

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La delincuencia económica y las nuevas tecnologías: el fraude informático. *Francisco Jiménez-Villarejo Fernández* 11
- La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: hacia una reordenación y simplificación de los distintos supuestos (art. 66.1 del CP). *Manuel Gallego Díaz* 51
- El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Informe español. *Angeles G. Zarza* 95

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 149
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 157
- **Sentencia 172/2008 (Pleno), de 18 de diciembre:** “Habeas Corpus”. Apoderamiento tácito del abogado de oficio para recurrir en amparo 157
- **Sentencia 30/2009 (Sección 3.ª), de 26 de enero:** Derecho al recurso 160
- **Auto 32/2009 (Pleno), de 27 de enero:** Igualdad de partes. Solicitud de nuevas diligencias por el Ministerio Fiscal 162
- **Sentencia 45/2009 (Pleno), de 19 de febrero:** Violencia de género 167

	<u>Página</u>
TRIBUNAL SUPREMO	181
— Acuerdos de 16 de diciembre de 2008	181
— Acuerdo de 27 de enero de 2009	182
— Acuerdos de 26 de febrero de 2009	182
— Sentencia 595/2008, de 3 de octubre: Veredicto del Jurado ..	183
— Sentencia 611/2008, de 10 de octubre: Principio acusatorio ..	187
— Sentencia 644/2008, de 10 de octubre: Videoconferencia	191
— Sentencia 686/2008, de 18 de octubre: Presunción de inocencia. Sentencia de casación anulada en amparo por el Tribunal Constitucional	193
— Sentencia 668/2008, de 22 de octubre: Falsedad de certificado y delito contra la propiedad industrial	195
— Sentencia 657/2008, de 24 de octubre: Casación por infracción de ley (error en la apreciación de la prueba). Asesinato con agravante de parentesco	196
— Sentencia 696/2008, de 29 de octubre: Pornografía infantil en internet	201
— Sentencia 724/2008, de 4 de noviembre: Lesiones. Distinción delito-falta	203
— Sentencia 703/2008, de 5 de noviembre: Responsabilidad civil. Incongruencia	206
— Sentencia 706/2008, de 11 de noviembre: Homicidio preterintencional	208
— Sentencia 734/2008, de 14 de noviembre: Refundición de condenas	212
— Sentencia 736/2008, de 17 de noviembre: Entrada y registro. Nulidad	221
— Sentencia 728/2008, de 18 de noviembre: Realización arbitraria del propio derecho	222
— Sentencia 790/2008, de 18 de noviembre: “Dolus Generalis” .	225

	Página
— Sentencia 768/2008, de 21 de noviembre: Declaraciones sumarias	227
— Sentencia 766/2008, de 27 de noviembre: Tráfico de drogas. Entrega vigilada	229
— Sentencia 872/2008, de 27 de noviembre: Indebida denegación de prueba. Audiencia preliminar	234
— Sentencia 577/2008, de 1 de diciembre: Tráfico de drogas. Extrema gravedad	237
— Sentencia 884/2008, de 3 de diciembre: Desistimiento voluntario en la tentativa	241
— Sentencia 944/2008, de 3 de diciembre: Detención ilegal	244
— Sentencia 822/2008, de 4 de diciembre: Tentativa inidónea	247
— Sentencia 887/2008, de 10 de diciembre: Revelación de secretos por funcionario público	249
— Sentencia 836/2008, de 11 de diciembre: Sobreseimiento libre. Prescripción. Auto de transformación en procedimiento abreviado	251
— Sentencia 891/2008, de 11 de diciembre: Homicidio imprudente, lesiones y atentado a la integridad moral. Relación de causalidad	253
— Sentencia 871/2008, de 17 de diciembre: Expulsión	265
— Sentencia 957/2008, de 18 de diciembre: Declaraciones testificales	266
— Sentencia 964/2008, de 23 de diciembre: Prescripción. Relación entre apropiación indebida y deslealtad profesional de abogados	268
— Sentencia de 30 de diciembre de 2008: Prescripción	272
— Sentencia 7/2009, de 7 de enero: Diferencias entre la declaración de testigo y del coimputado	273
— Sentencia 41/2009, de 20 de enero: Coautoría	278
— Sentencia 50/2009, de 22 de enero: Tenencia de tarjetas de crédito falsas	278
— Sentencia 39/2009, de 29 de enero: Quebrantamiento del alejamiento	281

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	283
— Sentencia 18/2008, de 22 de abril (AP Palencia): Abandono de familia: absentismo escolar	283
— Sentencia 97/2008, de 18 de julio (AP Guadalajara): Exhibicionismo: no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en el contexto sexual	286
— Sentencia 138/2008, de 1 de septiembre (AP Huesca): Elaboración de sustancias nocivas para la salud: indeterminación de la cantidad exacta de los compuestos clorados	287
— Sentencia 175/2008, de 9 de septiembre (AP Huelva): Justificación de aplicación del baremo de fecha de sentencia	289
— Sentencia 582/2008, de 11 de septiembre (AP Madrid): Página web que facilita “enlaces”. Delitos contra la propiedad intelectual	290
— Sentencia 118/2008, de 15 de septiembre (AP Asturias): Jurado: sentencia sin necesidad de constituir el Tribunal	296
— Sentencia 164/2008, de 16 de septiembre (AP Pontevedra): Letras de cambio sin nombre ni firma del librador ¿son documentos mercantiles a efectos de la falsedad penal?	297
— Sentencia 78/2008, de 18 de septiembre (AP Albacete): Infracción del régimen “de custodia” de hijos menores: interpretación amplia	300
— Sentencia 183/2008, de 18 de septiembre (AP Valladolid): Juicio de faltas: nulidad de actuaciones. Denunciante condenado	301
— Auto 629/2008, de 31 de octubre (AP Las Palmas): Negativa a dictar auto de cuantía máxima	302
— Sentencia 298/2008, de 7 de octubre (AP Álava): Contrabando; responsabilidad civil: extinción por el comiso de la mercancía	303
— Auto 185/2008, de 8 de octubre (AP Jaén): Tras la sentencia absoluta se acuerda no devolver la cantidad consignada y entregada al perjudicado	306
— Sentencia 360/2008, de 20 de octubre (AP Lérida): “Mobbing”: compatibilidad con lesiones psíquicas	307
— Sentencia 129/2008, de 11 de noviembre (AP Cáceres): Delitos sobre el patrimonio histórico: excavaciones en castillo. Ignorancia del carácter histórico	309

	Página
— Sentencia 660/2008, de 19 de noviembre (AP Alicante): Deudor que dispone de los bienes embargados	311
— Sentencia 143/2008, de 2 de diciembre (AP Cáceres): Responsabilidad civil de los menores. Derecho transitorio	313

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	317
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	323
— Derecho Procesal Penal	327

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA DELINCUENCIA ECONÓMICA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL FRAUDE INFORMÁTICO

FRANCISCO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ

*Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga
y punto de contacto de la Red Judicial Europea*

RESUMEN

En este artículo se considera la evolución experimentada en las últimas décadas en el marco normativo nacional e internacional como consecuencia de la efervescente realidad, inherente a la interconexión entre los avances de las tecnologías de la información y de los sistemas informáticos y de telecomunicación, de la que es profundamente dependiente nuestra sociedad actual. Consecuencia de ello y, con la misma intensidad, nuestra sociedad resulta vulnerable a las diferentes modalidades de lo que se ha venido en denominar la ciberdelincuencia.

Entre dichas modalidades, los rápidos adelantos de la tecnología en relación a la utilización de formas de identificación comercial automática, ha dado lugar a una nueva orientación en el tratamiento de los delitos económicos y financieros objeto del presente estudio. Sin duda, Internet y su alcance mundial, muestran la complejidad creciente y la potencialidad criminal que los adelantos tecnológicos suponen, no sólo para el sector bancario, sino para la sociedad en su integridad, al haberse creado nuevas y potenciadas oportunidades, tanto para grupos de delincuentes organizados más complejos, como para anónimos individuos de habilidades tecnológicas y antecedentes delictivos desconocidos.

ABSTRACT

In this article it is considered the evolution undergone in the last decades in the national and international normative framework as consequence of the effervescent reality, inherent to the interconnection among the advances of the technologies of the information and of the computer systems and of telecommunication, of which is deeply dependent our current society. Consequence of it and, with the same intensity, our society is vulnerable to the different modalities of what one has been called the cyberdelinquency.

Among these modalities, the quick advances of the technology in relation to the use of ways of automatic commercial identification, has caused a new orientation in the treatment of the economic and financial crimes object of the present study. Without a doubt, Internet and its world scope, show the growing complexity and the criminal potentiality that the technological advances suppose, not only in the banking sector, but for the whole society, because having been created new and potential opportunities, so much for more complex organized criminals groups, as for anonymous persons of unknown technological abilities and criminal records.

Para concluir, he destacado la ineludible importancia de la cooperación policial y judicial internacional, para prevenir e investigar las diferentes modalidades fraudulentas empleadas, como el uso de las tarjetas de débito y crédito y las defraudaciones a través de las redes telemáticas, con particular referencia al fenómeno del phishing, que partiendo del amplio concepto de la sustracción de identidad, se han convertido en globalizados y lucrativos negocios que demandan con urgencia la referida respuesta supranacional.

Palabras clave: “Cibercriminalidad o criminalidad mediante computadoras”, “Sustracción de identidad” “identity fraud on-line” “Identity crime o Identity Offence” “Conducta de manipulación informática” “El phishing”

To conclude, I have highlighted the unavoidable importance of the international police and judicial cooperation, to prevent and to investigate the different fraudulent modalities used, as the use of the debit and credit cards and the defraudings through the telematic nets, with a particular reference to the phishing phenomenon that leaving of the wide concept of the subtraction of identity, have become globalized and lucrative business that demand with urgency the referred supranational answer.

Key words: Cybercriminality or criminality by means of computers, subtraction of identity, identity fraud on-line, identity crime or identity offence, behaviour of computer manipulation, the phishing.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. DELITOS INFORMÁTICOS.
 - III. FRAUDES INFORMÁTICOS.
 - IV. MARCO NORMATIVO.
 1. Marco normativo de la Unión Europea.
 2. Marco normativo del Consejo de Europa.
 3. Marco normativo español.
 - V. MODALIDADES DELICTIVAS Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.
 1. Extracción ilegítima de efectivo en cajeros automáticos.
 2. Abuso de cajeros automáticos.
 3. Uso de tarjetas como medio de pago de bienes y servicios.
 - VI. DEFRAUDACIONES A TRAVÉS DE REDES TELEMÁTICAS: ESPECIAL REFERENCIA AL *PISHING*.
 - VII. SITUACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.
-

I. INTRODUCCIÓN

El espectacular desarrollo tecnológico de la informática y su aplicación en redes de telecomunicaciones o telemáticas en la segunda mitad del siglo XX, si bien ha facilitado el acceso masivo a las diversas fuentes de información, ha traído aparejada como consecuencia perniciosa, el perfeccionamiento y mayor lesividad de la delincuencia tradicional, propagándose la eficacia de los delitos a través de las redes telemáticas, además de renovadas modalidades delictivas.

La cuestión tiene enorme trascendencia, debido a que nuestra sociedad, conocida como la sociedad de la información, se caracteriza por su “*tecnodependencia*” que marca los más diferentes ámbitos de su quehacer cotidiano, desde la Administración, (ejemplo, la omnipresente administración tributaria), el sector privado (banca y comercio on-line), incluyendo los pilares de su propio sistema político democrático (como es el caso de los sistemas electorales)⁽¹⁾. Sin duda, la “*informatización*” de la sociedad contemporánea ha incidido en muchos comportamientos, modificando no sólo la forma de hacer negocios o trabajar, sino la misma forma de relacionarse socialmente. Las ventajas que ofrece el empleo de las nuevas tecnologías en la optimización de múltiples procesos, son incuestionables, pero como casi todo, tiene su lado oscuro. En efecto, el espectacular desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas e insospechadas posibilidades y potencialidades. La manipulación fraudulenta de los ordenadores con ánimo de lucro, la destrucción de bases o programas de datos; el apoderamiento de números y claves; el acceso y la utilización indebida de la información, los atentados contra la esfera de la privacidad, son sólo algunas de las conductas relacionadas con el procesamiento electrónico de datos mediante el cual es posible obtener beneficios económicos ilegítimos o causar importantes daños materiales o morales. Lo preocupante no es sólo la cuantía de los perjuicios ocasionados, que es a menudo muy superior a la conocida, sino las elevadas posibilidades de impunidad, lo que genera una desconfianza adicional en la población.

Sentado lo anterior, es importante distinguir **los nuevos delitos, de los nuevos métodos**. Aunque parezca un fenómeno novedoso, no lo es tanto. Algu-

(1) El núm. 8 de la Revista Internet, Derecho y Política, de 2008 (www.uoc.edu/idp/6/esp/index/html) dedica un monográfico al estudio de la denominada democracia electrónica, o el uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) para promover la participación de los ciudadanos.

nos autores, con acierto y recomendable perspectiva histórica ⁽²⁾, se han referido a la incidencia de la tecnología informática y su interconexión con los sistemas de telecomunicación, como la “*segunda revolución industrial*” ⁽³⁾, caracterizada por la automatización, digitalización y globalización de redes informáticas (principalmente Internet) ⁽⁴⁾ en la que el acceso masivo a la información, alcanza el más destacado protagonismo. Esta nueva revolución está basada en el conocimiento teórico, frente al trabajo y capital, superados pilares de la revolución industrial del siglo XIX. En importante, ante la complejidad de estos contextos y la confusión terminológica y conceptual que pueden contener, no perder dicha perspectiva, evitando planteamientos reiterativos o reduccionistas.

En cualquier caso, si las tecnologías de la información cambiaron la sociedad del siglo XX, la transformación renovada que desde su última década y el comienzo del nuevo milenio experimentamos, con la progresiva evolución tecnológica de las telecomunicaciones, incorporación de las redes abiertas de telecomunicación, principalmente de Internet y la aparición de la última generación

⁽²⁾ En este afán de matizar mitos sobre la realidad de la cibercriminalidad y, sobre todo, sobre las posibilidades de luchar contra este fenómeno, debemos recordar el impacto del ferrocarril, el barco de vapor y el telégrafo en la primera mitad del siglo XIX. Baste recordar el cambio que supuso la primera transferencia telegráfica de fondos utilizando la línea transoceánica a mediados del siglo XIX. Los delitos son los mismos, la única diferencia es la técnica utilizada para su comisión, así como la capacidad de perpetrarlos desde una distancia mucho más larga de la usual para estos casos. El surgimiento del telégrafo no solo permitió la creación de un genuino Mercado Mundial en el que todos los comerciantes accedían a la misma información de precios casi al mismo tiempo, sino que también dio a los delincuentes una original nueva herramienta. Los corredores perdieron poco tiempo en utilizar el rápido acceso a la información para comerciar con información privilegiada (insider); timar a comerciantes de mercancías así como utilizarlo para amañar mercados. Desde el principio, también, las compañías de telégrafos se preocuparon de los hackers y de la seguridad de las transferencias telegráficas de fondos, de un modo que difiere poco en sus planteamientos a la preocupación existente actualmente en el comercio y en las finanzas respecto de Internet.

⁽³⁾ El Informe Bangemann habla de una “*nueva revolución industrial, basada en la información, que se puede procesar, almacenar, recuperar y comunicar de forma ilimitada e independiente de..., tiempo y distancia*”. Disponible en http://www.rewi.hu_erlin.de/datenschutz/report.html.

⁽⁴⁾ Como se indica en la Exposición de Motivos del Convenio sobre cibercriminalidad, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y auspiciado por el Consejo de Europa (ETS núm. 185, firmado por España en esa misma fecha, pero aún no ratificado).

de telefonía móvil multifuncional y de dispositivos asistentes personales digitales (PADs), no nos dan tregua⁽⁵⁾. La realidad nos muestra cómo se ha generalizado el uso del correo electrónico y el acceso masivo a través de Internet a numerosos sitios o páginas web de distintas partes del mundo, es decir, se ha producido una **interconexidad** entre los avances de las tecnologías de la información y de los **sistemas informáticos** y de **telecomunicación**, en lo que se denomina **telemática**, con la desaparición material no ya de las fronteras, sino de cualquier tipo de barreras espacio-temporales, permitiendo obtener, procesar y transmitir la información en tiempo real y a cualquier parte del planeta, lo que favorece la descentralización de la información y la interrelación, incluso simultánea de múltiples sujetos ubicados en distintos lugares lejanos geográficamente entre sí.

Paralelamente, estos progresos han tenido su repercusión en la criminalidad, contribuyendo a facilitar la comisión de delitos con resultados altamente satisfactorios para sus autores⁽⁶⁾ y gran probabilidad de alcanzar los objetivos sin ser descubiertos. Además, las nuevas tecnologías permiten múltiples interacciones, impensables y de imposible ejecución, hasta hace bien poco. Por ello, resulta imprescindible actualizar y armonizar las legislaciones criminales, en particular frente a ciertas conductas que atentan contra el patrimonio de muchos y la confianza de todos. Actualización y armonización normativa⁽⁷⁾

(5) En las que el clásico intercambio de palabras o pensamientos a través del teléfono o el correo ordinario ha sido superado por el intercambio de datos (voz, texto, música, fotografías o incluso películas), incluyendo la posibilidad de almacenamiento, producción, procesamiento y transmisión de datos propia de un equipo informático y utilizando medios telemáticos, con conexión remota al sistema informatizado de nuestra vivienda (domótica), y principalmente a Internet, y no sólo entre personas y ordenadores, sino incluso entre ordenadores sin intervención directa del ser humano, siendo lo importante no tanto si se ha establecido una conexión directa entre el emisor y el receptor, sino que los datos entren en la red con una dirección de destino o que puedan ser accesibles para cualquiera que quiera conocerlos u obtenerlos.

(6) La tecnología electrónica se ha revelado recientemente como muy relevante en la falsificación de cheques, tarjetas de crédito, valores y moneda.

(7) Ya la Recomendación (89) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, considerando que la delincuencia informática suele tener carácter transfronterizo y que exige una respuesta adecuada y rápida, abogaba por la necesidad de llevar a cabo una armonización más intensa de la legislación y de la práctica entre todos los países respecto a la delincuencia relacionada con el ordenador.

que debe abarcar no sólo la norma sustantiva⁽⁸⁾, sino extenderse a la norma procesal en cuanto a la licitud y eficacia de los medios de obtención de pruebas y la validez y suficiencia de las pruebas electrónicas y telemáticas⁽⁹⁾.

La falta de previsión o adaptación normativa de muchos ordenamientos jurídicos ante la complejidad técnica de este fenómeno, es en la actualidad el principal escollo para combatir eficazmente y frenar la rápida expansión este fenómeno delictivo, dado su carácter transnacional. En efecto, los medios y facilidades que hoy en día brinda Internet, permite que la gran mayoría de dichas infracciones tengan planteamientos y efectos transfronterizos, lo que hace necesaria la cooperación judicial internacional para perseguir al delincuente, investigar o recabar pruebas y vestigios en el Estado requerido y facilitar su traslado rápido y eficaz aportación al procedimiento penal seguido en el Estado requirente.

El Profesor Miguel Ángel DAVARA describe acertadamente la situación existente, al señalar que: “*La intangibilidad de la información como valor fundamental de la nueva sociedad y bien jurídico a proteger; el desvanecimiento de teorías jurídicas tradicionales como la relación entre acción, tiempo y espacio; el anonimato que protege al delincuente informático; la dificultad de recolectar pruebas de los hechos delictivos de carácter universal del delito informático; las dificultades físicas, lógicas, y jurídicas del seguimiento, procesamiento y enjuiciamiento en estos hechos delictivos; la doble cara de la seguridad, como arma de prevención de la delincuencia informática y, a su vez, como posible barrera en la colaboración con la justicia. Todas ellas son cuestiones que caracterizan a este nuevo tipo de delitos y que requieren —entre otras— respuestas jurídicas. Firmes primeros pasos ya que se están dando a niveles nacionales, quedando pendiente una solución universal que, como todo producto farmacológico que se precie, se encuentra en su fase embrionaria de investigación y desarrollo*”⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ En tales términos el Convenio de Budapest sobre la Cibercriminalidad del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, pretende cubrir este cambio, “*con un debido respeto a los derechos humanos en la nueva Sociedad de la Información*” e implica realmente, dado su carácter imperativo, un punto de inflexión hacia un tratamiento penal sustantivo, autónomo, unificado y extensivo del fenómeno de la delincuencia o criminalidad informática y telemática o, utilizando el término acuñado más recientemente, de la cibercriminalidad.

⁽⁹⁾ La STS de 9 de mayo de 2008 declara la validez de los rastreos realizados en la red por la policía judicial localizando los Internet Protocols (IPs) por la Guardia Civil en relación con redes de intercambio de archivos (P2P), para averiguar usuarios que descargasen o compartiesen pornografía infantil, sin perjuicio de la posterior autorización judicial para la identificación de sus titulares.

⁽¹⁰⁾ DAVARA, Miguel Ángel, *Factbook del Comercio Electrónico*, Arazandi, 2.ª ed., 2002.

II. DELITOS INFORMÁTICOS

En puridad no puede hablarse de un delito informático, ya que, como tal, no existe, (si atendemos a la necesidad de una tipificación específica en la legislación penal para que pueda existir un delito)⁽¹¹⁾, sino más bien de una pluralidad de ellos, en los que encontramos como nota común prevalente, su vinculación con los ordenadores; pero ni el bien jurídico protegido es siempre de la misma naturaleza, ni la forma de comisión del hecho punible presenta en todos los casos características semejantes. El ordenador es en ocasiones el medio o el instrumento de la comisión del hecho, pero en otras es el objeto de la agresión en sus diversos componentes (el aparato, el programa, los datos almacenados). Por eso, es preferible hablar de “*delincuencia informática*”, como categoría delictiva o de “*delincuencia vinculada a las tecnologías de la información*”. Si bien, como suele ocurrir en esta materia, no ha pasado mucho tiempo desde que dicha expresión alcanzara cierto arraigo, cuando ya se va imponiendo el término “*ciberdelincuencia*” utilizado en el Convenio de Budapest, y que hace referencia más específica a los delitos cometidos en, o a través de las redes informáticas.

El profesor Klaus TIEDEMANN⁽¹²⁾ considera que con la expresión “*criminalidad mediante computadoras*” se alude a todos los actos antijurídicos, según la ley penal vigente, realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos. Como el mismo autor señala, el concepto abarca el problema de la amenaza a la esfera privada del ciudadano y, por otra parte, se refiere además a los daños patrimoniales producidos por el abuso de datos procesados automáticamente.

