Estado de cumplimiento.
 - ✓ Regula la necesidad de que el condenado esté informado y conozca los efectos legales de su traslado así como que su consentimiento se haya prestado de una manera voluntaria.
 - ✓ Recuerda la obligación de no convertir la pena o medida en una sanción pecuniaria.

- ❑ Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE del 23).
 - ✓ La finalidad de esta reforma es adaptar los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que tienen en esta materia.
 - ✓ La intervención de dos Administraciones presenta las siguientes peculiaridades:
 - La iniciación de los procedimientos corresponde al órgano autonómico que deberá coordinarse con el estatal para determinar el ámbito de la residencia solicitada.
 - La resolución de las solicitudes es de la Administración competente en cada caso que deberá dictar de manera concordante una resolución conjunta concediendo o denegando la autorización de residencia y trabajo solicitada.

- La notificación a los interesados de la resolución conjunta corresponde al órgano autonómico.
- Si la resolución es impugnada deberá resolverse de forma conjunta por ambas Administraciones.
- ✓ Si la autorización de residencia y trabajo solicitada lo es por cuenta propia el inicio e impulso de la tramitación corresponde a la misión diplomática o consular correspondiente.
- ✓ Se incluyen disposiciones sobre la gestión electrónica de las diferentes fases de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración.

SEPTIEMBRE

- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa) hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 10 de septiembre de 2009).
 - ✓ Entre los objetivos del Convenio se encuentran, prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género; proteger los derechos humanos y promover la cooperación internacional en esta materia.
 - ✓ El ámbito penal sustantivo de este Convenio se recoge en el Capítulo IV donde se regulan aspectos como la tipificación de la trata de seres humanos; la complicidad, inducción y tentativa; la responsabilidad de las personas jurídicas y la regulación de las circunstancias agravantes.
 - ✓ Prevé la creación de un Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (denominado «GRETA») cuyos miembros serán elegidos por un mandato de cuatro años y entre los nacionales de los Estados Parte, y se encargará del seguimiento de la aplicación del Convenio.
 - ✓ Este Convenio entró en vigor, para España, el 1 de agosto de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Parte general del Derecho Penal*, 3.^a ed., Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2009.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial*, 14.^a ed., Madrid (Dykinson) 2009.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2 vols., Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

CUERDA RIEZU/JIMÉNEZ GARCÍA (Coords.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid (Tecnos) 2009.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.)/GÓMEZ TOMILLO, M. (Coord.), *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León*, Valladolid (Lex Nova) 2009.

MANACORDA, S./NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *El derecho penal entre la guerra y la paz*, Cuenca (UCLM) 2009.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

CARPIO DELGADO, J., *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales «ad hoc»*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

FAKHOURI GÓMEZ, Y., *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2009.

GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, Granada (Comares) 2009.

SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid (Marcial Pons) 2009.

TOMÁS VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada (Comares) 2009.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Madrid (La Ley) 2009.

BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en el derecho penal*, Barcelona (Bosch) 2009.

BOLADERAS CUCURELLA, M., *El derecho a no sufrir: argumentos para la legalización de la eutanasia*, Barcelona (los libros del lince) 2009.

FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

FERNÁNDEZ REQUENA, J., *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad. Art. 577 CP*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Barcelona (Bosch) 2009.

ROJAS BENÍTEZ, O., *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Salamanca (Ratio Legis) 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso*, Madrid (Iustel) 2009.

V. DERECHO PENITENCIARIO

RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, 5.^a ed., Madrid (Colex) 2009.

VI. CRIMINOLOGÍA

CARRASCO JIMÉNEZ, P., *Análisis masivo de datos y contraterrorismo*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 4.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y Proceso*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. Tomo III Proceso penal*, 17.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción y proceso. Estudios de ciencia jurisdiccional*, Ed. Bosch., Barcelona, 2009.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

II. MONOGRAFÍAS

GUILLAMÓN SENENT, J.V. y ORTÍZ NAVARRO, J., *Cuestiones previas en el proceso penal abreviado*, Ed. Sepin, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (coordinadora), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

HOYOS SANCHO, M. de (directora), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

MAZA MARTÍN, J.M. (director), *Recursos en el proceso penal. (Colección Estudios de Derecho Judicial)*, Ed. CGPJ, Madrid, 2009.