En superación de las posturas reticentes a la realidad autónoma y global del delito informático, al considerarlo meramente como un nuevo *modus operandi* aplicado a delitos ya recogidos en la vigente legislación y cometidos a través de medios informáticos, se impone el reconocimiento de la **ciberdelincuencia** como manifestación renovada de la criminalidad informática, originada por el riesgo propio del uso y utilización de la informática, la telemática y de la

(11) En este sentido DAVARA RODRÍGUEZ, menciona que no le parece adecuado hablar de delito informático: “Ni el nuevo Código Penal español de 1995 introduce el delito informático, ni admite que exista como tal un delito informático, si bien admite la expresión por conveniencia, para referirse a determinadas acciones y omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la Ley, en las que ha tenido algún tipo de relación en su comisión, directa o indirecta, un bien o servicio informático”.

(12) TIEDEMANN, Klaus, *Poder informático y delito*, Barcelona, 1985.

información en la actual sociedad del conocimiento, actualizando el término de delito informático, como mera categoría funcional o criminológica, para referirnos a un conjunto de tipos delictivos con entidad y sustantividad propia, y que conformarían el núcleo de lo que se ha formulado como “Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información”, en donde el delito informático *strictu sensu* viene configurado como un delito pluriofensivo, teniendo en cuenta la protección de nuevos intereses o bienes jurídicos derivados de la sociedad global del riesgo informático y de la información, que comprenderían la información en sí misma, los datos informáticos —que son la representación de aquella—, y la fiabilidad y seguridad colectiva en los medios y sistemas de almacenamiento, tratamiento, procesamiento y transferencia de la información, lo que le permitiría la consideración como una categoría sustantiva penal específica y propia, sin perjuicio de la protección de bienes jurídicos tradicionales, ya sean individuales o colectivos.

III. FRAUDES INFORMÁTICOS

Centrándonos en las infracciones patrimoniales, el término “delito económico y financiero” se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a un perjuicio económico o una pérdida financiera. La categoría de “delincuencia económica” es difícil de definir y su exacta conceptualización sigue siendo un reto. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, que van desde el fraude, a la evasión tributaria y el blanqueo de capitales. No obstante ello, existe un alto grado de consistencia en los elementos de los delitos defraudatorios recogidos en las descripciones de los diferentes sistemas legales. La mayoría incluyen en su descripción un modo de falta de honestidad o engaño, así como un perjuicio o transferencia económica y la existencia de un nexo causal entre ambos. El elemento económico abarca desde los perjuicios o beneficios financieros o materiales, incluyendo propiedades tangibles, valores financieros u otros intereses, así como pérdidas no tan tangibles, como exposiciones al riesgo o pérdida de valor expectante, aun cuando éste no se haya materializado. En cualquier caso, el **engaño** pasa por ser un elemento sustancial y definidor del fraude, estando consistentemente presente en el Derecho penal comparado. En algunas legislaciones se requiere una conducta activa del artífice del fraude en su afán de confundir; en otras, incluyen el engaño por la retención de información, no facilitando información o sacando ventaja del hecho de que la víctima carecía de información relevante. Por ello, un aspecto relevante y de nueva aparición en el tratamiento de los delitos económicos en relación a la utilización de formas de identificación comerciales automáticas, es si una máquina o un sistema puede engañar o ser engañada, ante la inexistencia de una interrelación personal. La manera de

resolver esta cuestión se ha decantado en la mayoría de los sistemas legales por considerarlos variaciones del fraude, al igual que cuando las personas jurídicas son engañadas. Por otro lado, ciertos sistemas legales tan sólo consideran la existencia de delitos en las transacciones individuales, mientras otros prevén respecto de las defraudaciones dirigidas y perpetradas en relación a múltiples perjudicados un solo delito masa o maquinación fraudulenta, lo que facilita la acusación, la práctica de la prueba y las cuestiones jurisdiccionales, en algunos casos.

Más allá de dichas dificultades teórico-jurídicas inherentes a la heterogeneidad de las diferentes legislaciones domésticas, la tarea más complicada del desafío armonizador la constituye el esfuerzo de permanente actualización normativa y, consecuente **exigencia de tipos abiertos y genéricos**, capaces de absorber la efervescente realidad de los rápidos adelantos tecnológicos y su inmediata repercusión en nuevas oportunidades y/o modalidades delictivas.

Asimismo, se plantea el adelantamiento de las barreras de protección en relación a la ciberdelincuencia, considerando que su punibilidad debe venir determinada por la mayor potencialidad de las conductas o comportamientos para afectar gravemente la información en sí misma y el interés colectivo en la seguridad y fiabilidad de los sistemas y redes de almacenamiento, como bien jurídico supra-individual, difuso o colectivo y, no tanto, por los propios resultados. **Abogándose claramente por la formulación de tipos delictivos de riesgo abstracto**, con independencia del castigo por separado y mediante concurso de infracciones del resultado perjudicial o lesivo del bien jurídico tradicional e individual a que hubiere dado lugar.

Sin duda, hay una percepción cada vez mayor de que los delitos económicos y financieros, particularmente el fraude, se cuentan entre los delitos de crecimiento más rápido. En ese sentido, la preocupación por la transformación y auge del delito económico ha obligado a los diferentes sistemas legales a responder a dicho fenómeno **con nuevos poderes y técnicas de investigación** (agentes y operaciones encubiertas, protección colaboradores con la justicia, entregas vigiladas), **nuevas medidas para el seguimiento, incautación y embargo de los productos del delito y reformas legales** actualizando tipos penales (como hacer de la mera pertenencia a un grupo de delincuencia organizada un delito...), en su mayoría recursos referidos a la investigación de delitos ya cometidos, centrándose muchas veces la prevención de los mismos en la mera difusión de recomendaciones de autoprotección de los usuarios.

Los grandes avances de las tecnologías han transformado los flujos internacionales de información y la forma en que se realizan los negocios. Internet y su alcance mundial, la complejidad creciente del sector bancario y otros adelantos en la tecnología han creado nuevas oportunidades para grupos de delincuentes

organizados más evolucionados⁽¹³⁾. Sin ir más lejos, la utilización fraudulenta de las tarjetas de débito y crédito se ha convertido en un negocio globalizado. El riesgo es enorme si tenemos en cuenta que el uso de tecnología comercial por parte de los consumidores, como el pago con tarjetas de crédito y otros medios electrónicos de pago, se sitúa en los países tecnológicamente avanzados, entre el 25% y el 50% de las transacciones. Los datos parecen indicar que los delitos económicos y financieros han seguido creciendo rápidamente, principalmente debido a los adelantos tecnológicos, especialmente la aparición del sector bancario electrónico on-line y la ampliación de los servicios de Internet al comercio “e-commerce”. La mayoría de los fraudes tienen lugar mediante la imitación del comercio legítimo, surgiendo la necesidad de iniciativas básicas para regular el comercio ya sea desde la legislación comercial o, en última instancia, la penal. Pese a la adecuación de la respuesta normativa, como quiera que normalmente los delitos económicos que usan alta tecnología no requieren la presencia física del infractor, pueden cometerse en o desde países con marcos jurídicos e infraestructuras de aplicación de las leyes más débiles o favorables.

Globalización es el término moderno para un proceso que tiene muchos antecedentes, como lo demostró Marco Polo en su tiempo. En base a dicho proceso la información sobre comercio y oportunidades financieras se extienden a través de las fronteras nacionales, siguiéndole de cerca los bienes y el dinero. En ese sentido, la globalización no es un factor desconocido de la criminalidad económica. Evidentemente, con ello no se quiere decir que el amplio contexto geo-económico en el que actualmente la criminalidad se desenvuelve no haya sufrido cambios, pero sin duda existe también una mayor y mejor regulación y protección de la actividad económica y de las relaciones económicas internacionales, particularmente en la privilegiada realidad del espacio judicial europeo, donde el incremento y mejora de instrumentos internacionales y la voluntad de armonización normativa constituye una auténtica referencia mundial y permite sugerir la idea de que la existencia de lugares seguros para esconderse es cada vez más difícil de encontrar, pese a la facilidad de desplazamiento y comunicación de los delincuentes.

(13) El Jefe del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, Juan Salom, ha declarado que el fraude en la red está siendo monopolizado por la delincuencia organizada, y para atajar el problema “*Es necesaria una política internacional de conservación de datos para atajar los paraísos informáticos, los escenarios de delincuencia informática*”. Salom considera que “*las vías de investigación policial clásicas frente a estos fraudes son ineficaces*”. Ante esto nos queda, “*la trazabilidad de las comunicaciones electrónicas, ver el origen, conservar los datos de tráfico, [...] lo que permite iniciar las investigaciones tecnológicas, pues casi todos los fraudes tienen vías de investigación tecnológicas*”.

En ese sentido, la cuestión real y los esfuerzos se deberían centrar en la posibilidad de aplicar eficazmente de manera transfronteriza las leyes, lo que, ni mucho menos, es un problema nuevo.

Por último, conviene destacar que íntimamente ligada a los fraudes on-line, el robo de la identidad es el marco y la premisa en el que se basa dicha actividad delictiva, incluyendo tanto la obtención de datos de individuos, como la falsificación de sus identidades. Si bien el denominado de forma genérica “identity crime” o “identity offence” sirve de base y facilita la comisión de un amplio abanico de delitos, entre los que se pueden citar el tráfico de seres humanos, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, la pedofilia, el terrorismo..., la manifestación más frecuente y potencialmente más perniciosa del robo de identidad es el fraude de identidad o “identity fraud”.

IV. MARCO NORMATIVO

1. Marco normativo de la Unión Europea

A partir del impulso dado a la construcción de un espacio judicial europeo tras la firma del Tratado de Amsterdam, el Consejo de la Unión Europea aprobó en 1997 el “Plan de acción europeo contra la criminalidad organizada” en el que se insistía en la necesidad de conocer *“las posibilidades de blanqueo a los efectos procedentes de la comisión de delitos a través de Internet... de los fraudes en las transacciones comerciales electrónicas...”*. Para lograr en la Unión una protección penal homogénea, proporcionada y reforzada en materia de delitos financieros internacionales, el Consejo adoptó la **Decisión marco de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI)** ⁽¹⁴⁾. Sobre la base de la presente Decisión marco los Estados miembros están particularmente obligados a tipificar los delitos de fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo, así como a garantizar la adopción de penas efectivas, proporcionadas y disuasorias para lograr un nivel equivalente de contención. El artículo 2 describe los diversos tipos de comportamiento que deben tipificarse en todos los Estados miembros como “delitos relacionados con instrumentos de pago materiales”. El artículo 3 se refiere a los actos cometidos con medios informáticos o relacionados con equipos informáticos y en principio cubre el mismo ámbito que la Recomendación del Consejo de Europa R (89) 9 sobre criminalidad informática. Concretamente, establece que *“Cada Estado Miembro adoptará*

⁽¹⁴⁾ *Vid.* INFORME DE LA COMISIÓN basado en el artículo 14 de la Decisión marco del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo [SEC (2004) 532].

las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario [...] mediante:

- *La introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos, especialmente datos de identidad.*
- *La interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos”.*

El artículo 4 contempla los delitos, cometidos de forma deliberada, relacionados con “*dispositivos especialmente adaptados*” para preparar o realizar una de las conductas delictivas anteriormente descritas⁽¹⁵⁾.

Asimismo, el Consejo de la Unión Europea, adoptó una Posición Común 1999/364/JAI, de 27 de mayo de 1999, en base al artículo 34 del TUE, relativa a las negociaciones paralelas del Proyecto de Convenio sobre Delincuencia en el Ciberespacio celebradas en el marco del Consejo de Europa, por la que los Estados miembros de la Unión tras apoyar expresamente la iniciativa de elaborar un Convenio surgida en el marco del Consejo de Europa, marcaron las directrices que deben contener sus disposiciones⁽¹⁶⁾.

(15) Poco más puede decirse de la UE en esta materia, a salvo las normas dictadas hasta ahora en relación con el fraude y la corrupción que pueden contener disposiciones específicas en materia de defraudaciones cometidas a través de las redes de comunicación. Sin embargo, no es descartable que la preocupación de la UE por la seguridad en las redes empiece a cambiar y, en consecuencia, comience a abrirse un período de reflexión. La aprobación del Reglamento CE núm. 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la **Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información** apunta en esa dirección, habida cuenta de las competencias que incorpora. Entre ellas, el Director Ejecutivo deberá nombrar un grupo de expertos de asesoramiento permanente que, a su vez, deberán recabar los servicios de comisiones *ad hoc* para el análisis de problemas concretos. Entre ellos, tal vez, el estudio global y conjunto de la respuesta político criminal que deba (o no) merecer la delincuencia asociada a procesos tecnológicos.

(16) Concretamente, la delimitación de su ámbito objetivo (definición de los delitos de pornografía infantil y los cometidos mediante un sistema informático...), el establecimiento de una jurisdicción competente para los delitos previstos en dicho Convenio, el fomento de una rápida asistencia judicial internacional (incluyendo la creación de puntos de contacto que funcionen 24 horas), la conservación durante el tiempo necesario de la datos almacenados, la búsqueda informática transfronteriza de datos en supuestos de urgencia y para prevención/investigación delitos graves...

2. Marco normativo del Consejo de Europa

Hasta ahora, el principal esfuerzo por conseguir una normativa de mínimos en esta materia, ha dado como resultado el “Convenio sobre la Ciberdelincuencia”, de 23 de noviembre de 2001. Este documento define los delitos informáticos y algunos elementos relacionados con éstos, tales como “sistemas informáticos”, “datos informáticos” o “proveedor de servicios”. Conviene destacar que en el “Convenio sobre la Ciberdelincuencia” como manifestación de lo se ha venido en denominar “colonización normativa” encomienda a cada Parte que tome las medidas necesarias para tipificar como delito en su derecho interno cada uno de los apartados descritos en cada categoría. En un esfuerzo por establecer un catálogo de delitos, los delitos informáticos fueron clasificados en cuatro grupos:

- Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (artículos 2 a 6).
 - Acceso ilícito a sistemas informáticos.
 - Interceptación ilícita de datos informáticos.
 - Interferencia en el sistema mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, alteración o supresión de estos.
 - Abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos.
- Delitos informáticos (artículos 7 y 8).
 - Falsificación informática que produzca la alteración, borrado o supresión de datos informáticos que ocasionen datos no auténticos.
 - Fraudes informáticos (artículo 8), que define como “*actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial a otra persona mediante cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos y cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona*”.
- Delitos relacionados con los contenidos (artículo 9).
 - Delitos relacionados con la pornografía infantil.
- Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines (artículo 10).

Esta enumeración de comportamientos ilícitos no significa, sin embargo, una lista cerrada de comportamientos delictivos, sino que simplemente, se trata de las manifestaciones más evidentes de ilícitos cibernéticos respecto de los que los Estados firmantes llegaron al consenso de su necesidad de armonización, y

ello sin perjuicio de la ulterior inclusión de otras conductas o de la aplicación de las previsiones del Convenio respecto de otros tipos de comportamientos no incluidos. De ese modo, el artículo 14 del propio Convenio, al indicar que cada parte aplicará los poderes y procedimientos regulados en el Convenio, no sólo a los delitos previstos en los artículos 2 a 11, sino también a cualesquiera otros que pudieran cometerse por medio de un sistema informático, nos muestra el carácter flexible y abierto de dicho instrumento internacional.

3. Marco normativo español

El Código Penal anterior al texto de 1995, la ausencia de una específica previsión legal del delito informático en un Derecho Penal presidido por el principio de legalidad y tipicidad llevó a la jurisprudencia española a acudir a tipos penales ya existentes para subsumir las nuevas tipologías delictuales, efectuando consideraciones respecto de las mismas en el ámbito financiero-patrimonial. Principalmente, en relación con el uso ilícito de tarjetas magnéticas mercantiles y, excepcionalmente, en supuestos de manipulaciones informáticas o similares.

El Código Penal de 1995 recoge expresamente la figura del fraude informático en el artículo 248.2, como modalidad instrumental de la estafa, en la que la utilización de una manipulación informática se limita al ámbito estrictamente económico patrimonial. El texto del artículo 248.2 del vigente Código Penal establece que *“también⁽¹⁷⁾ se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”*.

Se trata de un delito de acción doloso y concretamente, un delito de resultado, en el que las expresiones *“valerse de alguna manipulación informática o artificio semejante”* hacen referencia a una modalidad comisiva genérica, abierta, indeterminada, y en la que los términos *“manipulación informática o artificio semejante”*, como elementos objetivo-descriptivos, vienen a suplir y superar la carencia de los clásicos elementos del engaño y el error en la estafa común. A través de la referencia *“alguna manipulación informática o artificio semejante”* se pretende incorporar todos los supuestos posibles de transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de un tercero, incluyendo tanto las modificaciones de programas o alteraciones en el procesamiento, como las manipulaciones de entrada, salida o transmisión en un proceso automatizado de datos. La referencia a *“o artificio semejante”* podría hacer pensar que

(17) Según el artículo 248.1, “Cometen estafa los que, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

incluye otras maniobras de naturaleza no informática, sin embargo, el sentido del apartado obliga a entender que todo él va referido a estos supuestos, por lo que la mención legal debe ser interpretada desde esa perspectiva.

La transferencia, como resultado conseguido, consiste en un proceso meramente contable que supone cargar débitos, descontar activos u ordenar ingresos con la correlativa anotación a favor de otro sujeto, al que de esta forma se le reconoce un derecho a crédito o a favor del que se realiza una cierta prestación o servicio. La **consumación** se produce cuando se realiza el **perjuicio**, lo que coincidirá con la **realización del asiento contable**.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal (BOE de 26 de noviembre de 2003), en vigor desde el 1 de octubre de 2004, añade al artículo 248 del Código Penal un nuevo apartado tercero (*“la misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”*), cuya redacción inicial es un claro ejemplo de deficiente técnica legislativa y de los riesgos de la ausencia de un enfoque global de los delitos tecnológicos puede acarrear. En efecto, resulta sorprendente, que el nuevo apartado comience afirmando *“la misma pena se aplicará a los que (...)”* cuando en el artículo 248 no se menciona pena alguna. En cualquier caso, las penas previstas para los reos de estafa se aplicarán a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador *“específicamente destinados”* a la comisión de las estafas informáticas⁽¹⁸⁾, es decir, la obtención de una transferencia no consentida, mediante manipulación informática o artificio semejante.

Se trata de un adelantamiento de la barrera de intervención penal, que eleva a consumación estadios de tentativa, e incluso anteriores⁽¹⁹⁾. El Fundamento

(18) De acuerdo con el artículo 4 de la Decisión marco de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI) que se refiere a *“dispositivos especialmente adaptados”* para preparar o realizar una de las conductas delictivas descritas en la misma.

(19) Como recomendaba el informe del Consejo Fiscal emitido en relación al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de julio de 2006, en relación a la supresión de esta modalidad de conducta, su mantenimiento no vulnera el principio de intervención mínima, en la medida en la que la represión penal se limita a la posesión de lo especialmente destinado a la comisión de estafas, en el sentido marcado por la STC 105/1988, de 8 de junio, respecto del derogado delito de tenencia de útiles para el robo.

Finalmente el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Penal de 2008, que fue informado por el CGPJ en noviembre de 2008 y por el Consejo Fiscal en diciembre de 2008 y que no ha tenido entrada en el Congreso de los Diputados como Proyecto de Ley al tiempo de remitir a imprenta este artículo, no recoge la reforma anteriormente proyectada en materia de falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas bancarias.

Jurídico 9.º de la STS de 9 de mayo de 2007 admite que la tenencia de material para efectuar las oportunas clonaciones, tales como lectores grabadores, tarjetas alteradas y clonadas y numeraciones, documentación alterada, cámaras, tarjetas electrónicas,... y software apropiado para la lectura y copiado de tarjetas de crédito, podría encajar en la estafa del apartado 3 del artículo 248, adicionado por Ley Orgánica 15/2003, dado que el acusado poseía programas informáticos para la falsificación de tarjetas y para la comisión de estafas mediante su uso en comercios.

Sin embargo, no se resuelve la problemática del uso de tarjetas de crédito/débito y su calificación jurídica, que en ocasiones será constitutiva de hurto, de robo con fuerza en las cosas, estafa ordinaria, estafa informática e incluso falsedad de moneda como consecuencia de la confusa situación del marco normativo actual, fruto de la constante transformación de las nuevas tecnologías y las formas emergentes de delincuencia desarrolladas en el contexto de la sociedad de la información que puede dar lugar a la adaptación forzada de los tipos tradicionales a situaciones para los que no estaban realmente pensados, con el consiguiente riesgo para los principios de legalidad penal y proporcionalidad que ello puede suponer. En ese sentido, con fecha de 14 de julio del 2006 fue aprobado en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de Código Penal, propuesta que pasó a ser formalmente Proyecto de Ley Orgánica el 15 de enero de 2007. Debido a la falta del oportuno impulso parlamentario en la legislatura anterior, ha quedado como relevante precedente a considerar. La reforma proyectada en materia de falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas bancarias, seguía la línea trazada por la Unión Europea en la Decisión marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea (2001/413/JAI), de 28 de mayo, para la lucha contra el fraude en los medios de pago distintos del efectivo, armonizando nuestra legislación penal con la del resto de los Estados Miembros, a fin de lograr una protección penal coherente con el carácter generalmente transnacional de la delincuencia económica y asociada a las tecnologías de la información y la comunicación. El régimen previsto para el uso de tarjetas bancarias dependía de si son auténticas o no. Es decir, si el uso ilícito se realiza a través de tarjeta falsa se trataría de una conducta asociada a la falsificación⁽²⁰⁾ y si la tarjeta es auténtica, acudiríamos al nuevo tipo defraudatorio del artículo

(20) Nuevo artículo 399 bis, como categoría delictiva diferente a la falsificación de moneda, por afectar a la fiabilidad del tráfico mercantil.

248.2.c) previsto por la reforma⁽²¹⁾, que tipificará como una modalidad de la estafa, la consistente en la utilización de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellas, realizando operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero⁽²²⁾. Con la previsión de un nuevo tipo de estafa para incriminar el uso ilícito de tarjetas auténticas, se estaría dando cobertura legal y consecuente seguridad jurídica, a supuestos cuya subsunción en el delito vigente de estafa no resultaba pacífica.

V. MODALIDADES DELICTIVAS Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Las carencias legislativas, particularmente evidenciadas en el tratamiento de la problemática del uso de tarjetas de crédito/débito y su calificación jurídica, ha venido salvándose con los criterios cambiantes de la jurisprudencia a impulsos de la conocida como “jurisprudencia menor”, esto es, las sentencias de las Audiencias Provinciales.

(21) El proyecto modifica el artículo 248, que queda redactado como sigue:

“1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”.

(22) El Proyecto de Ley siguiendo las recomendaciones del Informe del CGPJ y del Consejo Fiscal, añade al perjuicio del titular, el de un tercero, si bien el Consejo Fiscal afinaba más al recordar que *“la prevista exigencia típica de que el perjuicio recaiga (exclusivamente) en el titular de la tarjeta resulta cuestionable, ya que el comportamiento sancionado puede afectar patrimonialmente a terceros. La doctrina jurisprudencial vigente afirma la responsabilidad compartida del titular de la tarjeta en supuestos de uso ilegítimo de la misma, en sentido coincidente con lo dispuesto por el artículo 4.2 del anexo de la Recomendación de la Comisión 88/590/CEE, de 17 de noviembre, y por los artículos 5 y 8.1.b) de la Recomendación de la Comisión 97/489/CEE, de 30 de julio. Por ello, parece más adecuado cambiar la expresión [...] en perjuicio de su titular, por la de en perjuicio de otro, que además es utilizada en el proyectado artículo 399 bis, que tipifica las mismas conductas pero mediante la utilización de tarjeta falsificada”.*

Tradicionalmente, el uso ilícito del ordenador y la manipulación de programas o datos informáticos no fue considerado más que como el medio comisivo de la figura delictiva correspondiente⁽²³⁾. No obstante ello, debemos distinguir diferentes supuestos a la hora de estudiar su concreto tratamiento jurídico-penal. Las tipologías delictivas más frecuentes, se centran en el uso ilícito de tarjetas magnéticas, como modalidades de fraude de identidad:

1. Extracción ilegítima de efectivo en cajeros automáticos

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización ilícita de tarjetas ajenas ha suscitado desde siempre problemas de tipificación, cuestionándose ya con anterioridad a la vigencia del actual Código la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa. Así, la postura mayoritaria se decantaba a favor de calificarla como **robo con fuerza en las cosas**, desestimando la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos del engaño y el error (sólo posible entre personas), incluyendo la tarjeta en el concepto legal de llave falsa⁽²⁴⁾. Igualmente, la Jurisprudencia, considerando que el engaño propio de la estafa sólo podía desplegarse con personas y que a las máquinas no se las puede engañar y a los ordenadores tampoco, consolidó la doctrina de calificar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal (SSTS de 21 de marzo de 1988, 6 de marzo de 1989, 27 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1990, 21 de noviembre de 1991, 8 de mayo de 1992, 21 de abril de 1993, 25 de abril de 1996).

(23) En ese sentido, las manipulaciones informáticas realizadas mediante la alteración de los datos personales y patrimoniales contenidos en un sistema informático, concretamente la manipulación de datos de la Seguridad Social tendentes a la obtención de prestaciones indebidas de tal índole o de desempleo (SSTS de 5 de diciembre de 1989 y de 25 de enero de 1994), han sido consideradas como estafa o, si dicho comportamiento se daba en la banca privada, por personal de la misma, como un delito de apropiación indebida (STS de 19 de abril de 1991 y la del Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, núm. 55/1998, de 16 de febrero de 1998).

(24) La Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado concluye afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa “después de ciertas manipulaciones”, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto, no priva a aquella de su carácter de llave.

Con la promulgación del Código Penal de 1995, dicho criterio se mantuvo⁽²⁵⁾, teniendo en cuenta que los nuevos artículos 238 y 239 consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los objetos muebles cerrados para sustraer su

(25) Esa tesis ha sido respaldada en STS de 16 de marzo de 1999 y en fechas más recientes, STS 35/2004, de 22 de enero de 2004 que, casando una Sentencia de la Audiencia Provincial que descartaba el delito de robo con fuerza, al no haber constancia de que el cajero estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o contrapuerta mediante el empleo de aquel instrumento. La STS referida, declaró que *“el artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín “accedere”, acercarse. Entre los significados del termino, según el Diccionario de la Real Academia Española, está “entrar en un lugar o pasar de él”. Acceso por su parte, significa acción de llegar o acercarse y también “entrada o paso”. A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados “tocar o alcanzar algo”. Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentren en el lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto, a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de su mecanismo que resulte hábil para extraerlas.* Por ello, teniendo en cuenta los posibles significados del termino **“acceder”** empleado en el artículo 237 y las prescripciones de los artículos 238 y 239, concluyó que *“hay que entender que la propia Ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante una llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél”*. De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal de 1995, como también entendieron las SSTS 257/2000, de 18 de febrero, 2016/2000, de 26 de diciembre, y 1313/2001, de 25 de junio.

Un voto particular de la STS 22 de enero de 2004 ya advertía que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún “lugar”. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la **expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima**. Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el artículo 237 del Código Penal. En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para “acceder al lugar donde éstas se encuentren”, tal y como lo define legalmente el artículo 237 del Código Penal. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

contenido, por lo que parecía que estos supuestos de uso de tarjetas encajaban con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas.

Por lo tanto, en los supuestos cometidos con tarjetas bancarias robadas, el uso ilegítimo de tarjeta para extracción de dinero en cajero automático era considerado un delito de robo con fuerza en las cosas por utilización de llave falsa. La posible incardinación de la conducta analizada en la estafa informática del artículo 248.2 del Código Penal fue, en principio, descartada por la Jurisprudencia (STS de 29 de abril de 1999) por considerar que el uso de la tarjeta por el no titular no supone la manipulación informática o artificio semejante que requiere el precepto. Tan sólo cuando se usan equipos y programas de ordenador especializados para codificar información electrónica de las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y descifrar el PIN, con dicho programa informático se podría admitir la aplicación del artículo 248.2 del Código Penal.

Como he indicado anteriormente, el cambio de doctrina se inició, en la jurisprudencia menor, concretamente con la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 2.^a) de 13 de mayo de 2002, en un caso de utilización ilícita continuada de una tarjeta bancaria en diversos cajeros automáticos, que confirmó la sentencia de instancia del Juzgado de lo Penal número 3 de Pamplona de 31 de julio de 2001 y sus fundamentos en los que desechando la calificación de los hechos como de robo con fuerza en las cosas, estimó dicha conducta subsumible como una “*manipulación informática defraudatoria patrimonial*”, prevista y penada en el artículo 248.2 del Código Penal. Actualmente, a raíz de la **STS 369/2007, de 9 de mayo** (Berdugo García de la Torre), la jurisprudencia considera la extracción ilegítima de dinero en cajero como una **manipulación informática** ⁽²⁶⁾. Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los artículos 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (*v.gr.*: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto). La STS de 9 de mayo de 2007 considera que en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta

(26) También la Sentencia número 169/2003, de 8 de mayo de 2003 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Terrassa, (sin embargo fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.^a, de 6 de octubre de 2003).

la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que si estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el *password* ante el sistema es tanto como identificarse. Considerar como manipulación informática la utilización del número secreto de otro para identificarse ante el sistema, tiene su respaldo en la Decisión Marco sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, de fecha 28 de mayo de 2001, que en su artículo 3.º dispone que “*Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario [...] mediante:*

- *La introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos, especialmente datos de identidad.*
- *La interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos”.*

En atención a todo lo expuesto la STS de 9 de mayo de 2007 concluye que la identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el artículo 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, incluso aunque dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva. En definitiva, **identificarse ante el sistema informático mendazmente**, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del artículo 248.2 del Código Penal, ya que la introducción no autorizada de claves supone burlar el mecanismo de autorización previsto por el mismo.

2. Abuso de cajeros automáticos

Para GONZÁLEZ RUS, cuando lo que se produce son extracciones repetidas por el propio titular, superando el saldo disponible, no se puede hablar de apoderamiento de cosa mueble ajena, ya que falta la ajenidad del dinero recibido y la ausencia de consentimiento del propietario de la cosa, puesto que el contrato de depósito en cuenta corriente o de apertura de crédito que vincula a la entidad y al usuario de la tarjeta genera entre ellos derechos de créditos recíprocos y acepta la posibilidad de descubiertos, lo que podría considerarse

un consentimiento tácito sobre la obtención del dinero por cuantía superior a la existente en el momento de realizar la extracción; esto sin mencionar la posibilidad de que se pueda suponer un comportamiento atípico como consecuencia de la aceptación del riesgo que supone la delegación en el usuario de funciones de autoprotección que corresponden a la entidad emisora.

Por otro lado, y respecto a operaciones en cajeros automáticos distintas de las llevadas a cabo con tarjetas de crédito o débito, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3.^a, de 15 de enero de 2004, en vía de apelación de la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de la misma localidad, consideró, como éste, la existencia del delito del artículo 248.2 en la conducta de quien tras aperturar cuentas bancarias utilizó los sobres previstos para ingresar dinero por el cajero automático sin introducir realmente el dinero que se manifestaba contener los mismos, logrando la anotación mecánica de dichos importes por el sistema informático. El engaño se consideró bastante y suficiente para formar parte de la conducta típica descrita en el número 2 del artículo 248 del Código Penal, ya que no fue dirigido a un empleado de la Caja de Ahorros, sino al cajero automático instalado, burlándose su configuración o sistema informático u operativo, electrónico o telemático, siendo la máquina la que realizó el acto de disposición patrimonial. El artificio de que se valió el acusado fue, por tanto, idóneo, adecuado, suficiente o bastante, a los fines defraudatorios pretendidos.

3. Uso de tarjetas como medio de pago de bienes y servicios

La jurisprudencia no ha mostrado fisuras en calificar como un delito de **estafa** esta modalidad delictiva, en concurso, en su caso, con un delito de **false-dad** documental. Así lo reflejan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1986, 8 de noviembre de 1990, 10 de junio de 1991 y 3 de diciembre de 1991, si bien, se distinguen dos supuestos:

- Uso en establecimientos mercantiles, en donde existía una persona a la que se engañaba y expedía el justificante de pago, no existiendo resolución penal alguna que contemplara una total contratación por vía informática o telemática, sin intervención de persona distinta del propio sujeto activo.
- Y el uso de tarjetas magnéticas de pago de servicios de transportes públicos, las denominadas *tarjetas multiviajes*, cuya banda magnética había sido previamente alterada o sustituida, y que, normalmente, se calificaba de falta de estafa, cuando en las proximidades había un

empleado, vigilante o encargado que percibiera el sonido de la máquina canceladora, como destinatario final del engaño⁽²⁷⁾.

Ante tal insuficiente desarrollo de las posibilidades ofrecidas por el artículo 248.2, se imponía una interpretación amplia de los términos “**manipulación informática**” y “**artificio semejante**”, que permitiera su aplicación a las manipulaciones en máquinas expendedoras automáticas que proporcionan servicios o mercancías⁽²⁸⁾.

A) Uso de tarjetas en terminales y puntos de venta electrónicas (TPV) para adquisición ilegítima de bienes o servicios

Si el uso abusivo de tarjetas magnéticas cuando existía un factor humano o una relación interpersonal, de manera que una persona la recibía o controlaba su uso, no ofrecía discusión en cuanto a su subsunción en **la figura clásica de la estafa**, la dificultad surge en ausencia de un sujeto pasivo, como es el caso de las operaciones en expendedores automáticos, o en puntos de venta de comercio electrónico (TPV). En relación con el uso de las tarjetas como medios de pago de bienes y servicios en el comercio electrónico, y más concretamente en los terminales y puntos de venta electrónicos, hay que distinguir:

1.º Se considera como estafa genérica (antes y después del Código Penal de 1995), la utilización ilícita de tarjetas magnéticas de crédito o débito por

(27) La Fiscalía General del Estado, considerando tales acciones como una infracción penal de estafa genérica, en la que “*la relajación de los vigilantes constituye el acto de disposición inducido por el error*”, teniendo en cuenta que para ser estimados dichos supuestos como estafa es imprescindible:

- a) que exista persona encargada de la supervisión de la conducta enjuiciada, sea el conductor del autobús, sea el empleado de la taquilla más próxima en el metropolitano;
- b) que unos u otros vigilantes estén en condiciones de proximidad para percibir el sonido de la máquina canceladora, cuya aparente normalidad les produzca la relajación de la vigilancia.

(28) La Fiscalía General del Estado, sin embargo, al tratar sobre la interpretación del concepto de “*manipulación informática o artificio semejante*” del artículo 248 del Código Penal centrándose precisamente en “*supuestos de defraudaciones telefónicas mediante la utilización de tarjetas que imitan las verdaderas, con las que se consigue, engañando al sistema que reconoce la tarjeta como verdadera, la prestación de un servicio de contenido patrimonial*”, entiende que “*en estos casos es muy difícil admitir la existencia de una manipulación informática o artificio semejante, y en los casos de defraudaciones de servicios telefónicos se tropieza con el problema que no concurre el requisito de transferencia económica de un activo patrimonial, sino que estamos ante la prestación de un servicio*”. En idéntico sentido, respecto al tratamiento jurídico penal de las manipulaciones en las tarjetas multiviaje para uso de transportes públicos urbanos.

terceros ajenos al titular de la tarjeta, en la que el engaño se efectúa sobre el empleado del establecimiento comercial donde está instalado el TPV de una determinada entidad bancaria, crediticia o genérica, con conexión telemática con el sistema o red informática, haciéndose pasar por el titular legítimo de la tarjeta⁽²⁹⁾, con la única exigencia en cuanto a la suficiencia del engaño, de una cierta diligencia por parte del empleado o titular del establecimiento, en cuanto a la comprobación de la identidad del sujeto activo⁽³⁰⁾.

2.º En cualquier caso, la conducta consistente en la alteración de la banda magnética, que supone la generación de una tarjeta *ex novo*, integra, por sí misma, el delito de falsificación de moneda, independiente del uso posterior fraudulento a que ese instrumento de pago mendaz pueda ser destinado, produciéndose, en tal caso, una relación concursal entre ambos ilícitos, por un lado un delito de falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal conforme a la equiparación que el artículo 387 del Código Penal efectúa de tales medios de pago como “dinero de plástico”⁽³¹⁾, y la estafa genérica, en su caso.

(29) Así, cabe señalar las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 1.ª, de 16 de marzo de 1999, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.ª, de 9 de junio de 1999, de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de noviembre de 1999, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 19 de enero de 2000, de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de febrero de 2001 y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de mayo de 2001. Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 2.ª, de 10 de marzo de 2001 (confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 448/2002, de 8 de julio); de la Audiencia Provincial de Palencia Sección 1.ª, de 27 de febrero de 2004; o de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3.ª, en la de fechas 4 de noviembre de 2002 y 25 de junio de 2004.

(30) En tal sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de noviembre de 2006 relaciona como indicios de la connivencia defraudatoria:

— la ausencia de la mayor parte de los correspondientes soportes documentales que habrían de constatar la realidad y veracidad de las ventas supuestamente efectuadas;

— la evidente falsedad de los soportes aportados —boletas o resguardos autorizando los cargos bancarios— en cuanto incorporan unas mismas o muy semejantes firmas como pertenecientes a distintos clientes, o distintas firmas para un mismo cliente;

— el origen necesariamente irregular de las tarjetas magnéticas utilizadas en los lectores de los TPV (“algunas tarjetas daban el código de ‘tarjeta sustraía’, ‘retener’”, en tanto que otras debieron ser duplicadas subrepticamente,

— y de la apertura precisamente por el acusado de las cuentas bancarias receptoras de los abonos, todo lo cual señala inequívocamente al mismo como artífice y beneficiario de la práctica defraudatoria.

(31) De acuerdo con el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 y la Directiva marco del Consejo de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo”, de 28 de mayo de 2001, y así ha venido siendo reconocido por la STS 948/2002, de 8 de julio (recurso de casación 856/2001, Ponente Maza Martín).

3.º Respecto las operaciones fraudulentas verificadas a través o en las denominadas terminales puntos de venta electrónicos (TPV), en las que aparece como copartícipe del fraude el propio empleado o titular del establecimiento que, quién a sabiendas efectuaba la actividad de “pasar el cargo para su aceptación” por el TPV, o bien **particulares que montaban un inexistente negocio** y obtenían el TPV, un datáfono, por el cual efectuaban transacciones ficticias, ante la facilidad de no ser necesaria la introducción del código PIN, con el consiguiente riesgo de “doble pase”; es decir, se pasa la tarjeta por el datáfono de la empresa, compañía o entidad de cargo, y una segunda vez por otro aparato de una entidad inexistente que simplemente registraba los datos⁽³²⁾. En estos casos, la aplicación de la figura clásica de la estafa resultaba forzada al no concurrir los elementos del “error” y el “engaño” requeridos por el artículo 248.1 del Código Penal.

En tales términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2.ª, de 2 de noviembre de 1999, analizando precisamente un supuesto de utilización de tarjetas de crédito, extraviadas por sus titulares, en un datáfono obtenido para un negocio inexistente, apreció la figura del artículo 248.2 del Código Penal, como continuada y además de otro ilícito continuado de falsificación documental, si bien el verdadero punto de inflexión en el tratamiento jurisprudencial de estos supuestos, vino dado con **las sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo 2175/2001, de 20 de noviembre** (recurso de casación 603/2000, ponente: Martínez Arrieta), y **1476/2004, de 21 de diciembre** (recurso de casación 2199/2003).

La STS de 20 de noviembre de 2001, pionera en nuestro país, casa la sentencia absolutoria del la Audiencia Provincial de Barcelona y subsume los

(32) Lo cierto es que cada vez es mayor la variedad de métodos para la obtención de los registros magnéticos de tarjetas de crédito y de débito, que se utilizan tanto en cajeros automáticos, o como pago (como por ejemplo las tarjetas de autobús o metro), o de prepago (como las tarjetas telefónicas), pasando por métodos específicos de manipulación en las operaciones con dispensadores automáticos de alta eficacia o los llamados puntos de venta de comercio electrónico, equipados con sensores capaces de leer e identificar papel moneda, tarjetas de crédito o de débito, o cualesquiera otros medios de pago electrónico. Además, se puede descifrar el algoritmo (DNS) del código común (*pool code*), con el cual los números del código se pueden analizar a partir de la información almacenada en tarjetas, y existen técnicas que recaban y analizan la radiación de cajeros automáticos, así como hojas transparentes especiales, que pueden ponerse encima del teclado con la finalidad de registrar electrónicamente el código. Y en el ámbito “hacker” ya existen métodos de quebranto y superación de los nuevos sistemas de protección o seguridad, como la utilización del iris ocular para la identificación del usuario en cajeros automáticos, o el uso de la firma electrónica para la identificación y acreditación de la personalidad de los contratantes o clientes en operaciones de comercio electrónico.

hechos⁽³³⁾ como constitutivos de un delito de “manipulación informática”, además de otro de falsificación de documento mercantil⁽³⁴⁾. Al analizar la concurrencia de los elementos de la figura del artículo 248.2 del Código Penal, en su FJ 3.º, sostiene que no concurren los elementos característicos de la acción de apoderamiento sustractivo, sino que el hecho probado relata una recepción de una cosa mueble, a través de un **artificio consistente en aparentar la titularidad de una tarjeta de crédito**. Entiende dicha resolución que el caso enjuiciado se aparta de las premisas de la estafa, pues el titular del establecimiento mercantil no fue engañado pues conocía que quien utilizaba la tarjeta no era ni titular ni poseedor legítimo, y que **los dos, en connivencia, acuerdan un dispositivo dirigido a realizar una transferencia económica de un tercero no consentida**. En tales términos, sostiene que la actual redacción del 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa el efectuar, **mediante una manipulación informática o artificio semejante**, una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia. **La manipulación informática o artificio semejante la configura como mera modalidad comisiva, en sustitución del engaño propio de la relación personal, mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe**. Un actuar a impulsos de una actuación ilegítima, que bien puede consistir en una alteración de los elementos físicos, de aquellos que permiten su programación, o por la introducción de datos falsos.

(33) Básicamente los hechos objeto de enjuiciamiento y dictado de sentencia absolutoria por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª) el 29 de octubre de 1999, consistían en la sustracción por uno de los acusados, que en su trabajo se encargaba de la remisión de las tarjetas de crédito expedidas a sus titulares, y como puesto de acuerdo con otros acusados, empleados de establecimientos mercantiles, utilizaron el respectivo TPV, realizando operaciones de comercio que, en una ocasión, fue cargada en la cuenta del titular de la tarjeta, y en otras no al carecer de fondos para su abono.

(34) FJ 2.º y frente al razonamiento absolutorio de la sentencia de instancia basado en negar la tipicidad de los hechos al no haber llegado la tarjeta a su legítimo titular y no haberla llegado a firmar lo que hace imposible la imitación de la firma del mismo, declara que *“el acusado, en connivencia con los otros acusados, crean un documento dotándolo de apariencia de realidad, mediante la expedición e incursión en el tráfico jurídico de un documento referente a un acto de comercio”*, considerando como acto falsario *“la creación de un documento mercantil suponiendo que quien realizaba el acto mercantil era la titular de la tarjeta, lo que no se correspondía con la realidad”*, y atribuyendo asimismo la autoría a *“quien prestó la tarjeta y quienes conociendo la falsificación la introdujeron en el terminal bancario de la tarjeta de crédito”*.

Lo que más destaca de la referida sentencia es la conceptualización que se hace del término **artificio**, al entenderlo como **referido a artimaña, doblez, enredo o truco**, y entendiendo que la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito, cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce o, siendo el mismo el introductor de los datos en una máquina, posibilitando que ésta actúe mecánicamente, está empleando **un artificio** para aparecer como titular ante el terminal bancario para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Por otro lado, **la STS de 21 de diciembre de 2004**, declara que “los **artificios** semejantes” deben determinarse por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial, siendo equivalente que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. Últimamente, **la STS de 26 de junio de 2006** declaraba que está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado. Y, en consecuencia, se encuentra incurso en la conducta definida en el artículo 248.2 del Código Penal. No obstante tales resoluciones, la jurisprudencia menor se caracteriza por un cierto confusiónismo conceptual entre las distintas figuras del artículo 248 del Código Penal⁽³⁵⁾.