III. OTROS

PÉREZ CRUZ, A.J. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Guía bibliográfica de Derecho Procesal*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2009.

TÍTULO: TRATADO DE CRIMINOLOGÍA

4.^a Edición (actualizada, corregida y aumentada)
Tirant lo Blanch. Valencia, Diciembre de 2008

Autor: Antonio García-Pablos de Molina,
Catedrático de Derecho Penal
y Director del Instituto de Criminología
de la Universidad Complutense de Madrid

1. La actualizada edición (4.^a) del magistral *Tratado de Criminología* del Profesor García-Pablos de Molina, reconocido especialista en la materia, de prestigio internacional, representa una obra de *consulta*, exhaustiva (consta de 1.271 páginas, cerca de 5.000 notas a pie de página y unas muy completas reseñas bibliográficas sobre los problemas que analiza) y *didáctica*, a pesar de su envidiable rigor científico y de la complejidad de las cuestiones planteadas.

Se divide la obra en *seis Partes* y *veintisiete Capítulos*, que examinan con una impecable sistemática las principales categorías y conceptos de esta joven ciencia, su estructura pluridisciplinar, sistema, método y técnicas de investigación (en particular, la estadística y las encuestas sociales); la evolución histórica del pensamiento criminológico, al hilo de las diversas Escuelas, hasta la reciente consolidación como ciencia empírica de esta disciplina; las teorías, muy diversas, y modelos explicativos del comportamiento criminal; el diseño y evaluación de los más representativos programas de prevención del delito; los muy variados y heterogéneos modelos de reacción o respuesta al crimen, así como las alternativas al sistema clásico de la justicia criminal hoy en crisis; y, por último, las actuales tendencias de la moderna Criminología científica. La obra aporta, también, un interesante anexo estadístico con la información selectiva de mayor relevancia que suministran las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias españolas.

Como el propio autor subraya, la obra pretende enriquecer el análisis *jurídico-normativo* del delito, con un enfoque *empírico y pluridisciplinar* del problema criminal. O, dicho de otro modo, conciliar constructivamente y en la medida de lo posible el método y las pretensiones del mundo de las «togas negras» —del Derecho— y el de las «batas blancas» de la Ciencia (la biología, la psicología, la psiquiatría, la medicina, la sociología, la estadística, etc.) dos universos, por cierto, tradicionalmente mal avenidos pero llamados a entenderse.

2. De la Primera Parte de la obra destaca la profunda reelaboración de la teoría de la «víctima» del delito. El autor revisa y actualiza los diversos *modelos*

y *teorías explicativas* de la propia victimización, comenzando por los que formularon los pioneros de la Victimología, atentos al conocido fenómeno de la interacción entre los miembros de la «pareja» delictiva; para concluir con los más actuales, elaborados fundamentalmente por la Psicología Social.

Se ocupa, también, de las diversas *dimensiones* del fenómeno de la victimización, y de la conocida distinción entre victimización «primaria», «secundaria» y «terciaria», que subrayan las Ciencias Sociales. Problemas como el «riesgo de victimización» (riesgo, como advierte el Profesor García-Pablos de Molina, selectivo y diferencial, no homogéneo, ni aleatorio o fortuito) y la «vulnerabilidad» mayor o menor de la víctima son objeto de un examen extenso y documentado en la presente edición, que distingue pormenorizadamente las variables que concurren en cada grupo de casos. Las *secuelas psicológicas* que padece la víctima de delitos violentos y, en particular, los objetivos del *tratamiento clínico* aconsejable para que los *traumas* se conviertan en meros *recuerdos* y la memoria *verbal* consiga rescatarlos de los dominios de la memoria *emocional*, para incorporarlos constructivamente a la biografía del individuo, son otras tantas materias novedosas de la presente 4.^a edición, así como el *status* jurídico procesal de la víctima en el ordenamiento español, que el autor examina pormenorizadamente. El Profesor García-Pablos de Molina censura, por otra parte, el acusado *déficit teórico* de esta joven disciplina y su escaso *bagaje empírico*; así como la peligrosa tendencia al victimismo y a la *victimodemagogia* de ciertos programas bien intencionados que, sin embargo, consolidan y perpetúan a la víctima en su *status* en lugar de motivarla para que supere positivamente la vivencia traumática del delito.