VI. DEFRAUDACIONES A TRAVÉS DE REDES TELEMÁTICAS: ESPECIAL REFERENCIA AL *PHISHING*

Sin duda la tipología delictiva defraudatoria más preocupante por su espectacular expansión en los últimos tiempos se refiere a la utilización de internet para la obtención de datos de identificación y el uso abusivo de los datos de identificación en la banca o el comercio on-line. El delito consiste básicamente, en obtener información tal como números de tarjetas de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales por medio de mensajes de

⁽³⁵⁾ Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª) de 8 de febrero de 2005 en la que llega a sostener la configuración de los hechos como un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 248, 249 y 74 Código Penal, al haberse producido una acción engañosa mediante el empleo a través de una TPV de tarjetas fraudulentas, llegando a sostener seguidamente que resulta irrelevante el que el engaño se cometiera a través de una máquina, mediante la introducción en el TPV de los datos de las bandas magnéticas copiadas espuriamente, y en forma que no consta, a otras, y a través de lo que se consiguió burlar y llevar a error al sistema informático de la entidad emisora de la tarjeta que otorgó así la aprobación de la operación a cargo de su legítimo titular aludiendo a que tal posibilidad viene refrendada en el párrafo segundo del artículo 248 y citando a continuación la mentada STS de 20 de noviembre de 2001 y recogiendo parte de sus fundamentaciones ya expuestas.

correo electrónico, páginas web o de ventanas emergentes y su posterior utilización fraudulenta.

En los últimos años millones de personas han sido víctimas del denominado robo de identidad por el que se utilizan los datos y la información confidencial de otra persona, sin su conocimiento, con fines fraudulentos. Uno de los modos más utilizados para obtener dicha información es, generalmente, a través del correo electrónico⁽³⁶⁾, haciéndose pasar por una firma conocida (*phishing*). Los delincuentes pueden utilizar la información personal para conseguir la remisión de tarjetas a otra dirección, abrir cuentas a su nombre, solicitar préstamos con el nombre de las víctimas y, en definitiva, utilizar la información financiera a su antojo, todo lo cual va entretejiendo una red fraudulenta que tardará años en poderse desenmarañar.

Especial referencia al *phishing*

1. El *phishing* es un término inglés para referirse a actividades criminales basadas en técnicas de ingeniería social. Tiene como finalidad obtener de forma fraudulenta, haciéndose pasar en una comunicación electrónica por negocio o persona fiable, contraseñas y detalles de tarjetas de crédito. Se refiere a atrayentes técnicas usadas por ladrones de identidad para pescar información personal en un estanque de confiados usuarios de internet. Concretamente, consiste en el envío de correos electrónicos que, aparentando provenir de fuentes fiables (“spoofed” e-mails frecuentemente correspondientes a entidades bancarias⁽³⁷⁾) y usando sus logos y slogans intentan obtener datos confidenciales del usuario. Para ello, suelen incluir un enlace que lleva a páginas web falsificadas. De esta manera, el usuario, creyendo estar en un sitio de toda confianza, introduce la información solicitada que, en realidad, va a parar a manos del estafador. La creación y uso de los e-mails y websites de conocidas empresas por los delincuentes es diseñada de tal modo que aparentan ser legítimas. Los delincuentes engañan a los usuarios de internet a fin de obtener su información bancaria y financiera u otra información personal como nombres de usuarios y contraseñas (*usernames & passwords*) o para que descarguen inconscientemente códigos de ordenador malintencionados dentro de sus ordenadores personales que permitirán a los delincuentes posteriores entradas o accesos a aquellos ordenadores o a las cuentas financieras del usuario.

⁽³⁶⁾ La dirección de correo electrónico es el medio más utilizado para registrar la identidad de una persona en Internet y suele servir para acumular información de ella, siendo muy fácil conseguir direcciones sin consentimiento en foros y chats (ingeniería social).

⁽³⁷⁾ En cuanto a las páginas más falsificadas, PayPal, eBay, Barclays Bank y Bank of America encabezaron la clasificación en 2007.

Paradójicamente, las facilidades tecnológicas para la creación de páginas web, que han permitido el rápido crecimiento de internet como medio de comunicación, se nos presentan como la razón que permite el abuso de marcas, denominaciones comerciales y otras identificaciones corporativas en base a las cuales los consumidores establecen mecanismos de autenticación⁽³⁸⁾.

2. Aunque *phishing*, sustracción de la identidad y fraude de identidad son términos que en ocasiones se utilizan indistintamente, algunas distinciones deben ser realizadas. Se considera el *phishing* como uno de los distintos métodos que los ladrones de identidades utilizan para “robar” información provocando que consumidores inconscientes faciliten su identificación o información financiera, ya sea sin darse cuenta o con falsos reclamos, o engañándoles directamente para permitir a los delincuentes accesos no autorizados a sus ordenadores y a sus datos personales. Los EE UU y otros países usan la expresión “identity theft,” mientras el Reino Unido a menudo utiliza la expresión “identity fraud,” para referirse ampliamente a la práctica de obtener y mal usar otra información confidencial para propósitos criminales. “Identity fraud” puede ser también utilizado para referirse a la posterior utilización criminal de dicha información personal para obtener bienes o servicios, o para la utilización de información ficticia para cometer crímenes. El *phishing* se comete para que el delincuente tenga la oportunidad de obtener información sensible y valiosa sobre un consumidor, usualmente con el objetivo de conseguir el acceso fraudulento a sus cuentas bancarias u otras cuentas financieras. A menudo, “phishers” venderán tarjetas de crédito o números de cuenta a otros delincuentes, transformando en una muy alta ganancia una relativamente baja inversión tecnológica.

3. Las tramas *phishing*, por regla general, dependen de tres **elementos**:

a) Las solicitudes *phishing* a menudo utilizan marcas/denominaciones comerciales conocidas o familiares, así como reconocidas agencias gubernamentales denominaciones y sus logos. La utilización de dichas marcas comerciales es eficaz en muchas ocasiones debido a que son familiares para muchos usuarios de internet y normalmente utilizadas con confianza y sin el estudio detallado o comprobación de los usuarios. Más aún, los indicadores que están siendo facilitados por los buscadores de internet (*web browsers*) para valorar la validación y seguridad de una website (por ejemplo, el icono del candado en la barra de dirección) pueden ser todos imitados. Este problema se agudiza con las carencias de protocolos estandarizados entre las instituciones financieras acerca

(38) La naturaleza y formato de la principal creadora de lenguaje en internet, Hyper Text Markup Language, [HTML, siglas de HyperText Markup Language (Lenguaje de Marcas de Hipertexto)], que es el lenguaje de marcado predominante para la construcción de páginas web, hace realmente fácil copiar imágenes e incluso una página web completa.

de la manera de comunicarse con sus clientes y saber qué información pueden pedir vía internet.

b) Las solicitudes normalmente contienen avisos (warnings) que pretenden causar a los receptores el inmediato interés o preocupación para acceder con prontitud a una existente cuenta financiera. Los *phishing scams* por regla general crean una sensación de urgencia mediante la alerta a las víctimas de que el incumplimiento de las instrucciones les conducirá al cierre de la cuenta, la valoración de multas o comisiones u otros resultados negativos. El temor que dichos avisos crean ayudan a aumentar la confusión y precipitación a la hora de discernir si los mensajes son auténticos o no⁽³⁹⁾. Incluso en el caso de que un pequeño porcentaje de las personas que reciben estas alarmas fraudulentas contesten, la facilidad con que dichas solicitudes pueden ser distribuidas a millones de personas crea de por sí un considerable fondo de víctimas. Por el contrario, debe destacarse que otras maquinaciones están basadas en el ofrecimiento de incentivos positivos (por ejemplo mediante el ofrecimiento de promesas de pago por participar en una encuesta online)⁽⁴⁰⁾.

c) Las solicitudes dependen de dos hechos relacionados con la autenticación de los e-mails⁽⁴¹⁾:

(39) Caso de *phishing* dirigido a clientes del Royal Bank. En junio de 2004, correos electrónicos fraudulentos, pretendidamente procedentes del Royal Bank de Canadá fueron enviados solicitando a los clientes que comprobaran los números de cuenta y sus números de identificación personales (PINs) a través de un link incluido en el correo electrónico. El e-mail fraudulento declaraba que si el receptor no activaba el link y facilitaba su número de tarjeta de cliente y el código de acceso, le sería bloqueado el acceso a su cuenta. Estos correos electrónicos fueron enviados dentro de una semana en la que los ordenadores del banco estaban fuera de servicio por una actualización y afectaba al ingreso de nómina programados para muchas cuentas, de manera que podía afectar a los pagos de hipotecas, rentas... Evidentemente alguien quiso sacar ventaja de dicha situación.

(40) En una encuesta realizada por la empresa Boixnet, el 90% de los empleados de oficina de la estación Waterloo de Londres reveló sus contraseñas a cambio de un bolígrafo barato.

(41) De acuerdo con un reciente estudio de realizado por tres investigadores de la Universidad de Harvard y de la Universidad de Berkeley (R. Dhamija, J.D. Tyar y Marti Hearst), con el expresivo título de “*WHY PHISHING WORKS*”, realizado con el propósito de obtener datos para construir sistemas de protección de páginas webs fraudulentas, las buenas páginas web de *phishing* engañaron al 90% de las 22 personas que participaron en la investigación realizada, a los que mostraron 20 websites. Cerca de un cuarto de los mismos no repararon en las señales *anti-phishing* existentes en dichas páginas (*e.g.*, no miraron la barra del buscador, ni los indicadores de seguridad de la barra de direcciones), y que “*algunos de los ataques engañosos visuales [phishing] pueden engañar a los usuarios más sofisticados*”.

(1) Los consumidores on-line a menudo carecen de las herramientas y conocimientos técnicos para autenticar mensajes de instituciones financieras y compañías de comercio por internet.

(2) Las herramientas y técnicas disponibles son inadecuadas para autenticaciones eficaces o pueden ser imitadas. Por consiguiente, los delincuentes pueden utilizar técnicas como falsificar las cabeceras del e-mail, hacer que los e-mails parezcan proceder de fuentes fiables, teniendo presente que muchos usuarios no dispondrán de medios efectivos de verificar la precedencia verdadera de los e-mails.

4. En cuanto a las **dimensiones** de esta tipología defraudatoria, el *phishing* sigue siendo una de las clases de estafas que crecen con mayor rapidez en internet, a pesar del amplio conocimiento que del mismo se tiene, causando tanto pérdidas a corto plazo ⁽⁴²⁾, como costes y daños económicos generalizados y a largo plazo ⁽⁴³⁾. Existen, en cualquier caso, indicaciones claras de que el *phishing* ha crecido sustancialmente en los últimos cuatro años y se ha convertido en un grave problema en Europa y otras regiones del mundo. Una destacada coalición industrial multinacional dedicada al phishing, el Anti-Phishing Working Group (APWG), emite informes regulares sobre el volumen actual y modos de ataques phishing. La estadística más reciente del APWG's correspondiente al mes de enero de 2008 muestra el crecimiento y variedad de los ataques phishing en el último año ⁽⁴⁴⁾. Los datos más recientes sugieren que estos criminales están en condiciones de convencer hasta un 5% de los destinatarios para responder a sus e-mails, produciendo un creciente número de consumidores que han sufrido un fraude de tarjeta de crédito, usurpación de identidad, estafas, y

⁽⁴²⁾ En Estados Unidos, por ejemplo, un informe de la consultora Gartner habla de unas pérdidas de 3.200 millones de dólares (2.200 millones de euros) por culpa del *phishing* en 2007. Fueron 3,6 millones de usuarios los que "picaron", y la cantidad media estafada por robo fue de unos 866 dólares (580 euros).

⁽⁴³⁾ En cualquier caso, *phishing scams* y otras modalidades de los delitos de robo de identidad generan costes relevantes que en última instancia serán soportados por los consumidores en la forma de aumento de tarifas por parte de las compañías de tarjetas de crédito o precios más elevados de los comerciantes que aceptan dichas tarjetas de crédito.

⁽⁴⁴⁾ En enero de 2008 la APWG recibió 29.284 denuncias, con un incremento de más de 3,600 en relación al mes anterior. El número de páginas web detectadas como phishing por APWG fue de 20.305 en enero de 2008, lo que si lo comparamos con diciembre de 2007 supone un descenso de 5.000, pero si lo comparamos con agosto de 2006 supone un aumento de 10.204 páginas, es decir, más del doble.

pérdidas financieras⁽⁴⁵⁾. Las pérdidas estimadas como consecuencia de los ataques de phishing se sitúan en el billón de dólares en todo el mundo, y las pérdidas siguen creciendo. Dependiendo del tipo de fraude que un delincuente cometa con la ayuda de la información correspondiente a una identidad sustraída, personas y mercantiles pueden perder desde unos pocos centenares de euros a miles de euros.

Aunque los datos sobre intentos de *phishing* denunciados facilitan unas importantes indicaciones acerca de las dimensiones del problema, algunas **matizaciones** deben de tenerse en cuenta **para medir las dimensiones** de este fenómeno con exactitud y poder tomar medidas para prevenirlo eficazmente:

a) A menudo las víctimas no tienen ni idea de cómo los delincuentes obtienen sus datos. Por regla general, las víctimas facilitan su información personal a los *phishers* precisamente porque ellos creen que la solicitud es fidedigna o digna de confianza. Los inexplicables e imprevisibles cargos reflejados más tarde en informes de tarjeta de crédito o extractos de movimientos de cuentas bancarias, a menudo aparecen demasiado tarde tras la solicitud de phishing, y se refieren a temas no relacionados con la materia original objeto del correo y la website utilizadas como reclamo en *phishing*, de manera que el perjudicado no tiene motivo alguno para comprender que existe conexión entre dichos acontecimientos.

b) Las empresas víctimas del *phishing* pueden no denunciar a la autoridad correspondiente. A diferencia de otras modalidades de cyber-crímenes, como el hacking, que puede ser dirigido subrepticamente, el *phishing*, por su naturaleza, implica un mal uso público de los nombres y logos de compañías y agencias legítimas. Sin embargo, algunas empresas pueden estar reticentes a denunciar, en parte debido a la preocupación por que el verdadero volumen de dichos ataques de *phishing* sea revelado al público, y sus consumidores o accionistas puedan desconfiar de las compañías o colocarlas en una desventaja competitiva.

5. El *phishing* se revela como una amenaza muy particular debido a que las técnicas utilizadas están en constante evolución, de manera que se adapta rápidamente a formas defraudatorias on-line más sofisticadas. En las estafas tipo phishing de primera generación, la mayoría de los ataques dependían de la combinación de correos electrónicos fraudulentos con links que dirigían a web-

(45) En España el *phishing* lleva también varios años haciendo estragos. El pasado mes de diciembre, nuestro país se situó como tercer país del mundo receptor de este tipo de ataques, la mayoría contra entidades financieras. El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación asegura que un 30% de los usuarios de Internet reconoce haber sufrido algún intento de fraude on-line, de los que sólo han sido verdaderamente estafados económicamente un 2,1%.

sites creadas fraudulentamente a fin de obtener información de los usuarios de Internet. En los últimos años, particularmente desde el año 2004, los criminales han refinado progresivamente sus ataques *phishing* mediante la incorporación de diversas técnicas para contactar posibles víctimas u obtener su información.

Entre las modalidades más conocidas se encuentran:

— Una técnica *phishing* de la que se habla a menudo últimamente es la denominada “*vishing*” o *phishing* de voz. El *vishing* puede funcionar de dos maneras, bien mediante la recepción de e-mails diseñados del mismo modo que un típico correo *phishing*, indicando que existe un problema con la cuenta del usuario y en el que en vez de facilitar un enlace/link fraudulento, el e-mail proporciona un número de servicio al que el cliente debe llamar y es animado entonces a entrar en la sesión (“log in”) usando números de cuenta y contraseñas. Alternativamente, existe otra versión por la cual los consumidores serán llamados directamente e informados que deben telefonar inmediatamente a un número de servicio de usuario fraudulento a fin de proteger su cuenta. Incluso, para proporcionar una falsa sensación de seguridad en el consumidor suelen “confirmarle” una serie de datos personales que los delincuentes tienen en el expediente de la víctima, como su nombre completo, dirección y el número de su tarjeta de crédito.

El *vishing* supone un problema muy particular por dos razones: Primero, los delincuentes pueden sacar ventaja de una barata y anónima llamada de Internet, disponible mediante la utilización del *Voice over Internet Protocol* (VoIP), que permite, a su vez la utilización de un sencillo programa de software para obtener un sonido profesional de una línea de servicio al cliente automática, como las que se utilizan en la mayoría de las grandes empresas. Asimismo, y en segundo lugar, a diferencia de muchos ataques *phishing*, en los que las auténticas organizaciones podrán no utilizar e-mail a fin de solicitar información personal de los titulares de las cuentas, actualmente el *vishing* emula a un protocolo bancario típico, en el que el banco anima a sus clientes a llamar y autenticar o confirmar la información.

— “*Spear phishing*”. Es un término coloquial que puede ser utilizado para describir cualquier ataque agudamente encauzado o dirigido a un grupo determinado y definido de personas. Los *spear phishers* envían e-mails espurios que aparentan ser auténticos a un específico grupo previamente identificado de usuarios de Internet, como pueden ser ciertos usuarios de un determinado producto o servicio, los titulares de cuentas online, así como los empleados o miembros de una determinada empresa, agencia gubernamental, organización, grupo, incluso los usuarios pertenecientes a lo que se denomina una página de red de contactos sociales (social networking website). Como un correo electrónico estándar tipo *phishing*, el mensaje parece proceder de fuente fiable, como de un empleado o un colega quien podría enviar un mensaje de e-mail a todo el mundo o a un grupo determinado en la compañía (por ejemplo, el jefe del

departamento de recursos humanos o un administrador de un sistema operativo)⁽⁴⁶⁾. Al proceder aparentemente de una fuente fiable y conocida, la solicitud para validar información como nombres de usuarios o contraseñas puede parecer más creíble y, por lo tanto, más eficaz. El engaño del *spear phishing* trata de conseguir el acceso a la totalidad del sistema informático de una compañía. Mientras que los engaños conocidos de *phishing* están destinados a sustraer información de individuos, algún fraude *spear phishing* puede también incorporar otras técnicas, que van desde la piratería informática (el *hacking* del ordenador) al “*pretexting*” (la práctica de obtener información personal bajo falsos presupuestos), de manera complementaria y preliminar para obtener la información personal adicional necesaria para dirigirse a un grupo particular o para reforzar la credibilidad de los correos electrónicos *phishing*. En esencia, algunos delincuentes utilizarán cualquier información que les permita personalizar adecuadamente lo más posible un fraude *phishing* hacia un determinado y específico grupo.

Los *phishers*, por regla general, envían los “spoofed” e-mails a tantas personas como sea posible en un intento de atraerles y hacerles picar en el anzuelo de la trama defraudatoria. En los denominados ataques de “*spear phishing*”, los “pescadores” utilizan otros medios ilegales para obtener información personal sobre un grupo de personas, de manera que dirigiéndose a dicho grupo específico con correos electrónicos que incorporan información ilegalmente obtenida para hacerlos más creíbles, redireccionan a los usuarios a una spoofed website que presenta la apariencia de proceder de la misma empresa o entidad. Los delincuentes saben que mientras que no todos los receptores tendrán cuentas o relaciones con las compañías, otros, algunos de ellos, sí que las tendrán y estarán en condiciones más favorables para creer que el e-mail y websites son legítimos.

— Instalación en los ordenadores de forma remota, de programas conocidos con los nombres genéricos de “virus troyanos” o “rootkis”. Se trata de otra técnica utilizada por los *phishers* descargando de manera inadvertida a usuarios de Internet ciertas clases de códigos maliciosos en sus ordenadores de la oficina o de casa.

Por regla general, cuando un usuario de internet utiliza un buscador para acceder a una cuenta financiera on-line, estos ordenadores bajo control remoto de los autores de las manipulaciones, que se denominan en el argot criminal y

(46) En un reciente timo, AT&T, una importante compañía de telecomunicaciones, tuvo su sistema de ventas pirateado, como resultado de la sustracción de información consistente en todos los pedidos de clientes con sus nombres, domicilios y números de tarjetas de crédito. Los piratas enviaron un e-mail muy personalizado a dichos clientes en el que le indicaban que habían tenido problemas procesando sus pedidos, redireccionándolos a una página espuria donde ellos fueron animados a introducir más información incluyendo sus fechas de nacimiento y números de la Seguridad Social.

policial “redes zombis” y “botnets”, graban las claves durante el proceso de registro del acceso, de manera que pueden volver a utilizarlo sin su permiso para realizar retiradas de dicha cuenta, pudiendo dirigir dicha transacción desde su propio ordenador utilizando lo que se denomina una puerta trasera.

6. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en su STS 533/2007, de 12 de junio (ponente: Jiménez García). La sentencia confirma la condena como autores de un delito de estafa informática de los recurrentes, quienes accedieron a abrir cuentas bancarias en la entidad financiera Citibank, a cambio de un porcentaje de las transferencias que recibieron en las mismas. En su FJ 2.º establece que *“Se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber —ignorancia deliberada— o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo o, más probablemente, en parte como “pago” de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello...”*

Sobre la inexistencia de engaño, recuerda la sentencia que *“estamos en una estafa cometida a través de una transferencia no consentida por el perjudicado mediante manipulación informática, en tales casos no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador. En tal sentido, STS de 20 de noviembre de 2001 y ello es así porque la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal”*.

Por último es de destacar que la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.ª), condena por delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave (artículo 301.3 en relación con el 301.1 del Código Penal) en un caso similar (los denominados muleros), considerando que *“Cualquier persona sabe que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero. Una prestación laboral que consista en ofrecer a un tercero, a quien no se conoce, la cuenta corriente propia para que en ella se hagan ingresos de dinero que, a su vez, serán transferidos a otras cuentas en beneficio de personas a las que tampoco se conoce, percibiendo el “gestor” el nada despreciable porcentaje de un diez por ciento de cada transferencia, constituye una prestación de trabajo o gestión, llámesele como se quiera, tan anómala que impone adoptar como cautela mínima el abstenerse de operar, salvo que se prefiera ignorar cualquier extremo relativo al asunto a la vista de lo bien remunerado que resulta tan fácil trabajo. Pero ahí precisamente radica, al*

menos, la imprudencia grave, pues tan negligente conducta propicia el que un dinero procedente de una estafa informática encuentre una vía idónea para que no pueda recuperarlo ya su legítimo propietario". Lo que sin duda es un tratamiento jurídico más adecuado a la realidad de dicha conducta.

7. Fraudes comunicados por internet: Caso de la estafa de la lotería también conocido como "Lotería Nigeriana". Hasta hace unos años, las cartas postales en las que falazmente anunciaban premios de lotería contenían números de móviles, que figuraban como números de fax desviados a las líneas telefónicas de sus domicilios, de manera que los estafadores recibían en sus casas y locutorios públicos los mensajes de fax que los perjudicados les remitían con sus datos de identificación personales o financieros. Esa forma de proceder facilitaba una rápida identificación del domicilio del delincuente. Para evitar ese inconveniente y desde mediados de 2005, los implicados en la actividad defraudatoria recurren a los **servicios de fax por correo electrónico (E-fax, Telefax, etc.)** que ofrecen diversas empresas (Telemensaje, SA, J2 Global Inc., y Duocom Europe, SL). Estas facilitan al usuario un número telefónico individual, único y personal, en el que podrá recibir mensajes de fax que inmediatamente se reenvían a la cuenta de correo electrónico del cliente como archivos adjuntos. Las líneas telefónicas que se asignan a los clientes no están instaladas físicamente, a diferencia de las convencionales, en los domicilios o negocios de los usuarios. La contratación del servicio y asignación de estos números a los usuarios se hace por internet, con un único requisito: facilitar una cuenta de correo electrónico a la que se reenviarán los mensajes de fax destinados a esos números. Salvo excepciones, la contratación y uso de esas líneas es gratuita y no es preciso facilitar la identidad del usuario al darse de alta en el servicio y, en caso de requerirse la identidad del cliente, los datos que éste aporte no se someten a ningún tipo de comprobación o verificación. Las llamadas a estas líneas telefónicas tiene un sobrecoste que soporta quien efectúa la llamada, no el usuario de la línea. Como ninguna de las personas investigadas desvía los móviles (fax de las cartas) a las líneas telefónicas de sus domicilios, necesariamente reciben las comunicaciones de fax en sus cuentas de correo electrónico, convertidas en ficheros informáticos. De ese modo pueden consultar la información facilitada por la víctima y potencial perjudicado accediendo a su servidor desde cualquier lugar y con un riesgo menor de ser localizado. Por otro lado, existe una mayor dificultad de obtener y conservar dichos datos y efectos probatorios desde la intangibilidad de los mismos.

VII. SITUACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, en vigor el pasado 1 de julio de 2004, supone el más relevante instrumento internacional con relación al creciente fenómeno del de-

lito informático, establecimiento previsiones específicas destinadas a obviar los inconvenientes que derivan de la transnacionalidad de estas conductas⁽⁴⁷⁾.

En su Exposición de Motivos proclama su naturaleza complementaria de otros instrumentos internacionales existentes relativos a la lucha contra determinadas formas de delincuencia, señalando como sus objetivos el “*dotar de mayor eficacia las investigaciones y los procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con los sistemas y datos informáticos, así como facilitar la obtención de pruebas electrónicas de los delitos*”. Los dos ámbitos de actuación indispensables para la lucha contra el cibercrimen destacados en este Convenio son la armonización de las legislaciones penales y procesales de los diferentes Estados y el **fomento de la cooperación internacional**, que para el éxito de las investigaciones de delitos informáticos debe ser **reforzada, rápida y operativa**, debiendo extenderse dicha cooperación también al sector privado.

El capítulo tercero del Convenio comprende las normas relativas a la cooperación internacional, imprescindibles para la persecución de esta clase de delitos. La Sección primera contiene los principios generales y la segunda las disposiciones especiales. Como principios generales, se proclaman en los artículos 23 a 28 el compromiso de las partes de cooperar entre sí en la mayor medida posible, conforme a los Convenios y acuerdos internacionales de cooperación judicial; la inclusión de los delitos descritos en el Convenio entre los que dan lugar a la extradición de las personas⁽⁴⁸⁾; el propósito de las partes de prestarse la asistencia mutua más amplia posible en los procedimientos relativos a esta clase de delitos, incluyéndose la transmisión de las solicitudes por medios de comunicación inmediatos (fax, correo electrónico, etc.) en caso de urgencia⁽⁴⁹⁾; el intercambio espontáneo de información⁽⁵⁰⁾; el establecimiento

(47) La primera reunión del Comité sobre el Convenio contra la cibercriminalidad tuvo lugar en Estrasburgo los días 20 y 21 de marzo de 2006.

(48) La Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (2002/584/JAI) incluye en su ámbito de aplicación, en el artículo 2.2 como categorías delictivas que excluyen la verificación de la doble criminalidad por la autoridad judicial de ejecución a los *delitos de alta tecnología, en particular el delito informático*.

(49) El artículo 6 del Convenio de 2000 que autoriza las solicitudes por medio de fax o correo electrónico en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer la autenticidad y que contempla la transmisión directa de solicitudes entre autoridades judiciales

(50) Artículo 7 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 y en el artículo 11 del Segundo Protocolo del Convenio de 1959 en el marco del Consejo de Europa, de 8 de noviembre de 2001.

de un procedimiento para la tramitación de las solicitudes de asistencia entre aquellos países entre los que no exista procedimiento legalmente establecido, y finalmente, el establecimiento de una previsión de confidencialidad y restricción de la utilización de la información facilitada al amparo de las previsiones del propio Convenio⁽⁵¹⁾.

Dentro de lo que el Convenio denomina disposiciones especiales, nos encontramos con previsiones legales específicas para poder asegurar la obtención transfronteriza de los datos de conexión a internet en poder del proveedor de servicios a través del cual se produjo la conexión. Como es sabido, la determinación de la autoría de cualquier comportamiento delictivo desplegado a través de internet, pasa necesariamente por la detección y determinación de la dirección IP a través de la cual se produjo la conexión, así como el resto de los datos de conexión. Dichos datos obrarán en poder del proveedor de acceso a internet a través del cual se haya conectado el delincuente sea cual sea el país desde el que actúe, por lo que parece evidente que el aseguramiento de la conservación y entrega de tales datos por parte de los servidores, se convierte en un presupuesto esencial para el éxito de cualquier investigación, y de ahí la previsión específica del Convenio. En ese sentido, los artículos 29 a 35 se refieren a la posibilidad de que una parte solicite de otra, como **medidas cautelares**, que ordenen o aseguren de otra forma **la conservación rápida de datos informáticos almacenados**, respecto de los cuales la Parte requirente tenga la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua con vistas al registro o la confiscación. Asimismo, en relación con los poderes de investigación, se prevé en el artículo 30 la asistencia mutua en relación al **acceso a datos almacenados por** medio de un sistema informático situado en el territorio de la parte requerida (confiscación y revelación), así como **la posibilidad de acceder** sin consentimiento de la parte en cuyo territorio se encuentren físicamente ubicados, **a datos informáticos que se encuentren a disposición del público** (fuente abierta). Finalmente, la prestación de asistencia mutua entre las partes *para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas en su territorio transmitidas por medio de un sistema informático (artículo 33) y la obtención o grabación en tiempo real de datos* sobre el contenido de comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático en la medida en que lo permitan sus tratados y el Derecho interno aplicables (artículo 34). Por último el artículo 35 prevé el establecimiento de una Red 24/7, de manera que cada Parte designará un punto de contacto disponible las

⁽⁵¹⁾ Artículo 23 del Convenio de 2000 regula la comunicación de datos de carácter personal y el artículo 25 y 26 del Segundo Protocolo al Convenio de 1959, firmado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001, se refiere a la confidencialidad y la protección de datos.

veinticuatro horas del día, siete días a la semana, con objeto de garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito.

La urgencia y la inmediatez de intervención, resultan decisivas en esta clase de investigaciones, pues no en vano, como ya se ha indicado, serán los **datos electrónicos sobre el tráfico**, la trazabilidad de las comunicaciones electrónicas a que se refería Juan Salom, los que proporcionarán la información decisiva para la identificación de los delincuentes, siendo estos datos volátiles y sólo temporalmente conservados por los proveedores de servicios de internet⁽⁵²⁾. Pero es que, además, la realidad del comportamiento delictivo, la obtención de pruebas y vestigios acerca de la comisión de la conducta delictiva investigada, requiere una ágil intervención en los instantes inmediatamente posteriores a la comisión del delito, por el mismo motivo de la volatilidad de los datos electrónicos, que sin embargo en este caso, a diferencia de los datos de conexión, no son conservados por nadie que tenga obligación a ello. Por lo tanto, la urgencia e inmediatez de dichas intervenciones, cuando hayan de hacerse fuera del territorio nacional, requerirán de instrumentos solventes de cooperación internacional, cuya inexistencia, determinará sin duda la frustración e ineficacia de la investigación.

Paradójicamente a la actuación conjunta entre la Unión Europea y el Consejo de Europa que precedió a la redacción del texto definitivo de este instrumento y su firma en Budapest en noviembre de 2001, no se ha visto acompañada por la consecuente ratificación de los Estados miembros de la unión Europea⁽⁵³⁾. Sin duda en ello ha influido la reciente disposición de instrumentos innovadores, como el Convenio de 2000, que regula expresamente formas de cooperación judicial internacional directa⁽⁵⁴⁾, más ágil y flexible, en la que se excluye la intervención de las autoridades centrales. Además dicha cooperación

(52) Las distintas legislaciones nacionales han regulado de diversa forma la obligación de los proveedores de acceso a internet de conservar dichos datos, y el tiempo durante el que tienen que ser conservados. En España, dicha obligación aparece recogida en el artículo 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

(53) Pese a la inminente ratificación por parte de Italia (el próximo día 1 de octubre de 2008) y las recientes ratificaciones de Eslovaquia (1 de mayo de 2008) y Los Países Bajos (1 de marzo de 2007), faltan por ratificar este Convenio España, Bélgica, Austria, Chequia, Alemania, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Suecia y el Reino Unido.

(54) Transmisión directa entre autoridades judiciales que sólo prevé el artículo 27 (9) a) del Convenio de Budapest en casos de urgencia.

se diseña adaptadas a las nuevas tecnologías de comunicación y a las nuevas formas de investigación de comportamientos ilícitos, como la audición por videoconferencia (artículo 10), audición por conferencia telefónica (artículo 11) e intervención de telecomunicaciones (artículos 17 a 22); así como las entregas vigiladas (artículo 12), los equipos conjuntos de investigación (artículo 13) y las investigaciones encubiertas (artículo 14), respectivamente. Mas esta privilegiada disponibilidad se limita al espacio judicial europeo⁽⁵⁵⁾, sin que tenga el ámbito de aplicación del Convenio de Budapest que incluso excede del marco de los Estados Parte del Consejo de Europa⁽⁵⁶⁾.

Por último, destacar que en relación con las investigaciones bancarias el Protocolo firmado en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001 entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de aplicación a los delitos informáticos por incluirse los mismos como delitos del artículo 2 del Convenio de Europol de 1995, contiene disposiciones destinadas a mejorar la asistencia judicial respecto de la información en posesión de los bancos⁽⁵⁷⁾, destacando no sólo las disposiciones en materia de asistencia con el fin de obtener información sobre transacciones llevadas a cabo durante un cierto período en una cuenta bancaria especificada, sino también la posibilidad de asistencia en relación con la supervisión de cualquier operación que pueda tener lugar en el futuro en una cuenta bancaria especificada o el control de las operaciones bancarias en tiempo real, lo que puede ser de utilidad para la investigación de las ciberdefraudaciones.

(55) Lo que hace también inexplicable la falta de ratificación por España del Segundo Protocolo al Convenio de 1959, firmado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 que adapta los logros del Convenios del 200 para la UE a dicho convenio de asistencia mutua.

(56) Canadá, Japón, Sudáfrica y Estados Unidos de América lo firmaron, tan sólo EEUU lo ha ratificado el 1 de enero de 2007, lo que es un dato que por sí solo justificaría la ratificación del resto de los Estados firmantes dado el protagonismo de este país en los cibercrimitos, ya que de acuerdo con el Informe de la APWG es el país que aloja el mayor número de páginas web *phishing* en enero de 2008.

(57) Entre las cuentas bajo control de la persona objeto de la investigación se incluyen las cuentas de las que dicha persona sea el verdadero beneficiario económico, y ello se aplica con independencia de que tengan esas cuentas como titular a una persona física, jurídica o a una entidad que actúe bajo la forma o por cuenta de fideicomisos o de cualquier otro instrumento de gestión de un patrimonio de asignación de cuyos constituyentes o beneficiarios se desconozca la identidad. El concepto de beneficiario económico se interpretará con arreglo al apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001(6) (denominada “la Directiva sobre el blanqueo de capitales”).

LA APLICACIÓN DE LA PENA EN CONSIDERACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: HACIA UNA REORDENACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS (ARTÍCULO 66.1 DEL CÓDIGO PENAL)

MANUEL GALLEGO DÍAZ

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

RESUMEN

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha vuelto a hacer más complejo el sistema de aplicación de las penas en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Aparte de haber duplicado las reglas del artículo 66 del CP ha introducido novedades extrañas al sistema, como la posibilidad de aplicar la pena superior en grado cuando concurren más de dos circunstancias agravantes, y además ha resucitado la antigua agravante de multirreincidencia. Con la pretensión de resolver colisiones entre algunas reglas del art. 66 la reforma de 2003 ha venido a establecer nuevos solapamientos entre otras y ha alterado la idea originaria del sistema de que, salvo alguna excepción, la concurrencia de circunstancias modificativas debería suponer tan solo una variación accidental en la penalidad, habiendo pasado ahora a ser mayor el número de supuestos en que se permite aplicar la pena inferior o superior en grado. La división de la pena sólo en dos mitades ha restado posibilidades de maniobra en la aplicación de la pena, lo cual reclamaría, aparte de algún reajuste, más simplificación y porosidad entre las reglas del artículo 66. En cambio, la reforma de 2003 ha seguido el camino del regreso a la aritmética penal.

ABSTRACT

The Organic Law 11/2003, of september 29, has made more complex the system of application of the penalties considering the modifying circumstances of the criminal responsibility. Apart from having duplicated the rules of the article 66 of the Criminal Law it has introduced strange novelties to the system, as the possibility of applying the superior in grade penalty when coincide more than two aggravating circumstances, and it has also revived the old aggravating circumstance of the criminal multirecivism. With the aim of solving collisions among some rules of the article 66 the reformation of 2003 has come to establish new overlaps among other rules and has altered the original idea of the system that, apart from some exception, the concurrence of modificative circumstances should only suppose an accidental variation in the penalty, having now passed to be bigger the number of cases in which it is allowed to apply the inferior or superior penalty in grade. The division of the penalty only in two halves has subtracted manoeuvre possibilities in the application of the penalty, which would claim, apart from some readjustment, more simplification and porosity among the rules of the article 66. On the other hand, the reformation of 2003 has followed the way to the return to the penal arithmetic.

Palabras clave: Circunstancias atenuantes y agravantes; aplicación de la pena; reglas del artículo 66 CP.

Key words: Mitigating and aggravating circumstances, application of the penalty. rules of the article 66 of the Criminal Law.

I

El Código Penal de 1995 (en adelante CP) en su redacción originaria llevó a cabo una simplificación importante en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto de su predecesor; no sólo en los catálogos de los artículos 21 a 23, que fueron objeto de reducción, particularmente el de las agravantes, sino también en las reglas del artículo 66 que disciplinan la determinación de la pena en consideración a ellas tratando de proporcionar la magnitud concreta de la pena al mayor o menor grado de injusto o de culpabilidad que representan esas circunstancias. Ello, unido a la división de la pena en dos mitades en lugar de los tres grados tradicionales y a la desaparición de las escalas graduales, sirvió para dotar a nuestro Código Penal de un proceso de concreción legal de la pena mucho más simple. Las seis reglas tradicionales del artículo 61 del CP de 1973 se redujeron en el artículo 66 del CP de 1995 a sólo cuatro, desapareciendo por completo la antigua regla séptima y fundiéndose en la originaria regla primera las anteriores tercera y cuarta (conurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes y no concurrencia de circunstancias). Las restantes reglas contenidas en el originario artículo 66 del CP de 1995, que cambiaron su numeración, experimentaron también una notable simplificación en comparación con el texto punitivo anterior. De esta manera el CP de 1995 afrontó la tarea de la determinación de la pena alejándose de la aritmética o dosimetría penal que había venido caracterizando tradicionalmente a nuestros códigos penales.

No obstante, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha vuelto de nuevo a hacer más complejo el sistema al proceder a un reajuste y reordenación de las reglas del art. 66, un precepto, según se decía en la Memoria del Anteproyecto, de difícil interpretación que en una “línea de coherencia y claridad” requiere una “coordinación de las diversas hipótesis, de correcta agrupación sistemática, de utilización homogénea del lenguaje”. Es verdad que en la versión originaria del artículo 66 del CP de 1995 se habían producido algunas disfunciones, o al menos una falta de precisión o coordinación, entre sus distintas reglas, como la surgida entre la 1.^a y la 4.^a, pero las mismas eran fácilmente solucionables por vía interpretativa siempre que, por un lado, se hubiera sabido superar la filosofía tradicional de nuestro sistema de determinación de la pena y, por otro, se hubieran contemplado las reglas de forma coherente, armónica y sistemática y, en consecuencia, como excluyentes entre sí. Pero la Ley Orgánica 11/2003, que trató de recomponer la situación, fue

más allá de una “mera coordinación de las diversas hipótesis” y de “una correcta agrupación sistemática” al diversificar algunas hipótesis o supuestos con la finalidad de dar más juego a la presencia de agravantes. De esta manera, aparte de haberse duplicado las reglas del artículo 66, que de las cuatro iniciales han pasado ahora a ser ocho, se han producido novedades extrañas a nuestro sistema de determinación de la pena, como la introducción por primera vez de la posibilidad de imponer la pena superior en grado cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante, o el resurgimiento, con la misma consecuencia punitiva, de la antigua multirreincidencia, suprimida en la reforma de 1983. Para estos supuestos, por razones de prevención general, se permite ahora rebasar el límite máximo del marco penal señalado en la ley al delito correspondiente, cuando este límite, por representar el mayor grado de injusto y de culpabilidad del autor por el hecho cometido, nunca debería poder superarse.

La nueva configuración dada al artículo 66 por la Ley Orgánica 11/2003, unida a las reformas introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el artículo 68 y sobre todo en el 70 (en el que se vuelve a introducir el día de separación entre penas), reduce la simplificación y flexibilización de nuestro sistema de aplicación de penas y supone una vuelta a la dosimetría o aritmética penal que se creía ya definitivamente superada, con la consecuencia de un retorno al encorsetamiento tradicional y, en cierto sentido también, un paso atrás en la línea de apertura al arbitrio judicial que había desembocado en el Código Penal de 1995 ⁽¹⁾. Y las reformas en materia de aplicación de penas no parecen detenerse aquí. El Proyecto de Ley Orgánica de 2006 por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 15 de enero de 2007), volvía a incidir en el artículo 66 añadiendo un apartado 3 relativo a la aplicación de las penas a las personas jurídicas ⁽²⁾. Este

⁽¹⁾ En la Memoria justificativa que acompaña al Proyecto de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se dice que “la modificación del artículo 70 se justifica por la existencia de una cierta sensación de que el actual Código ha simplificado sensiblemente las reglas de determinación de la pena, ampliando de manera relevante el margen de actuación judicial. La eliminación de las tradicionales escalas graduales y de los tres grados de división de las penas frente a la propuesta de partirlas en dos mitades, cuyo antecedente más inmediato se puede encontrar en el Código Penal de 1928, parecen abonar la anterior afirmación. En cualquier caso el presente sistema —aun aceptándolo como más idóneo, por ágil y simple, que los anteriores, lo que no deja ser una aseveración discutible— ha puesto de manifiesto algunas disfuncionalidades que perturban su correcta aplicación”.

⁽²⁾ Este nuevo apartado 3 del Proyecto establecía que: “En la aplicación de las penas a las personas jurídicas, (los jueces o tribunales) procederán según su prudente arbitrio procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este

continuo tejer y destejer a que nos tiene acostumbrados últimamente el legislador penal, sin dar tiempo para un mínimo reposo y maduración en la aplicación de las normas jurídicas, y en ocasiones sin mayores explicaciones, en una materia como la determinación de la pena evidencia una falta de criterio y de ideas que merecen una reflexión por parte de la doctrina.

La filosofía que ha venido inspirando las reglas de aplicación de penas en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal responde a la idea de conseguir la mayor proporcionalidad posible en el proceso de concreción de la pena a partir, básicamente, de la graduación del injusto y la culpabilidad que aquéllas representan⁽³⁾. En cuanto accidentes del delito que suponen un mayor o menor grado de injusto o de reproche culpabilístico, las circunstancias del delito modulan la magnitud concreta de pena dentro del marco penal señalado genéricamente al delito, de modo que a toda variación accidental en la culpabilidad o en el injusto corresponda también una variación accidental en la penalidad, sin perjuicio de que ante la concurrencia de determinadas situaciones o circunstancias atenuantes muy cualificadas, se pueda llegar a alterar sustancialmente esa situación por debajo de los efectos propios de las circunstancias permitiéndose imponer una pena inferior en grado. La proporcionalidad entre delito y pena obedece a la idea de justicia y retribución, pero sirve también a los fines de la prevención, pues la pena justa y proporcionada es también la más efectiva. Por su parte la prevención, sobre todo especial, es la que permite también reducir la pena a un grado inferior.

Pero las últimas reformas han venido a alterar aquella idea de que a toda variación accidental en la culpabilidad debería corresponder también sólo una variación accidental en la penalidad con la sola excepción de la presencia de atenuantes muy cualificadas que permitían desbordar el marco penal a la inferior en grado, pues como bien dice MAPELLI CAFFARENA, “hoy, tras las últimas reformas, podemos comprobar la inversión de esta regla, de manera que lo excepcional resulta ahora lo común. De las siete reglas que recoge el art. 66,

Capítulo”. El Anteproyecto, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el día 14 de julio de 2006, era más ambicioso, pues aparte de llevar a cabo una nueva ordenación de las reglas del artículo 66, introducía retoques en algunas de ellas y también, sin explicación alguna en la exposición de motivos, algunas modificaciones de mayor profundidad como era la refundición de las actuales reglas 6.^a y 7.^a del apartado 1 del art. 66 volviendo de nuevo a la situación anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

⁽³⁾ Véase GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Ediciones ICAI, Madrid, 1985, pp. 229 y ss. y 371; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 89.

en cuatro de ellas se permite cambiar de grado por la concurrencia de las circunstancias”⁽⁴⁾. Y además, lo que es más grave, no sólo para sobrepasar el marco penal por debajo de su límite inferior sino también por encima del superior.

La idea de proporcionalidad, unida a la vinculación al principio de legalidad, que ha venido tradicionalmente y sigue caracterizando nuestro sistema de aplicación de la pena, mantiene a través del artículo 66 los efectos tasados de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la determinación de la pena. Pero no se puede negar que las reformas que se han venido produciendo en el sistema de determinación de la pena de nuestro Código Penal han afectado de una manera muy particular a la incidencia que tienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La reducción de la pena en dos mitades en sustitución de los tres grados o períodos tradicionales en que se había venido dividiendo la pena ha reducido el juego que ofrece ésta para ser proporcionada a las situaciones o supuestos que puede presentar la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad⁽⁵⁾.