3. Los Capítulos X a XXIV, de la Parte Segunda, revisan sustancialmente la *sistemática y criterios clasificatorios de los modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal* seguidos en ediciones anteriores. Así, junto a las teorías clásicas, de orientación *etiológica*, que siguen agrupándose según el factor biológico, psicologicista o sociológico predominante, el autor añade el denominado modelo *libero arbitrista* de la opción racional y las *teorías situacionales*, que rechazan el paradigma determinista, etiológico, refiriendo el delito, sin más, a una decisión libérrima del infractor basada en criterios utilitarios y de mera oportunidad (tesis de la Escuela Clásica, y del moderno clasicismo). Incorpora, también, un tercer grupo de modelos y teorías: los denominados enfoques «*dinámicos*», que insertan la génesis del comportamiento criminal en el curso de la vida del infractor y sus diferentes fases o etapas, renunciando a la búsqueda de causas remotas ancladas en el pasado del sujeto (orientación característica de la «Criminología del desarrollo», de las «teorías del curso de la vida», etc., partidarias de métodos longitudinales y de análisis evolutivos, no etiológicos en el sentido tradicional). Concluye la clasificación, con una referencia a las teorías sociológicas de la «*criminalización*» (v.gr. *labeling approach*) que se desentienden de la desviación primaria del infractor —y de las

causas de ésta— proponiendo, en su lugar, el análisis crítico del comportamiento selectivo y discriminatorio del control social y sus variables.

Pero si algo sugieren los Capítulos X a XXIV de esta 4.^a edición del *Tratado de Criminología* es el extraordinario interés *metodológico* del estudio científico de los modelos y teorías explicativos del comportamiento criminal, precisamente en un momento en el que cierto *empirismo craso* proclama —en España, desde luego— la neta superioridad de la *praxis*, de la *investigación* criminológica, relegando la Criminología académica y teórica al ámbito de lo literario y especulativo, de inferior rango científico. Compartiendo a este propósito la opinión de TITLLE, considera el Catedrático de la Universidad Complutense que la teoría debe servir siempre de guía y norte a la investigación, pues esta última, sin un sólido y definido marco teórico previo que ordene, procese y sistematice sus hallazgos puede degenerar en un empirismo errático, metodológicamente viciado y condenado al fracaso.

4. La Parte Cuarta de la obra (Capítulo XXV) se ocupa extensamente de la *prevención del delito*, evaluando los diversos programas públicos orientados a este fin (v.gr. programas de *área geográfica*, programas basados en el diseño arquitectónico y urbanístico, programas de prevención comunitaria, de prevención victimal, de inspiración político-social: de lucha contra la pobreza, de igualdad de oportunidades, etc.).

El autor comienza descartando determinados programas de prevención político-criminalmente muy eficaces, pero maximalistas, no homologables, a su juicio, al marco político convencional del Estado de Derecho por su inadmisible recorte de las libertades individuales y elevado coste social (v.gr. programas de prevención en los otrora países socialistas y «democracias populares»).

Y descarta, también, los denominados programas *disuasorios* que se limitan a utilizar la amenaza de la pena para prevenir la criminalidad, sin un previo diagnóstico de este problema social y comunitario, de su génesis y etiología, y sin el menor propósito de corregir sus causas. El mero incremento del rigor del castigo o la mejora progresiva del rendimiento del sistema legal (de sus medios, dotación, infraestructuras, etc.) no aseguran la fidelidad del ciudadano a las normas y valores comunitarios, la vigencia social de éstos, ni la prevención eficaz de la criminalidad, según una amplia experiencia empírica que el Profesor García-Pablos de Molina expone y razona.

Por ello, el autor analiza y contrapone dos modelos fundamentales de prevención: el «*situacional*» y el que denomina «*etiológico*». Este último goza en principio de mayor crédito (particularmente, los programas de *prevención primaria*) porque trata de atacar las causas últimas de la criminalidad con políticas sociales y asistenciales eficaces a medio plazo, con respuestas constructivas y prestacionales. El modelo *situacional*, que hoy disfruta de gran predicamento,

cautiva a un prestigioso sector de la doctrina porque parece garantizar éxitos preventivos a corto plazo; y porque implica —o suele implicar— una menor injerencia, y ésta es, en todo caso, selectiva. Pero ni unos ni otros se hallan libres de reparos, según el Profesor García-Pablos de Molina.