Mientras no se reforme en profundidad el sistema de determinación de la pena del CP —o se adopte otro sistema distinto (lo cual no deja de tener también serios inconvenientes)— la solución a este desajuste entre división de la pena en dos mitades y supuestos o situaciones que puede presentar la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal sólo puede conseguirse a través de una mayor flexibilización y discrecionalidad judicial debidamente orientada por el legislador por medio de los oportunos criterios y de la posterior revisabilidad de las sentencias. En cambio, las reformas operadas en las reglas de aplicación de las penas desde la promulgación del

(4) “Ilustrémoslo con un ejemplo —dice MAPELLI—, dañar el patrimonio histórico se castiga —además de con otras penas— con la prisión de seis meses a tres años (art. 321 del CP). Si el autor es multirreincidente la pena será de tres años y un día a cuatro años y seis meses (art. 66.1.5.^ª del CP). Júzguese, pues, qué es más grave si el daño causado a nuestro patrimonio o ser multirreincidente” (MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^ª ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 255-256).

(5) “Aun cuando hoy se nos antoje muy rígido, señala MAPELLI, lo cierto es que las reglas del art. 66 del CP gozaban de una coherencia interna que ha terminado por perderse. En efecto, antes la extensión interna de las penas se dividía en tres partes para dar respuesta a los tres supuestos básicos que podían concurrir, a saber, la mitad superior si concurría una agravante, la inferior para las atenuantes y la extensión intermedia para cuando no concurrían ni unas ni otras o resultaban compensadas. Al quedar reducida la extensión interna a dos mitades se produce el paradójico efecto de que sin concurrir ninguna circunstancia se puede lograr el mismo efecto que concurriendo una agravante o una atenuante porque el órgano judicial puede moverse a lo largo de toda la extensión de la pena” (MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas...*, cit., 2005, p. 255).

CP de 1995 han seguido el camino inverso al reducir el arbitrio judicial y retornar a la aritmética o dosimetría penal. Como dice ZUGALDÍA, “también es criticable desde la óptica del principio de culpabilidad, la drástica restricción del arbitrio judicial que se opera (con la reforma del art. 66 del CP) en la individualización judicial de la pena”. “En efecto, —sigue diciendo este autor— con la nueva redacción del art. 66 del CP —que constituye, también, una clara expresión de desconfianza al Poder Judicial— se corre el riesgo de que recobren actualidad en nuestra legislación penal las cuestiones vinculadas a la, así llamada, “dosimetría penal” (una especie de matemáticas aplicadas al Derecho Penal, en defecto de teorías de la pena y arbitrio judicial), con el peligro de que las exigencias de la Parte general y Parte específica conduzcan a la imposición de penas superiores a las adecuadas a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho, ya que nuestro legislador penal no ha consagrado en ningún lugar el principio de culpabilidad”⁽⁶⁾.

II

El artículo 66 del CP regula la función que desempeñan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la determinación de la pena finalmente aplicable. El precepto afecta tan sólo, en principio, a las circunstancias genéricas, es decir, a las previstas en los artículos 21, 22 y 23 del CP, en relación con las penas graves y menos graves de los delitos dolosos, con la excepción de la multa proporcional (art. 52 del CP).

Atendiendo a las consecuencias que despliegan esas circunstancias en la determinación de la pena, las reglas del artículo 66 del CP pueden dividirse entre aquellas que suponen unos efectos ordinarios al determinar la aplicación de la pena en su mitad inferior o superior, o incluso dejar a disposición del juez todo el marco penal asignado al delito, y aquellas otras que desatan unos efectos extraordinarios en cuanto permiten desbordar el marco penal señalado genéricamente al delito para imponer la pena inferior en grado y, tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, también la superior en grado. Este efecto de desbordar el marco penal señalado al delito que en el originario artículo 66 del CP de 1995 sólo tenía lugar en su regla 4.^a para el supuesto de concurrencia de dos o más atenuantes o una sola muy cualificada, dejando aparte el

⁽⁶⁾ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Contrarreforma penal (el *annus horribilis* de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”, en Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (directores) y José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo (editores), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal (Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1351.

tradicional supuesto de las eximentes incompletas del artículo 68 del CP, tras la reforma de Ley Orgánica 11/2003, se ha ampliado también al supuesto de concurrencia de atenuantes y agravantes cuando, tras la valoración y compensación de unas y otras, persista un fundamento cualificado de atenuación, y además, lo que es más grave, aunque sólo tenga lugar con carácter facultativo, se ha extendido también a la imposición de la pena superior en grado para los casos de concurrencia de más de dos agravantes, sin la presencia de atenuante alguna, y de reincidencia cualificada. En atención, pues, a los efectos que producen en la determinación de la pena las reglas del artículo 66 del CP pueden dividirse en reglas ordinarias (reglas 1.^a, 3.^a y 6.^a y en parte también la 7.^a si se prescinde de su segundo inciso) que son las que obligan a imponer la pena en una magnitud concreta dentro de la extensión interna del marco penal poniendo así punto final a la individualización judicial de la pena, y en reglas extraordinarias (actuales reglas 2.^a, 4.^a, 5.^a e inciso segundo de la 7.^a) que permiten la constitución de un nuevo marco penal, inferior o superior en grado, dentro del cual y en un segundo momento sería necesario, en principio, aplicar el resto de las reglas ordinarias ⁽⁷⁾.

Por otro lado, mientras unas reglas del artículo 66.1 recogen criterios formales y vinculantes de determinación cuantitativa de la pena a tener en cuenta por el juzgador (reglas 1.^a y 3.^a), otras incluyen criterios de determinación cualitativa articulados en algunos casos de forma complementaria con otros de determinación cuantitativa o con criterios reales de individualización judicial (reglas 2.^a, 4.^a, 5.^a y 7.^a). La regla 6.^a, por su parte, se refiere a criterios reales de individualización judicial ⁽⁸⁾. Desde esta perspectiva las reglas del artículo 66.1 han pasado a ofrecer una mayor complejidad tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003.

Desde otra perspectiva distinta de las consecuencias o efectos, más interesante a los efectos del desarrollo de este trabajo, las reglas del artículo 66.1 del CP pueden analizarse a partir de los supuestos o hipótesis básicas que puede presentar la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y que básicamente serían los siguientes: a) concurrencia de atenuantes (distinguiendo entre una y varias y además las atenuantes muy cualificadas); b) concurrencia de agravantes; c) concurrencia de unas y otras, y d) ausencia de circunstancias. A este esquema respondía básicamente el originario artículo 66 del CP que, tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, ha sido

⁽⁷⁾ Véase MAPELLI, B., *Las consecuencias jurídicas...*, 2005, cit., p. 256.

⁽⁸⁾ Véase SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 155.

objeto de una mayor diversificación y complejidad, particularmente en lo referente a las hipótesis de concurrencia de agravantes y de agravantes y atenuantes. Con la introducción de estas fórmulas diferenciadoras el actual artículo 66.1 del CP pretende evitar el solapamiento y el confusiónismo que podían desprenderse de algunas de las reglas en la redacción originaria de 1995, lo cual bien podía haberse evitado mediante una interpretación coherente y sistemática del precepto, ya que todas sus reglas se manifestaban como excluyentes unas de otras. La reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha zanjado estos problemas, pero sin que al mismo tiempo haya podido evitar el surgimiento de otros nuevos. Un último supuesto a tener en cuenta en la aplicación de la pena se refiere a su individualización o concreción dentro de la mitad superior o inferior a que se ha llegado tras la aplicación de las reglas del artículo 66.1. Esta situación, a la que el Código Penal de 1973 dedicaba la regla 7.^a de su artículo 61, encuentra ya solución de forma implícita en la regla 6.^a del artículo 66.1 para el supuesto del delito sin circunstancias.

III

Los códigos penales españoles siempre han venido distinguiendo, con diversas formulaciones, entre la concurrencia de una circunstancia atenuante y la concurrencia de dos o más atenuantes o de una atenuante muy cualificada. Mientras el primer supuesto ha dado lugar a la aplicación de la pena en el grado mínimo o en su mitad inferior, el segundo conduce a la imposición de una pena inferior en grado.

En este sentido, la regla 1.^a del art. 66.1 del CP, después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, establece que *“Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, (los jueces o tribunales) aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito”*. Se trata de la misma regla 2.^a de la versión originaria de 1995 que establecía que *“Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito”*, aunque con una redacción de mayor concreción al sustituir, por un lado, “alguna” por “una” circunstancia atenuante y, por otro, la expresión “no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior” por “aplicarán la pena en la mitad inferior”, modificaciones que en modo alguno suponen cambios en los efectos del supuesto en la aplicación de la pena⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ El Anteproyecto de Ley de modificación del Código Penal de 2006, aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de julio, volvía a adoptar la redacción originaria que tenía la regla en 1995 sin modificar, en consecuencia, de forma sustancial su contenido.

Esta regla se refiere, pues, al supuesto en el que concurre una única circunstancia atenuante genérica, del catálogo general del artículo 21 o, en su caso, del 23. La regla no es, pues, de aplicación a los supuestos de concurrencia de una atenuante específica que atrae pena-tipo, ni de más de una atenuante ni a los de concurrencia de una atenuante muy cualificada, pues en esos casos será de aplicación la regla 2.^a del mismo precepto, ni tampoco a las eximentes incompletas que, aunque formalmente tienen la consideración de atenuantes, disponen de una regla específica en el artículo 68 del CP.

El efecto de la regla es constreñir imperativamente al juzgador a individualizar la pena señalada al delito dentro de su mitad inferior, sin posibilidad de traspasar o rebasar el punto medio del marco penal. En consecuencia, el legislador pone a disposición del juzgador toda la extensión de esa mitad, sin que necesariamente se tenga que agotar el límite máximo ni tampoco imponer la pena en su límite mínimo, como suele ser práctica habitual de los tribunales, pues dentro de la mitad inferior la magnitud concreta de pena tendrá que determinarse en consideración a la entidad de la atenuante, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta también las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, criterios que pone el legislador a disposición del juzgador para individualizar la pena en los supuestos de ausencia de atenuantes y agravantes. “Estos criterios, como señala BOLDOVA, aun cuando sólo se mencionen en la regla 6.^a, son de general aplicación en el momento de elegir la pena exacta, ya que a través de ellos es posible tener en cuenta otros matices, accidentes o aspectos del delito (si los hubiere) y con ello, entre otras cosas, completar la valoración de lo injusto y de la culpabilidad del hecho delictivo”⁽¹⁰⁾.

IV

Los supuestos de concurrencia de más de una atenuante o de una o varias atenuantes muy cualificadas han sido tenidos en cuenta de manera particular por nuestros códigos penales desde 1848 con distintas formulaciones y efectos. A ellos se refiere la regla 2.^a del art. 66.1 del CP que en su redacción actual establece: “*Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, (los jueces y tribuna-*

⁽¹⁰⁾ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 247. En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 255; CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007, pp. 100-101.

les) aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida en la Ley, atendidos el número y entidad de dichas circunstancias atenuantes”. La regla contempla, pues, dos supuestos distintos, compatibles entre sí: pluralidad de atenuantes y atenuante o atenuantes muy cualificadas.

En la versión originaria de 1995 la concordante regla 4.^a(11), planteó, entre otros, dos problemas. Por un lado, si su aplicación tenía como presupuesto la ausencia de agravantes, como venía siendo tradicional, pues no se hacía ninguna mención expresa a ello y, por otro, si la rebaja de la pena en uno o dos grados debía ser facultativa o, por el contrario, obligatoria como venía siendo la interpretación tradicional de la regla. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, zanjó esta polémica doctrinal al volver a la formulación que tenía la regla 5.^a del artículo 61 del CP anterior, es decir, exigiendo expresamente, por un lado, la ausencia de agravantes, pero abriendo ahora, no obstante, la puerta a la aplicación de la pena inferior en grado a través de la compensación de la nueva regla 7.^a para el caso de que concurran, y estableciendo, por otro, en la línea de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que la rebaja de la pena es obligatoria y no facultativa.

La regla 5.^a del art. 61 del CP anterior, en la línea de lo que había venido siendo tradicional hasta entonces en nuestros códigos penales, exigía expresamente que no concurriera ninguna agravante, pero la originaria regla 4.^a del CP de 1995 omitió una referencia expresa a esta exigencia, lo cual dio lugar a una colisión o solapamiento con la regla 1.^a, ya que, si se prescindía de esa exigencia, se producía aparentemente una yuxtaposición entre ambas reglas en el supuesto de que concurrieran dos o más atenuantes o una sola muy cualificada con alguna agravante, con la consecuencia de si en este caso se podía o no proceder a rebajar la pena. La cuestión, constitutiva de una relación de concurso de normas, no quedó suficientemente clara inicialmente en el Código Penal de 1995 y tuvo que irse resolviendo por vía interpretativa la determinación de la clase de relación existente entre ambas reglas y consiguientemente la aplicación preferente de una u otra.

(11) La regla 4.^a del art. 66 en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, tenía el siguiente tenor literal: “*Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias*”. Esta redacción es la misma que volvía a asumir el Anteproyecto de modificación del Código Penal aprobado por Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006.

Una primera posición consideraba que si concurría una agravante la regla 1.^a era de aplicación preferente sobre la 4.^a En consecuencia, aunque no se dijera nada expresamente en ella, la anterior regla 4.^a, con la consiguiente rebaja extraordinaria de la pena, sólo se aplicaría si no concurrían circunstancias agravantes. De concurrir también éstas la regla aplicable sería la 1.^a cuyo presupuesto era precisamente la concurrencia de atenuantes y agravantes. Según este planteamiento era innecesaria, pues, la mención expresa de la no concurrencia de agravantes, aunque ello hubiese sido el criterio tradicional⁽¹²⁾.

Una segunda posición, ante la falta de condicionamiento de la anterior regla 4.^a a la no concurrencia de agravantes, defendía su compatibilidad con la concurrencia de éstas, de modo que en el caso de que así fuera tenía preferencia la regla 4.^a sobre la 1.^a con la consecuencia de que también se podía llegar a disminuir la pena en uno o dos grados si eran dos o más las atenuantes o una sola muy cualificada y una o varias las agravantes. Por ejemplo, OBREGÓN GARCÍA entendía que tanto razones históricas, teleológicas y lógicas avalaban que se estaba ante una relación de especialidad en la que la ley especial venía dada por la regla 4.^a En su opinión otorgar efectos obstativos para la degradación de la pena a la presencia de una agravante resultaba contrario a la finalidad perseguida por las reglas de medición de la pena de conseguir su completa adecuación a la responsabilidad del sujeto, siendo más justo que todos los casos en que existiera una notable aminoración de responsabilidad por concurrencia de varias atenuantes ordinarias o una sola muy calificada fueran atraídos por una norma que permitiera desbordar el marco penal, saldando en su seno, posteriormente, las cuentas con las eventuales agravantes concurrentes, al objeto de decidir si se había de degradar o no la pena y, en su caso, con qué magnitud y en qué extensión. Además, en buena lógica, entendía este autor, si se admitía la doctrina mayoritaria por la cual habían de excluirse de la aplicación de las reglas del artículo 66 las agravantes específicas, resultaba absurdo que varias atenuantes o una muy calificada desplegaran sus efectos privilegiados en el caso de concurrir una agravante específica y, sin embargo, no pudiera suceder igual cuando la agravante presente en el supuesto perteneciera al catálogo de las circunstancias genéricas. Así, por ejemplo, podría darse la paradoja de que en un supuesto de asesinato cualificado por la alevosía la presencia de una atenuante muy calificada permitiera rebajar la pena y, consecuentemente, imponer

(12) Mantenían esta posición, entre otros autores, GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 88; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 255-256; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 1999, pp. 92-93; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 196 o 192-193. También en el mismo sentido la Consulta 2/1997 de la FGE y la STS de 15 de enero de 1998 (RJ 66).

una sanción inferior a la que correspondería aplicar en un supuesto de homicidio en el que concurrieran la agravante de abuso de superioridad (a veces llamada alevosía de segundo grado) y una atenuante muy calificada⁽¹³⁾.

No faltaron tampoco planteamientos de carácter ecléctico a partir de una interpretación armónica o conciliadora de aquellas dos reglas en orden a una mejor individualización de la pena. Así, para algunos autores cuando en el hecho concurrían varias atenuantes o una sola muy calificada con alguna o varias agravantes había que proceder a una compensación entre agravantes y atenuantes conforme a la regla 1.^a del art. 66 y sólo si después de esta operación subsistía un fundamento cualificado de atenuación, es decir, si subsistía el presupuesto de la regla 4.^a, habría lugar a la aplicación de esta otra regla, pues el valor excepcional o privilegiado de una atenuante calificada no podía ser destruido por una agravante ordinaria⁽¹⁴⁾. Esta es la solución que finalmente adop-

(13) OBREGÓN GARCÍA, A., *La atenuación de la pena*, Universidad Pontificia Comillas/Dykinson, Madrid, 1998, pp. 358-371 y “Artículo 66” en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 772-774. En el mismo sentido LANDECHO VELASCO, C. M.^a/MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 512 y STS, 2.^a núm. 155/2001, de 6 de febrero.

(14) Posiciones conciliadoras eran, por ejemplo, las de VALLE MUÑIZ, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 403; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 398; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997, pp. 1123-1124; SERRANO BUTRAGUENO, I., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, tomo I, 3.^a ed., Comares, Granada, 2002, pp. 813-814. En esta misma línea se encuentra la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo tras el Acuerdo de su Pleno de 27 de marzo de 1998. “En cuanto a la aplicación armónica de las reglas 1.^a y 4.^a del art. 66 del Código Penal, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, con alguna agravante: ... el Tribunal sentenciador deberá ponderarlas y, si entiende que por la evidente desproporción de su número, por la especial relevancia de las atenuantes o por el carácter privilegiado de alguna de ellas —caso de apreciarla como “muy calificada”, supuesto equiparable al de la concurrencia de alguna eximente incompleta— podrá optar por la aplicación de la regla 4.^a” (STS de 14 de abril de 1998, RJ 4026). Más detalladamente considera la STS de 11 de septiembre de 2000 (RJ 7932), que “... para determinar las consecuencias penológicas de la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, o una muy calificada, cuando al mismo tiempo concurre una o varias circunstancias agravantes, existen al menos dos posibles interpretaciones iniciales: según la primera las distintas reglas del artículo 66 del Código Penal contemplan hipótesis exclusivas y excluyentes, por lo que en el supuesto planteado sería obligada la aplicación de la regla 1.^a, que prevé justamente aquella conjunta concurrencia de atenuantes y agravantes, y la individualización de la pena se haría exclusivamente según esta norma. La segunda interpretación —aducida por el recurrente— se apoya en la consideración de la regla 4.^a como más

tó el legislador en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, al agregar la regla 7.^a al art. 66.1 del CP.

En mi opinión, el hecho de que la anterior regla 4.^a del artículo 66 del CP hubiera obviado la mención de la exigencia de ausencia de agravantes, no significaba necesariamente que hubiera cambiado la solución respecto de códigos anteriores. La regla 4.^a tenía que ser interpretada de forma coherente con el resto de las reglas del artículo 66, pues se trataba de reglas excluyentes entre sí, cada una de ellas con su propio ámbito de aplicación, sin interferencias ni solapamientos entre ellas, y, por lo tanto, aunque no se dijera nada, había que entender que la regla 4.^a estaba precisamente establecida para el supuesto de que no concurría agravante alguna y si concurría alguna se daba el supuesto de la regla 1.^a El hecho de que, a diferencia de códigos anteriores, no se dijera expresamente no invalidaba esta conclusión. Tampoco la regla 3.^a exigía que concurrieran atenuantes, pues ya se sobreentendía que en ese caso estábamos ante el supuesto de la regla 1.^a Por otro lado, no se puede pasar por alto que los criterios a los que hacía referencia la propia regla 4.^a para fijar la extensión concreta de la pena eran exclusivamente “la entidad y número de dichas circunstancias”, es decir, de las dos o más atenuantes o de la atenuante muy calificada. Si la regla 4.^a hubiera estado previendo la concurrencia de agravantes lógicamente tendría que haberse referido también a ellas, como expresamente se hacía en el artículo 68 de entonces con relación a las eximentes incompletas (“... aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes”).

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, zanjó esta polémica doctrinal suscitada en torno a las anteriores reglas 1.^a y 4.^a volviendo a condicionar expresamente la aplicación de la regla 2.^a del art. 66.1 a la ausencia de agravantes, aunque abriendo ahora la puerta, a través de la nueva regla 7.^a, a la aplicación de la pena inferior en grado para el

específica respecto a la genérica del número 1.^o, y en su virtud, en caso de producirse la referida concurrencia habría de aplicarse necesariamente la norma del número 4.^o y no la del número 1.^o del artículo 66. Ambas interpretaciones han sido rechazadas por esta Sala en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 27 de marzo de 1998, que aprobó una tercera vía interpretativa intermedia o armónica según la cual la concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.^a, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser: que permanezca un fundamento cualificado de atenuación, y entonces se aplicará la regla 4.^a (reducción en uno o dos grados) o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla 1.^a”. Véanse también SSTS de 15 de abril de 1998 (RJ 3777) y de 6 de febrero de 2001 (RJ 1664).

supuesto de que, concurriendo alguna agravante, persista un fundamento cualificado de atenuación. El requisito de la expresa exigencia de no concurrencia de agravante alguna impide ahora que la regla 2.^a sea compatible con otras reglas del mismo artículo que parten de supuestos de concurrencia de una o varias agravantes y, en consecuencia, cuando concurra alguna de estas circunstancias junto con la atenuante cualificada o la pluralidad de atenuantes, será aplicable la regla 7.^a, por lo que el Tribunal, dentro de la pena señalada por la Ley al delito, procederá a su individualización⁽¹⁵⁾.

El requisito o exigencia de no concurrencia de agravantes se refiere a las agravantes genéricas, por lo que la concurrencia de agravantes específicas o cualificativas (alevosía del asesinato) no impiden la aplicación de la regla 2.^a del art. 66.1 (STS de 16 de octubre de 1968, RJ 4310).