Los programas *etiológicos* proclaman la *lucha contra la pobreza*, la *igualdad de oportunidades* y la *prevención comunitaria* por su vocación social y reformista. Pero muchos de ellos, especialmente los de *área geográfica* y los que utilizan el urbanismo y el diseño arquitectónico al servicio de la prevención del delito, acaban olvidando aquella; vacían de contenido sociocomunitario sus programas; y terminan mostrando su oculta faz *cuasipolicial* y represiva, generando políticas antisociales o un urbanismo meramente defensivo (v.gr. «Defendible Space», «Target hardening», etc.) que se conforma con neutralizar la criminogénesis de ciertos espacios y estructuras urbanísticas con renuncia al proyecto inicial de reestructurar el hábitat urbano y crear en los vecinos actitudes positivas de convivencia.

Pero el autor es más crítico aún con los programas estrictamente *situacionales*. En primer lugar porque, a su entender, éstos, al partir de la hipótesis del infractor ya decidido a cometer el delito e interesarse exclusivamente por la constatación de las variables *témporo-espaciales*, contextuales, del crimen ya ejecutado, se desentienden de la génesis y etiología de la propia resolución delictiva, admitiendo cualquier explicación teórica al respecto con notable indiferencia. En segundo lugar, porque como la mayoría de los enfoques *espaciales* y *situacionales*, sobredimensionan la relevancia del factor *oportunidad* y minimizan conocidas objeciones que se reiteran contra ellos (v.gr. el denominado «efecto de desplazamiento», que torna en antisociales y regresivos muchos de estos programas). Finalmente, porque el barniz científico-estadístico de estos programas de prevención situacional suele ocultar un sutil pero perverso mensaje ideológico legitimador del orden social y sus valores al asociar el comportamiento criminal (¡naturalmente, el de los bajos estratos sociales, que es el que ocasiona alarma e intranquilidad!), no a la injusticia, la pobreza, la desigualdad, etc., sino a las oportunidades de éxito que la organización urbana y los estilos de vida de los ciudadanos deparan al infractor potencial.

En este Capítulo XXV podrá encontrar, también, el lector datos actualizados sobre la evolución del sector de la *seguridad privada* en España; fenómeno éste dotado de una arrolladora *vis expansiva* y cuyos miembros, a diferencia de los agentes de la seguridad pública, actúan, en ocasiones, por debajo del umbral de la legalidad, donde prima la satisfacción eficaz de los intereses privados clientelares de quien paga el servicio sobre los generales de la población. El lector encontrará una información de los diversos modelos que ofrece el Derecho Comparado entre la seguridad pública y la seguridad privada, así como la problemática de su dirección y gestión.

5. La *función de la pena* —la que ésta efectivamente cumple, no la que se le asigna por la ley o la doctrina— y la capacidad rehabilitadora del *tratamiento* es otro de los temas trascendentales del debate criminológico que se abordan en la Parte Quinta de esta obra (Capítulo XXVI). Los investigadores, como advierte el Profesor García-Pablos de Molina, continúan tratando de constatar empíricamente si cabe una intervención positiva, bienhechora, en la persona del infractor en el marco de la ejecución de la pena; si es posible diseñar dicha intervención con criterios científicos a fin de que el penado adquiriera patrones de conducta prosociales duraderos; y se plantean qué objetivos concretos habría que perseguir en tal caso, y cómo habría que reorientar la ejecución penal y la propia institución carcelaria para alcanzarlos; qué modelo de tratamiento, y qué técnicas concretas de intervención serían entonces más idóneas para cada grupo o subgrupo de delincuentes; y qué resultados cabría esperar de unos y otros a la luz de la experiencia ya adquirida y consolidada. Todo ello, naturalmente, contando con la libre y espontánea colaboración del propio penado, imprescindible tanto desde un punto de vista pedagógico como ético y jurídico.