Por otro lado, la regla 4.^a del originario artículo 66 del CP, al mantener el mismo tenor literal de la regla 5.^a del anterior CP en lo referente al efecto desplegado (“*podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias*”), seguía manteniendo la duda del carácter facultativo o preceptivo de la rebaja. La formulación facultativa (“*podrán imponer*”) conferida a la regla 5.^a del artículo 61 del anterior CP por la reforma de 1932 planteó problemas de interpretación que no se presentaban en los Códigos de 1848 y 1870, dado que en éstos la rebaja era preceptiva en un grado (“*impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley*”) abriendo la duda de si la facultad concedida al juzgador se extendía tan sólo al grado de la rebaja (en uno o dos grados) o a la rebaja misma de la pena, de modo que pudiera a su arbitrio no rebajar la pena o rebajarla, y en este último caso, también a su arbitrio, rebajarla en uno o en dos grados⁽¹⁶⁾. La doctrina se manifestó en general a favor de la solución de restringir la facultad del juzgador a la intensidad de la rebaja, entendiendo que ésta había de ser en todo caso obligada. En la jurisprudencia se alternaron, sin embargo, las dos interpretaciones, afirmándose en un principio que la reducción en grado de la pena era imperativa siendo potestativa únicamente la elección del grado, en uno o en dos (STS de 18 de agosto de 1935, RJ 1662), entendiéndose, en cambio, posteriormente, que la facultad concedida al Tribunal se refería a la misma rebaja, pudiéndose o no reducir la pena en grado según su arbitrio (SSTS de 5 de junio de

(15) Véase LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 98; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2005, p. 259.

(16) Sobre esta cuestión véase GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, cit., pp. 397-398.

1986, RJ 3104, y de 4 de abril de 1988, RJ 2702), para acabar finalmente recuperándose la interpretación inicial en la etapa última de vigencia del CP anterior (STS de 21 de octubre de 1993, RJ 7819).

Pese al tenor literal de la originaria regla 4.^a del CP de 1995, un sector de la doctrina sostuvo que al producirse necesariamente en los supuestos que contempla una disminución del injusto o de la culpabilidad, por razones de justicia material y proporcionalidad, los mismos debían conducir a una rebaja obligatoria, siendo potestativa tan sólo la posibilidad de hacerlo en uno o dos grados. Si no fuera así podrían llegar a equipararse dos situaciones distintas, pues la concurrencia de una sola atenuante tendría los mismos efectos que si concurrieran dos o más o una de ellas fuera muy cualificada. La consecuencia era que siempre que se dieran los presupuestos de aquella regla 4.^a habría obligación de rebajar la pena al menos en un grado⁽¹⁷⁾. La jurisprudencia, por su parte, de acuerdo con el tenor literal de la regla, fue favorable en un principio a la reducción facultativa (STS de 22 de marzo de 1997, RJ 2525), pero pronto cambió de criterio (STS de 10 de junio de 1997, RJ 4672, y de 16 de enero de 1998, RJ 68) entendiendo que la degradación en un grado era preceptiva quedando reducida la facultad del juzgador a la rebaja en uno o dos grados. En esta misma dirección se situó el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998 arrastrando consigo ya a la jurisprudencia posterior (SSTS de 3 de abril de 1998, RJ 2971, y 14 de abril de 1998, RJ 4026).

Pero, como bien señaló LLORCA, esta interpretación del Tribunal Supremo no dejaba en cierto modo de ser discutible, ya que en su opinión “resulta curioso, en fin, que el Tribunal Supremo se acoja a la pretendida voluntad del legislador de 1932 y, sin embargo, desprecie la meridiana voluntad del legislador de 1995, que no fue otra que poner fin a la interpretación jurisprudencial que, de la regla 5.^a del art. 61, se hizo en los últimos años de vigencia del Código Penal derogado”⁽¹⁸⁾. La finalidad del legislador de 1932 fue, sin duda alguna, ampliar el arbitrio judicial en las reglas de aplicación de penas. Así se declaraba en el apartado V de la Exposición de Motivos del Código de 1932 con referencia al entonces artículo 67: “Hemos querido poner en manos de los

(17) Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., pp. 398-399; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas...*, cit., p. 87; CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit., pp. 1124-1125; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., cit., pp. 97-102; VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., cit., pp. 403-405; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, I, 3.^a ed., cit., pp. 814-815.

(18) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 5.^a ed., cit., pp. 91-92.

jueces un arbitrio mucho más extenso que el que les brindaba el Código de 1870”. Pero la extensión y ampliación del arbitrio judicial no había de ser entendida única y necesariamente con referencia a la posibilidad de una mayor rebaja de la pena, sino también con referencia a la misma rebaja, pues esta posibilidad contribuía a poner en manos del juez un marco penal más dilatado. Por otra parte, cuando el mismo legislador de 1932 introdujo en la tentativa la posibilidad de rebajar la pena sólo en un grado, en vez de en los dos que imperativamente venían exigiendo los códigos anteriores, mantuvo la expresión “se impondrá”, pues la rebaja debía ser en todo caso preceptiva. En el mismo sentido se manifestaba el legislador en aquellos otros preceptos en que había querido disponer una rebaja imperativa, pero concediendo al Tribunal la posibilidad de que fuera en uno o dos grados. Si esto era así quería decir que el legislador, cuando se refería en la regla 5.^a a “podrán imponer”, estaba concediendo también al Tribunal la facultad de no rebajar la pena, lo cual tampoco era contrario a la justicia, pues podía muy bien tratarse de la concurrencia de dos atenuantes de escasa entidad y relieve en la comisión del hecho delictivo. Además, no había que olvidar que la posibilidad de no rebajar la pena se correspondía paralelamente con la liberalización que se introdujo en el Código Penal de 1932 en la configuración del presupuesto de la regla 5.^a, al exigir su presencia alternativa y no conjunta, como sucedía en los códigos anteriores, de modo que sería suficiente la concurrencia de dos atenuantes ordinarias o la de una muy cualificada (frente a la exigencia de dos atenuantes y ambas muy cualificadas del Código Penal de 1870)⁽¹⁹⁾.

Pero no se ha de pasar por alto que la anterior regla 4.^a del artículo 66 del CP preveía los supuestos de concurrencia de sólo dos atenuantes, de más de dos atenuantes, de una atenuante muy cualificada o incluso de una de estas atenuantes con otras ordinarias. Se trataba, pues, de una gama de supuestos y situaciones que, sin atentar a la justicia material ni al principio de proporcionalidad, justificaba que la pena pudiera no rebajarse, que se rebajara en un grado o que lo fuera en dos. Parece lógico que en el caso de concurrir una atenuante muy cualificada viniera obligada la rebaja de la pena por la disminución de la responsabilidad que representa, pero cuando se tratara de la concurrencia de atenuantes ordinarias no siempre estaría justificada la degradación de la pena, pues, además del número, sería necesario valorar también su intensidad. Bien podía suceder que dos atenuantes pudieran representar un valor semejante a una sola, aunque ésta no fuera estimada como muy cualificada. Y más justificada aún estaba la degradación facultativa en el caso de que se entendiera que la

⁽¹⁹⁾ Véase GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, cit., pp. 397-398.

regla 4.^a admitía la concurrencia de agravantes⁽²⁰⁾. Como señaló LLORCA, el texto legal no adolecía de ambigüedad ni de contradicción ni de confusión, siendo clara la voluntad del legislador, ya que durante la tramitación de la ley el Congreso de los Diputados rechazó la enmienda de Coalición Canaria para sustituir la fórmula “podrán imponer” por la de “impondrán”⁽²¹⁾.

No obstante, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que vino también a zanjar este otro problema que presentaba la anterior regla 4.^a del artículo 66 del CP, lo resolvió en la ahora regla 2.^a convirtiendo en preceptiva la rebaja de la pena. De esta manera el legislador adoptó el criterio que había venido sosteniendo la jurisprudencia: descenso obligatorio en un grado y discrecional en dos⁽²²⁾.

Por otro lado, después de la reforma de 2003 por muchas atenuantes calificadas que puedan concurrir no es posible efectuar más de una rebaja de la pena en uno o dos grados, pues, a diferencia de la redacción anterior, la regla 2.^a se refiere ahora tanto a una como a varias atenuantes muy calificadas, lo cual impide una posible acumulación de rebajas⁽²³⁾.

Los supuestos de concurrencia de circunstancias atenuantes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a del artículo 66.1 del CP están necesitados de una reestructuración que proporcione una mejor respuesta penal a la diversidad de hipótesis a que pueden dar lugar. El hecho de tener que operar con la mitad inferior de la pena ha proporcionado al juzgador un margen de maniobra mayor que tener que hacerlo con el grado mínimo de los tres períodos o grados en que dividía la pena

(20) Véase OBREGÓN GARCÍA, A., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 776-778.

(21) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 5.^a ed., cit., p. 91.

(22) En cambio, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006, aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de julio, volvía, con buen criterio, aunque sin explicación alguna, a la rebaja facultativa de la pena. La regla 2.^a del art. 66.1 de Anteproyecto estaba formulada en los siguientes términos: “Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sólo muy calificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias”.

(23) Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., p. 249; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., p. 96; OBREGÓN GARCÍA, A., en MOLINA BLÁZQUEZ, M.^a C. (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 90.

el CP anterior, pero esta ampliación del arbitrio judicial no ha sido suficientemente aprovechada en toda su virtualidad para conseguir una individualización de la pena más justa y proporcionada⁽²⁴⁾. El espacio que puede recorrer el juzgador en la individualización de la pena, representado por su mitad inferior, puede resultar excesivo o desmesurado para dar juego tan sólo a la presencia de una circunstancia atenuante. Sería más aconsejable adoptar una solución más gradual que impidiera pasar directamente y de forma obligada de la mitad inferior que la regla 1.^a del art. 66.1 reserva para la presencia de una sola atenuante a la pena inferior en grado para cuando concurren ya dos circunstancias atenuantes. Una solución sería mantener la configuración actual de la regla 1.^a y modificar, en cambio, la regla 2.^a para convertir la rebaja de la pena en facultativa o discrecional, volviendo así a la redacción que tenía la originaria regla 4.^a del CP de 1995, de modo que la presencia de más de una atenuante, atendidos su valor e intensidad en el caso concreto, no tuviera necesariamente que suponer la rebaja de la pena pudiendo ser individualizada dentro de su mitad inferior. Pero probablemente fuera mejor solución incluir también en la regla 1.^a el supuesto de concurrencia de dos atenuantes, reservando para la regla 2.^a los supuestos de concurrencia de atenuantes muy cualificadas o de un número considerable de atenuantes ordinarias o simples como pueden ser ya más de dos. De esta manera quedaría a cubierto el riesgo de que la concurrencia de una atenuante muy cualificada pudiera no dar lugar a la rebaja de la pena y, por otro lado, se evitaría tener que degradar o reducir en todo caso la pena cuando concurriera más de una atenuante, pues la mera presencia de dos atenuantes de escasa intensidad no justifica sin más la degradación a la pena inferior. Una tercera solución o posibilidad sería reservar la regla 1.^a para los supuestos de concurrencia de atenuantes simples u ordinarias, una sola o una pluralidad de ellas, con el efecto actualmente vigente de tener que imponer la pena en la mitad inferior, pero dejando abierta la posibilidad para que el juzgador, atendidos su número y entidad, pudiera rebajar la pena en uno dos grados, dejando reservada la regla 2.^a exclusivamente para los supuestos de concurrencia de

(24) Aunque la amplitud del arbitrio judicial que suponga la mitad inferior de la pena dependerá en definitiva de la extensión que tenga en cada caso el marco penal genérico no se puede ignorar que en algunos casos su extensión puede llegar a ser incluso considerable. En este sentido, CASTELLÓ, alude, por ejemplo, al delito de tráfico de drogas cuyo tipo básico, castigado con la pena de tres a nueve años de prisión tratándose de sustancias que causen grave daño a la salud, da lugar a una mitad inferior que comprende de tres a seis años, por lo que se puede establecer libremente la pena de tres o su doble de seis años (CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, pp. 99-100).

atenuantes muy cualificadas, supuesto en el que la rebaja de la pena tendría que ser obligatoria en un grado y potestativa en dos⁽²⁵⁾.

La determinación de la pena no es cuestión de aritmética penal, sino de valoración y ponderación de acuerdo con la significación que revistan los hechos en cada caso. Por ello tiene que haber porosidad entre unas situaciones y otras. No parece una solución por entero justa y proporcionada que la presencia de una circunstancia atenuante suponga la aplicación de la pena en la mitad inferior (en su límite máximo, por ejemplo) y que dos de estas circunstancias den ya lugar de forma automática y obligada al salto a la pena inferior en grado. Es necesario abrir el artículo 66.1 del CP a soluciones más graduables que exijan, por otro lado, una mayor valoración y ponderación en cada caso por parte del juzgador. Una justa valoración de los hechos y la consiguiente proporcionalidad no pueden ser logradas únicamente por el legislador al margen de la concesión de un razonable grado de arbitrio judicial. Ha de ser el juzgador quien, con los debidos criterios y orientaciones legales, lleve a cabo la individualización de la pena ponderando el valor de los hechos y las circunstancias concurrentes en el caso.

V

La formulación de la originaria regla 3.^a del CP de 1995, al establecer que *“Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley”*, venía a recoger la tradicional regla de nuestros códigos penales que prohibía imponer pena mayor que la señalada por la ley en su grado máximo. A diferencia de las atenuantes, esa regla 3.^a ofrecía un tratamiento unificado para el supuesto de concurrencia de agravantes con independencia de su número o entidad, de modo que la consecuencia era la misma para todas las situaciones de concurrencia de agravantes: la preceptiva aplicación de la pena en su mitad superior. Aunque la regla no dijera nada, había que entender que su aplicación exigía la ausencia de atenuantes, pues de concurrir éstas la regla aplicable sería la entonces regla 1.^a

(25) CASTELLÓ, considera que en la regla 2.^a del art. 66.1 del CP la ley tendría que fijar el número o la entidad de las atenuantes que deben merecer la rebaja sólo en un grado y cuáles otras situaciones en dos grados. La propuesta concreta que efectúa esta autora es que ante la concurrencia de dos atenuantes ordinarias o una sola muy cualificada procede reducir la pena en un grado; y ante la presencia de más de dos atenuantes ordinarias o dos muy cualificadas, o una muy cualificada junto con una ordinaria conviene la reducción en dos grados de la pena. De este modo, según ella, tanto el juez como el justiciable ganarían en seguridad jurídica (CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., p. 118).

Este tratamiento unificado de la exclusiva concurrencia de circunstancias agravantes venía a diferenciar esta regla de su concordante regla 2.^a del art. 61 del CP de 1973. La formulación de la anterior regla 3.^a del art. 66 del CP de 1995, al establecer la imposición de la pena en su mitad superior para el supuesto de concurrencia de circunstancias agravantes, venía a recoger la tradicional regla de nuestros códigos penales que prohibía imponer pena mayor que la señalada por la ley en su grado máximo, cualquiera que fuere el número y entidad de las circunstancias agravantes, regla que sólo resultó excepcionada en el Código Penal de 1932 facultando a aplicar la pena superior en grado cuando concurriera la agravante de reincidencia, y en el de 1944, que convirtió la elevación de la pena en imperativa y la amplió facultativamente hasta el segundo grado para el supuesto de la multirreincidencia. La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, suprimió esta excepción y con ella la regla 6.^a al mismo tiempo que modificó la regla 2.^a del art. 61 abriendo también el espacio al grado medio, además del máximo, para el supuesto de la concurrencia de una sola agravante si bien añadiendo un segundo inciso a la regla 2.^a por el que si concurrían varias circunstancias agravantes se impondría la pena en el grado máximo. El Código Penal de 1995, a través de la anterior regla 3.^a mantuvo, pues, este criterio de considerar que el límite máximo señalado en la ley al marco penal constituye un tope marcado por exigencias del principio de proporcionalidad que no puede ser rebasado por necesidades de prevención general ni especial. Se trataba, pues de un límite infranqueable. Además, el CP de 1995 no contempló en un principio agravantes genéricas muy cualificadas, como pretendía introducir el Grupo de Senadores de CIU, aunque sin producir efectos especiales con respecto a las demás agravantes simples ⁽²⁶⁾.

En cambio, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, diversificó el tratamiento de la concurrencia de agravantes estableciendo un tratamiento distinto según se trate de sólo una o dos agravantes o de más de dos e incluso previendo también una situación particular para la agravante de reincidencia cualificada. La anterior regla 3.^a del art. 66 queda ahora reservada sólo para el supuesto de concurrencia de una sola o a lo sumo dos agravantes al establecer la nueva regla 3.^a del art. 66.1 que “*Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, (los jueces o tribunales) aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito*”. Al restringirse sólo a una o dos las circunstancias agravantes en sustitución de una o varias, se abre paso ahora, a través de la nueva regla 4.^a, la posibilidad de aplicar la pena superior en grado cuando sean más de dos las circunstancias

⁽²⁶⁾ Véase SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, I, cit., pp. 801-802.

agravantes concurrentes (“*Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, (los jueces o tribunales) podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior*”). Asimismo la también nueva regla 5.^a de este artículo 66.1 establece ahora que “*cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se podrá aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido*”. Y añade el párrafo segundo que “*a los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo*”. La reintroducción en el Código Penal de esta solución obedece a una política criminal que pretende “dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales” (27).

La reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha venido, pues, a distinguir dos situaciones distintas en la concurrencia de circunstancias agravantes según se trate de una o dos (regla 3.^a) o más de dos (regla 4.^a). Y además ha previsto una situación especial para el caso de que concorra la reincidencia cualificada (regla 5.^a). Estas tres reglas son complementarias entre sí en el sentido de que al ser meramente facultativa la elevación de la pena en las dos últimas, el no uso de esta facultad supone necesariamente la aplicación de la regla 3.^a (28).

Las circunstancias agravantes —y también las atenuantes (29)— a que se refieren las reglas 3.^a y 4.^a del art. 66.1 del CP son las ordinarias o genéricas de los artículos 22 y 23 del CP, excluyendo por supuesto la agravante de reincidencia cualificada que dará lugar a la aplicación de la regla específica 5.^a Las agravantes específicas que atraen pena-tipo quedan, pues, fuera de estas reglas.

(27) Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, II.

(28) El Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Gobierno en Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006 mantenía estas mismas reglas relativas a la concurrencia de agravantes con algunos ligeros retoques de redacción.

(29) Entiende MAPELLI que se trata de una solución desacertada desde un punto de vista de justicia material, ya que las circunstancias atenuantes específicas tienen en relación con las infracciones concretas mucha mayor relevancia que las genéricas (*Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 260).

Cuando concurren una o dos circunstancias atenuantes la regla 3.^a del art. 66.1 obliga a imponer la pena en su mitad superior. En cambio, cuando las agravantes concurrentes sean más de dos la regla 4.^a permite aplicar la pena superior en grado a la establecida en la ley pero sólo dentro de los límites de su mitad inferior. El mismo carácter facultativo tiene la elevación de la pena en el caso de apreciación de la reincidencia cualificada, pero en la regla 5.^a se deja a disposición del juzgador toda la extensión de la pena sin circunscribirla a su mitad inferior. Por ello tanto en el supuesto de la regla 4.^a como de la 5.^a si el juez o tribunal no estima procedente hacer uso de la facultad de aplicar la pena superior en grado será preceptiva la aplicación subsidiaria de la regla 3.^a, es decir, tendrá que aplicar la pena necesariamente en su mitad superior, a pesar de que no se haga referencia expresa a este otro supuesto en ella, actuando, como señala LLORCA, la agravante tercera o supernumeraria como un factor a tener en cuenta a la hora de moderar el castigo dentro de la mitad superior de la pena-base⁽³⁰⁾.

Aunque no se diga expresamente, como ocurre en la regla 4.^a, la aplicación de la regla 3.^a requiere la ausencia de atenuantes, pues en otro caso estaríamos ante el supuesto de la regla 7.^a (conurrencia de atenuantes y agravantes). Tampoco se dice nada en la regla 5.^a sobre su aplicación cuando junto a la reincidencia cualificada concurren también atenuantes⁽³¹⁾, en cuyo caso la solución ofrece una mayor dificultad. Son posibles dos soluciones. Una de ellas es entender que la regla 5.^a no se condiciona a contingencia alguna y al ser más específica desplaza a la 7.^a En este caso si se decidiera elevar la pena a la superior en grado, la concurrencia de la atenuante impediría rebasar su mitad inferior⁽³²⁾. Según BOLDOVA, cuando se tratara de varias atenuantes ordinarias o de una o varias atenuantes muy cualificadas debería efectuarse una compensación que normalmente conduciría al mantenimiento del grado, puesto que la reducción del grado de la pena está condicionada en la regla segunda a la ausencia de agravantes y la elevación del grado por la reincidencia cualificada es facultativa⁽³³⁾.

(30) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., p. 102.

(31) Como ha puesto de manifiesto RUIZ DE ERENCHUN, será muy frecuente la apreciación de la atenuante de grave adicción a las drogas (art. 21.2.^a del CP) (RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 115.

(32) Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., p. 251; RUIZ DE ERENCHUN, E., *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena...*, cit., p. 115; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 262.

(33) BOLDOVA PASAMAR, M.A., *ib idem*.

La otra posibilidad es entender que, aunque nada se diga de forma expresa, la regla 5.^a exige la ausencia de atenuantes, pues las reglas del artículo 66.1 son excluyentes entre sí, de modo que no permiten solapamientos entre ellas y, en consecuencia, si concurre una atenuante estaremos ante el supuesto de la regla 7.^a (conurrencia de atenuantes y agravantes) que será la aplicable, por lo que habría que proceder a la valoración y compensación entre reincidencia cualificada y atenuante y aplicar la pena en la mitad superior si se considera que subsiste un fundamento cualificado de agravación⁽³⁴⁾. A la objeción de MAPELLI en contra de esta solución por considerar que, con carácter general, no pueden compensarse circunstancias ordinarias con otras extraordinarias ya que dejaría de ser una compensación racional⁽³⁵⁾, hay que entender que, aparte de que la elevación de la pena establecida en la regla 5.^a es facultativa, no preceptiva, la regla 7.^a actual no impide la compensación entre circunstancias ordinarias y extraordinarias ya que expresamente está contemplando la persistencia o mantenimiento de un fundamento cualificado tanto de agravación como de atenuación. Esta expresión “fundamento cualificado” de atenuación o agravación alude precisamente a las atenuantes y agravantes cualificadas que poseen mayores efectos que las simples (atenuantes muy cualificadas, reincidencia cualificada, etc.), cualificación que puede todavía subsistir tras la compensación que se pretende racional y no puramente numérica⁽³⁶⁾. Además la preferencia de la aplica-

(34) En este sentido, véase RUIZ DE ERENCHUN, E., *ib idem*; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., p. 104; OBREGÓN GARCÍA, A., en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 92.

(35) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 262.