A juicio del Catedrático de la Universidad Complutense, los penitenciarios parecen haber optado hoy por un concepto integrador y pluridimensional de «tratamiento», basado en la Psicología ambiental y la Ecología Social, de poderoso contenido *psicoeducativo* y *asistencial*, que intenta un impacto positivo en el interno evaluando empíricamente la organización global de la función penal, la propia institución penitenciaria y los más diversos aspectos y actividades de la vida cotidiana de aquel. Se rechaza, por tanto, el concepto tradicional de tratamiento, de claro sesgo clínico, que patologiza al recluso y excluye de la intervención toda actividad terapéutica no dirigida específicamente a neutralizar las causas últimas de la conducta delictiva (por ejemplo, se excluyen los programas de animación sociocultural, de formación académica, de terapia ocupacional, etc.).

Para el autor, por otra parte, de la experiencia empírica acumulada durante los últimos lustros por los terapeutas parece inferirse que mientras la *pena* (esto es, el mero encierro o encarcelamiento) no rehabilita, más bien lo contrario, estigmatiza; no limpia, mancha; sin embargo, el *tratamiento* correctamente prescrito y ejecutado sí puede producir un efecto bienhechor en el penado, porque entendida la intervención en el sentido lato antes indicado (integrador y psicoeducativo), e inspirada en un modelo de Ecología social y ambiental, está en condiciones de reestructurar positivamente la realidad carcelaria y de controlar los efectos más negativos del hábitat penitenciario (v.gr. el aislamiento del interno, su inmersión en la subcultura carcelaria, etc.), generando un impacto muy satisfactorio en los reclusos (v.gr. superación de adicciones, aprendizaje de habilidades, etc.). Además, observa el Profesor García-Pablos de Molina que una intervención basada en la Psicología del *aprendizaje social* y operante, con miras de orientación comunitaria y asistencial, no limita sino que enriquece el

horizonte cognitivo y vital del penado, sus expectativas personales, profesionales, sus competencias y habilidades, dotándole de instrumentos eficaces para su participación efectiva en la comunidad.

6. El Capítulo XXVI del Tratado aborda, también, el problema de la *crisis del modelo clásico de la justicia criminal* y el debate criminológico sobre las diversas alternativas que se proponen a éste («justicia restaurativa», «justicia comunitaria», etc.).

La actual discusión sobre el modelo de justicia criminal enfrenta a concepciones retribucionistas —que beben en el idealismo alemán de la *pena justa y merecida*—; a escépticos, pesimistas y nihilistas que proclaman el «*nothing works*»; y a movimientos antisistema partidarios de una justicia «lega» y «aldeana» que devuelva la «gestión del conflicto» (esto es, el enjuiciamiento del delito) a sus genuinos «propietarios» (delincuente y víctima).

Como observa el Profesor García-Pablos de Molina, el modelo *clásico* de la justicia criminal viene representado simbólicamente por la «diosa» justicia, estatua de mármol, fría y distante, sorda, muda, con una venda en los ojos, pero que «ciñe espada». Se trata de un modelo formalista y tecnocrático, que se basa en el «*imperium*», en la imposición de un «castigo» (improductivo) al culpable, pero que no resuelve el conflicto, ni resocializa al infractor, ni repara el daño ocasionado a la víctima, ni pacifica las relaciones sociales. Por el contrario, las fórmulas que se proponen como alternativa a éste («justicia restaurativa», «justicia comunitaria», «*therapeutic jurisprudence approach*», etc.) pretenden rescatar la dimensión conflictual —interpersonal, histórica y concreta— del delito, es decir, la faz más humana y doméstica de este problema social y comunitario; comprenderlo «desde dentro», buscando soluciones constructivas, integradoras y pacificadoras mediante procedimientos flexibles informales, de orientación comunitaria y una «gestión participativa» en la que intervengan activamente sus principales protagonistas (esto es: el delincuente, su víctima, y la comunidad). Que el sistema haga valer más su *auctoritas* que el *imperium*; que la idea obsesiva de someter al culpable a las «iras de la ley» dé paso a una justicia que no humille a éste; sin vencedores ni vencidos, en la que la retribución, el castigo —necesario pero a menudo inútil, improductivo— conceda su natural espacio a otros objetivos de primera magnitud: la reparación del daño ocasionado a la víctima y a la comunidad, la restitución, la rehabilitación del infractor, la conciliación entre delincuente y víctima, la pacificación de las relaciones y el clima social, etc. Un nuevo modelo, pues, que enfatice la relevancia de ciertas instituciones primarias (v.gr. la educación, la comunicación, la reconstrucción de vínculos informales positivos, etc.) como garantía eficaz del acatamiento de las normas comunitarias por el ciudadano y de genuina prevención del delito; y que exhiba un marcado perfil comunicativo, dialógico, integrador, comunitario en

intonía con los valores éticos, el sentido común ciudadano y la experiencia humana.

El Profesor García-Pablos de Molina comparte, en buena medida, las críticas que desde posiciones ideológicas muy dispares se formulan al modelo clásico de la Justicia criminal, sin embargo, rechaza tanto las tesis *abolicionistas* radicales, que proponen la renuncia al castigo, por considerarlo siempre improductivo, como las fórmulas *ultraprivatizadoras*, que tachan a los operadores jurídicos de «ladrones del conflicto» y proclaman la necesidad de «devolver» éste a sus auténticos propietarios (delincuente y víctima). Para el autor, el abolicionismo radical, *naïv.*, carece del realismo más elemental que reclama el análisis del problema delictivo, pues, incluso desde un punto de vista estrictamente pedagógico, ningún proceso de socialización puede prescindir del *estímulo aversivo*. Y en cuanto a las tesis ultraprivatizadoras de N. CHRISTI, en la opinión del Profesor García-Pablos de Molina implican un retorno anacrónico y antisocial, regresivo, a la «edad de oro de la víctima», olvidando que el delito no es un conflicto doméstico, interno, privado, y que no cabe ya renunciar a la necesaria mediación institucional del sistema, ni a las garantías que éste representa.

7. El *Tratado de Criminología* del Profesor García-Pablos, cuya 4.^a edición actualiza y mejora sustancialmente esta obra señera ya y sin parangón en el escenario científico contemporáneo, puede equiparse por su difusión internacional e influencia a otros Tratados clásicos extranjeros, como los de G. VOLD, G. KAISER, H.J. SCHNEIDER, H. GÖPPINGER, E. SEELIG, L.J. SIEGEL o J. PINATEL. Su autor, pionero de la Criminología empírica e interdisciplinaria en España, es un reputado especialista de prestigio internacional en el ámbito de las Ciencias criminales por sus conocidas publicaciones traducidas a varios idiomas. Entre ellas destaca su *Introducción al Derecho Penal* (4.^a ed., Ramón Areces, Madrid, 2006, 1052 páginas); *Las asociaciones ilícitas en el Código Penal Español* (Bosch, Barcelona, 1978, 408 páginas); *Problemas actuales de la Criminología* (Edersa, Madrid, 1984, 310 páginas); *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos* (Tirant lo Blanch, 6.^a ed., 2007, 694 páginas), Compendio del Tratado de Criminología, que ha visto ya seis ediciones en Brasil (traducción del Dr. Luiz Flavio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo); dos en el Perú (ImpecCP, Lima, a cargo de M. Pérez Arroyo); una en Chile (Lexis Nexos, revisión y prólogo del Dr. José Luis Guzmán Dálbora). Y más de *cincuenta trabajos científicos* sobre temas penales, criminológicos, político criminales y penitenciarios publicados en las principales revistas españolas y extranjeras.

La magistral obra del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense es, por tanto, de *consulta* obligada para *especialistas* en las Ciencias Criminales; pero, sin duda, será, también de gran interés y utilidad para los operadores jurídicos, quienes desde sus respectivas profesiones se ocupan del

delito y su castigo (agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, miembros de la seguridad privada, fiscales, jueces y magistrados, abogados, funcionarios de la Administración Penitenciaria, etc.).

Cuando diversas universidades españolas contemplan la posibilidad de ofertar para el curso académico 2010/2011 una titulación superior (grado) ajustada al Espacio Europeo sobre la Criminología, la obra del Profesor García-Pablos de Molina parece no ya oportuna sino imprescindible.

Nuestra más cordial felicitación al autor y a la Editorial Tirant lo Blanch por el éxito más que asegurado de esta 4.^a edición del *Tratado de Criminología*.

Fernando Santa Cecilia García