(36) Véase en este sentido MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 535-536; CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., pp. 161-162. Según esta última autora, “la multirreincidencia es la circunstancia de agravación cualificada por excelencia, puesto que tal calidad se contempla expresamente en el marco de los efectos punitivos de la misma, lo que quiere decir que ella puede ocasionar perfectamente ese fundamento cualificado de agravación, lo que nos lleva al entendimiento de que la previsión de la regla 7.^a del artículo 66.1 comprende directamente la hipótesis en la que concurra la circunstancia cualificada de agravación de multirreincidencia junto con otras circunstancias más, que pueden ser sólo atenuantes, o incluso atenuantes con otras agravantes del catálogo general del artículo 22 (y art. 23) en su caso. Tal solución no implica una ruptura o quiebra acerca de las pretensiones del legislador sobre los efectos que quiso atribuir a la reincidencia múltiple, pues téngase en cuenta que no puede valorarse igual, ni permitirse tal exacerbación punitiva cuando junto a la multirreincidencia están presentes circunstancias de atenuación, que si éstas no existen, pues su coexistencia debe incidir y mitigar el exceso propuesto por la regla 5.^a, al menos por compensación con las atenuantes con las

ción de la regla 7.^a sobre la 5.^a evita la posibilidad de tener que proceder a elevar la pena a la superior en grado, consecuencia no deseable que debería evitarse.

También puede darse el supuesto de que junto a la reincidencia cualificada concurren una o dos agravantes ordinarias o genéricas. Si en este supuesto el juez o tribunal decide hacer uso de la facultad de elevar la pena a la superior en grado, la agravante o agravantes concurrentes actuarán como factores a tener en cuenta en la fijación de la extensión concreta de la pena superior en grado⁽³⁷⁾. Puede suceder también que las circunstancias agravantes concurrentes con la reincidencia cualificada sean más de dos, lo que plantea la cuestión de una posible aplicación conjunta de las reglas 4.^a y 5.^a con la consecuencia de una posible elevación de la pena en dos grados, aunque sólo hasta la mitad inferior. Pero ello no es posible, porque la condición de agravante especial o extraordinaria que el legislador ha querido otorgar a la reincidencia cualificada con el efecto de poder elevar la pena a la superior en grado, determina una aplicación preferente de la regla 5.^a y, en consecuencia, la facultad que tiene el juzgador de imponer la pena superior en grado en toda su extensión le permite valorar también la concurrencia de las agravantes hasta imponer la pena en su mitad superior⁽³⁸⁾. Si no se puede reducir el grado de la pena cuando concurren una o varias atenuantes muy cualificadas, tampoco parece, como sostiene BOLDOVA, que se ajuste a la lógica de estas reglas que se pueda volver a elevar el grado de la pena cuando además de la reincidencia cualificada se hayan apreciado más de dos circunstancias agravantes⁽³⁹⁾.

Tampoco se dice nada en el Código Penal sobre el supuesto de concurrencia de la reincidencia cualificada con una eximente incompleta, aunque en este caso el artículo 68 del CP no exonera de la aplicación posterior de las reglas del artículo 66. Según ello y considerando la extraordinaria y anómala agravación que puede suponer la concurrencia de la reincidencia cualificada, lo lógico será aplicar el artículo 68 y, si procediera, elevar a continuación la pena en aplica-

que también se ejecutó el delito. De este modo, la presencia de atenuantes obliga a compensar, y si aún persiste un fundamento cualificado de agravación, a imponer la pena en su mitad superior, no pudiéndose elevar hasta el grado superior, puesto que la presencia de atenuantes lo desaconseja, y además debe impedirlo”.

(37) Véase LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., pp. 104-105.

(38) Véase CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., pp. 160-161; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., p. 251; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 262.

(39) BOLDOVA PASAMAR, M.A., *ib idem*.

ción de la regla 5.^a del artículo 66.1 del CP⁽⁴⁰⁾. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que, además del carácter facultativo que tiene la elevación en grado de la pena en la regla 5.^a, uno de los criterios que la misma obliga a tener en cuenta para ello, además de las condenas precedentes, es la gravedad del nuevo delito cometido, lo cual supondrá muy probablemente que, ante la existencia de una eximente incompleta, el órgano sentenciador excluya hacer uso de la facultad de elevar la pena a la superior en grado⁽⁴¹⁾.

Como ya se ha indicado, las reglas 4.^a y 5.^a del art. 66.1 del CP abren paso de nuevo a la posibilidad, cerrada en la reforma de 1983, de poder rebasar el límite máximo de la pena señalada al delito elevándola a la superior en grado. La regla 4.^a, en un intento por establecer un cierto paralelismo diversificador con las circunstancias atenuantes de la regla 2.^a, vuelve a recuperar la antigua regla que distinguía entre la presencia de una agravante o de una pluralidad de ellas, pero la imposibilidad de jugar ahora con los grados medio y máximo del CP de 1973 y tener que circunscribir el espacio de actuación a la mitad superior de la pena ha llevado al legislador de 2003 a autorizar al juez la elevación de la pena a la superior en grado. Es verdad que se trata tan sólo de un efecto atenuado por tener carácter potestativo, no preceptivo, y por ceñirse además a la mitad inferior de la pena superior en grado. Pero también es verdad que esta nueva regla, con su particular efecto agravatorio sólo ha contado con el precedente de la regla 6.^a del artículo 67 del CP de 1932 para el caso de la agravante de reincidencia que luego el CP de 1944 amplió a la posibilidad de subir hasta en dos grados, aunque circunscribiendo la elevación de la pena al supuesto de la multirreincidencia. Pero posteriormente, como ya se ha indicado, la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, proscribió esta posibilidad que ahora de nuevo ha vuelto a resucitar la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, a pesar de la muy discutible, y por ello también denostada, agravación de la pena para el multirreincidente.

Las nuevas reglas 4.^a y 5.^a del artículo 66.1 del CP son “reglas expresivas no sólo de aquella ampliación del arbitrio judicial” en el ámbito de la aplicación de las penas, “sino sobre todo de un injustificado rigor punitivo”, como muy acertadamente las ha calificado SANZ MORÁN⁽⁴²⁾. Expresión de ello es que, como ha puesto de manifiesto BOLDOVA, de acuerdo con la exasperación de

(40) En el mismo sentido CASTELLÓ NICAS, N., *op. cit.*, p. 159.

(41) Sobre esta cuestión véase, OBREGÓN GARCÍA, A., en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 92.

(42) SANZ MORÁN, Á., “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, núm. 11 (enero de 2004), p. 26.

la pena a que puede conducir la nueva regla 4.^a puede resultar castigado más gravemente un delito con tres circunstancias agravantes que un concurso ideal de tres delitos, exasperación de la pena que, para este autor, podría considerarse excesiva, teniendo en cuenta que supera el marco penal del concurso de delitos, al que le corresponde como máximo la absorción agravada (pena en su mitad superior). Las diferencias penológicas se incrementan en la regla siguiente, donde para un solo delito con una sola circunstancia agravante se admite todavía una exasperación superior de la pena⁽⁴³⁾.

El marco penal abstracto señalado en la Ley debe estar configurado de tal manera que pueda soportar toda la gravedad del injusto y de la culpabilidad correspondiente al hecho delictivo, así como todas las necesidades de prevención general, sin que pueda ser ampliado por muchas o cualificadas que sean las circunstancias agravantes que concurren, salvo que ello dé lugar en la Parte Especial a un tipo agravado con el consiguiente marco penal de mayor gravedad. La prohibición de traspasar el límite máximo de la pena señalada al delito venía exigida, en opinión de los antiguos comentaristas de los Códigos de 1848 y 1870, tanto por razones de humanidad y de justicia como por la misma estructura del Código. Al señalar la pena correspondiente al delito, el legislador había tenido ya en cuenta toda la gravedad a que podía llegarse en razón de las circunstancias agravantes concurrentes. Esa prohibición constituía además una garantía del delincuente frente a la arbitrariedad de los jueces, de modo que no pudiera sufrir un ápice de pena más de la establecida⁽⁴⁴⁾. La proporcionalidad (o medida) de la pena ajustada al injusto y a la culpabilidad, además de consti-

(43) Según BOLDOVA, en el Código Penal de 1995 el concurso de delitos tenía comparativamente y en abstracto el mismo marco penal que un solo delito con una o varias agravantes. Tras la reforma, a un delito con tres agravantes podría corresponderle una pena superior que a la de un concurso ideal de tres delitos de la misma naturaleza. Así, por ejemplo, un homicidio con tres agravantes podría castigarse con una pena superior a la que correspondería a tres (o más) delitos de homicidio en concurso ideal. Sólo en el caso de que con cada delito de homicidio del concurso concurriera una circunstancia agravante (distintas unas de otras) la pena podría llegar ser la misma (BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., p. 250).

(44) Véase VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, tomo I, p. 305; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1903, tomo II, p. 458; VIADA Y VILASECA, S., *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*, 4.^a ed., Librería de A. San Martín, Madrid, 1890, tomo I, p. 464.

tuir un límite que no puede ser desbordado por razones de prevención, ni general ni especial, es una condición de la eficacia de la prevención general. Con la posibilidad introducida por las nuevas reglas 4.^a y 5.^a del art. 66.1 del CP se agrava la pena precisamente por razones de prevención general más allá de la correspondiente a la gravedad del injusto y a la culpabilidad por el hecho, lo cual resulta claro en el caso de la reincidencia cualificada, circunstancia que no supone incremento alguno del injusto ni tampoco de la culpabilidad (entendida ésta como culpabilidad por el hecho)⁽⁴⁵⁾.

En opinión de CASTELLÓ, N., la presencia de una o varias agravantes, siempre que no concurra atenuante alguna, “no puede tener en todo caso la misma repercusión punitiva, dado que el catálogo del artículo 22 —y en su caso art. 23— del Código Penal tiene el sentido, como su propia denominación indica, de ser circunstancias desfavorables para el inculpado, y tal relación no es ajena a las razones que le asisten en cuanto mayor recriminación del sujeto que es capaz de cometer un delito mediando alguna o más de ellas. Lo contrario pudiera hacernos pensar en una pena tipo o base para todos los delitos, con independencia de su gravedad, lo que nos parece fuera de toda lógica. De aceptar ello, ¿qué sentido tendría el listado general de circunstancias de agravación? Si entendemos que la pena máxima a imponer no puede exceder del máximo legal impuesto por el precepto correspondiente, qué objeto tiene que el juez delimite todas las concurrentes si, sean una o varias, la pena a fijar siempre lo será dentro del mismo margen, no obstante, que, eso sí, presenta una importante extensión, como ya se indicó en relación con su homónima mitad inferior en la regla 1.^a del artículo 66.1”⁽⁴⁶⁾. Es verdad que no puede tener la misma repercusión punitiva la concurrencia de una o de varias circunstancias agravantes, pero la mitad superior de la pena ya encierra un margen suficiente para que el órgano sentenciador tenga en cuenta la diferencia, sin necesidad de que el legislador le conceda además la facultad de rebasar el límite máximo de la pena señalada al delito que representa el máximo de gravedad a que pueda llegarse teniendo en cuenta todas las circunstancias agravantes que puedan concurrir. Cuando la extensión de pena representada por su mitad superior no se considere suficiente y además la concurrencia de una pluralidad de circunstancias agravantes haga especialmente recriminable la comisión de un determinado delito, la solución ha de venir por la vía de conferir a esas circunstancias la condición de cualificadoras de un tipo agravado que dé lugar a un marco penal de mayor gravedad. Esta debe ser la solución correcta.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas y medidas*, cit., p. 75.

⁽⁴⁶⁾ CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., pp. 122-123.

Por otro lado, en la determinación de la pena no se puede prescindir de la valoración judicial. Por eso, reglas como la nueva 4.^a, aparte de expresar un inusitado rigor punitivo, constituyen una manifestación más de la vuelta a la aritmética o dosimetría penal y que el Código Penal de 1995 quiso desterrar de nuestro sistema penal. Como oportunamente sostiene MAPELLI, lamentablemente tras la reforma 2003 “vuelve aquí el legislador a inclinarse por los criterios más rancios de dosimetría aritmética del siglo XIX. Quizás, sigue diciendo este autor, ello facilite la seguridad y homogeneidad de las resoluciones judiciales, pero desde luego, transmite una imagen de actividad computarizada muy alejada de las consideraciones de justicia, equidad y prevención que debiera de presidirla”⁽⁴⁷⁾.

De todas maneras, como sostiene OBREGÓN, no es aventurado predecir que el empleo de la facultad contenida en esta regla va a ser escaso, por no decir inexistente: en primer lugar, porque en la práctica es anormal que se aprecien tres o más agravantes; y, en segundo término, porque los jueces serán renuentes a elevar las penas en grado por razón de la presencia de agravantes, ya que es un fenómeno enojoso que debe resultar fuera de lo común y que, dogmáticamente también se puede considerar repudiable. En suma, según este autor, esta previsión legal más parece una rendición de pleitesía a las corrientes doctrinales que predicán un Derecho penal simbólico, tendente a fomentar la sensación de seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico, que una regla guiada por la eficacia⁽⁴⁸⁾.

Por lo que se refiere a la regla 5.^a del art. 66.1 del CP, si la agravación de la pena por la concurrencia de la reincidencia ya es objeto de discusión doctrinal, su exasperación por razón de la cualificación por multirreincidencia ha sido y sigue siendo objeto de rechazo bastante generalizado. Se trata de una solución contraria al Derecho penal de responsabilidad por el hecho, pues la agravación de la pena en estos casos no se basa en las conductas precedentes, sino en las características personales del autor correspondientes a su vida anterior, su personalidad o su carácter más o menos contrario a las normas, lo cual no supone un mayor grado de injusto ni de culpabilidad (entendida como culpabilidad por el hecho). La reincidencia, en cuanto revela un carácter más o menos recalitrante en la infracción de las normas, se acerca a un concepto de culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida que ha de ser rechazado. La solución para este tipo de situaciones no ha de buscarse en el sistema represivo, pues la agravación de las penas para combatir la reincidencia ha constituido hasta ahora

⁽⁴⁷⁾ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 260.

⁽⁴⁸⁾ OBREGÓN GARCÍA, A., en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 91-92.

un rotundo fracasado. El respeto al principio de culpabilidad, por un lado, y el adecuado tratamiento del delincuente peligroso (habitual, profesional, reincidente o multirreincidente), por otro, exigen que estas situaciones sean objeto de solución por la vía de las medidas de corrección y de seguridad⁽⁴⁹⁾. Tratándose de la exasperación de la pena, no está de sobra, como ha hecho SANZ MORÁN, por lo ilustrativo que resulta, reproducir (¡veinte años después!) lo que argumentó el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que suprimió, como ya hemos indicado, aquel efecto agravatorio, ahora reintroducido: “La exasperación del castigo de delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se le une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura delictiva, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”⁽⁵⁰⁾. Pese a todo ello, no existen muchas esperanzas de que la situación pueda ser reconducida de nuevo. Prueba de ello es que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006 mantenía las actuales reglas 4.^a y 5.^a del art. 66.1 del CP.

Por otro lado, aunque la regla 5.^a ofrezca criterios para la individualización de la pena, es excesivo el espacio que se pone a disposición del juzgador para ello, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de la elevación de la pena a la superior en grado⁽⁵¹⁾.

VI

La originaria regla 1.^a del Código Penal de 1995⁽⁵²⁾ contemplaba dos supuestos diferentes a los que sometía a la producción de un mismo efecto: la concurrencia tanto de atenuantes como agravantes y la ausencia de unas y otras.

(49) Véase SANZ MORÁN, A., en “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, cit., p. 29; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Contrarreforma penal (el *annus horribilis* de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, cit., pp. 1352 y 1380.

(50) SANZ MORÁN, A., *loc. cit.*, p. 27.

(51) MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., cit., p. 536.

(52) “Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras —establecía la regla 1.^a del art. 66 con anterioridad a la reforma de 2003—, los Jueces y Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”.

El Código de 1995 refundía, pues, en esta regla dos supuestos que habían venido siendo objeto de un tratamiento separado y distinto en las reglas 3.^a y 4.^a, respectivamente, del artículo 61 del CP anterior, aunque desde la Reforma de 1944 hasta la de 1983 en ambos se pusiera a disposición del órgano sentenciador la total extensión del marco penal para la individualización de la pena. Esta es la solución que volvió a recuperar el CP de 1995 como consecuencia de haberse sustituido los tres grados tradicionales de la pena por sus dos mitades. Pero, aunque en ambos supuestos la individualización concreta de la pena hubiera de tener lugar dentro de la total extensión del marco penal señalado al delito, no parece coherente ni lógico unir en una misma regla supuestos que están sujetos a un tratamiento y valoración distintos. Los criterios de individualización que aquella regla 1.^a ofrecía al juzgador —las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho— tienen su justificación lógica para el supuesto de ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes, pero no tanto para el de concurrencia de unas y otras, supuesto en el que ante todo y necesariamente se ha de proceder previamente a una valoración, ponderación y compensación racional entre ellas, como tradicionalmente vino exigiendo la regla 3.^a del artículo 61 del CP de 1973. Por eso, la doctrina entendió que aunque nada se dijera expresamente en la regla para el supuesto de concurrencia de atenuantes y agravantes, al incidir éstas sobre los criterios que proporcionaba la regla para la individualización final o concreta de la pena y especialmente la gravedad del hecho, por suponer un mayor grado de injusto o de culpabilidad, el juzgador debía en todo caso graduar el valor de unas y otras para proceder finalmente a su compensación racional, sin perjuicio de tener que atender también a las demás circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho para individualizar la pena⁽⁵³⁾.

No obstante, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la reordenación de supuestos que lleva a cabo en el artículo 66, ha separado de nuevo estos dos supuestos en las reglas 6.^a (no concurrencia de atenuantes ni agravantes) y 7.^a (concurrencia de unas y otras). Pero mientras la regla 6.^a no implica ninguna novedad en los efectos de la aplicación de la pena, la 7.^a, en cambio, recupera de forma expresa y acertadamente el criterio de la “compensación racional” entre atenuantes y agravantes

(53) Véase GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas...*, cit., p. 88; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena (Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal)*, Colex, Madrid, 1997, p. 132; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 5.^a ed., cit., pp. 103-104; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 254; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., pp. 193-194.

que venía figurando en nuestros códigos penales desde 1870 hasta su desaparición en 1995. “*Cuando concurran atenuantes y agravantes, establece la nueva regla 7.ª del art. 66.1 del CP, (los jueces o tribunales) las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior*”⁽⁵⁴⁾. En consecuencia, el Juez o Tribunal ha de proceder a graduar el valor de unas y otras y, en función del valor otorgado a las atenuantes, de un lado, y a las agravantes, de otro, las compensará entre sí determinando la preponderancia atenuatoria o agravatoria de acuerdo con la cual fijará la pena aplicable dentro obviamente de la total extensión del marco señalado al delito, aunque ninguna mención de ello se haga en la ley. Como ha venido repitiendo unánimemente la doctrina⁽⁵⁵⁾, no se trata en la compensación racional de una simple operación de cómputo aritmético en la que haya de decidir el número de las circunstancias concurrentes de uno u otro signo. El carácter de racional que la ley dispensa a la compensación significa que ésta habrá de efectuarse atendiendo principalmente a la distinta intensidad, valor e importancia que cada una de las circunstancias concurrentes despliegue en el caso particular, aunque tampoco habrá de despreciarse el número de las de uno y otro signo⁽⁵⁶⁾.

(54) La nueva regla procede del acuerdo interpretativo de la anterior regla 4.ª del artículo 66 del CP adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del TS, en la Junta General de 27 de marzo de 1998, según el cual “la concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.ª del artículo 66 del CP, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y entonces se aplicará seguidamente la regla 4.ª (reducción de uno o dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla del núm. 1. De donde se sigue que la regla 4.ª del artículo 66, cuando concurren también circunstancias agravantes no obliga pero sí faculta a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados”.

(55) Véase GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, cit., p. 390. “... es evidente, hace notar MAPELLI CAFFARENA, que el legislador ha huido de las meras compensaciones aritméticas. Obsérvese el cuidado del legislador por huir de referencias cuantitativas para significar el exceso a favor de agravar o atenuar la pena y, en su lugar, utilizar la expresión “fundamento” (MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., cit., p. 264).

(56) Como viene entendiendo nuestra jurisprudencia: “... la compensación antedicha, debe atender a la calidad de las circunstancias, a su intensidad y a la incidencia que hayan tenido en el hecho punible de que se trate, así como a todas las particularidades concurrentes, ponderando y sopesando y calibrando, cuidadosamente, el valor y la relevancia de unas y otras, determinando la pena aplicable merced a criterios selectivos y cualitativos, y desdeñando, por lo general, lo meramente cuantitativo y numérico...” (STS de 24 de julio de 1987 (RJ 6304).

La compensación que establece la regla 7.^a se refiere a las circunstancias genéricas incluidas en los catálogos de los artículos 21, 22 y 23 del CP, de modo que la regla entrará en juego en los supuestos de concurrencia de una atenuante con una agravante, ambas ordinarias, en la concurrencia de varias agravantes con una atenuante y en la concurrencia de varias atenuantes con una agravante, todas ellas ordinarias. Se considera generalmente por la doctrina que las circunstancias específicas o cualificadas de las concretas figuras delictivas no son compensables con aquellas otras en la medida que las específicas suponen una valoración del legislador que determina un nuevo marco penal dentro del cual habrán de aplicarse las reglas del artículo 66 para el caso de que concurran circunstancias genéricas⁽⁵⁷⁾. Se suele seguir también esta misma solución cuando la circunstancia específica, sin determinar un nuevo marco penal, dé lugar a la imposición de la pena en su mitad inferior o superior. En estos casos entiende la doctrina que la circunstancia específica tampoco es compensable con otra circunstancia genérica de signo contrario en cuanto que la mitad inferior o superior de la pena viene a representar un nuevo marco penal más restringido dentro del que ha de operar la circunstancia genérica a través de las reglas del artículo 66. No obstante, algún sector de la doctrina considera que las circunstancias específicas no ofrecen ninguna dificultad para su sometimiento a la disciplina compensatoria de la regla 7.^a, siempre que las mismas no fundamenten una unidad valorativa nueva en términos penales (art. 242.2, por ejemplo)⁽⁵⁸⁾.

En cambio, no debería ofrecer dudas la posibilidad de compensar circunstancias genéricas con otras específicas cuando estas últimas no den lugar a ningún marco penal nuevo ni siquiera a la imposición de la pena en su mitad inferior o superior. Es el caso, por ejemplo, de las circunstancias previstas en el artículo 249 para el delito de estafa, según el cual “para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”. Aunque propiamente estas circunstancias aparezcan configuradas

(57) Véase GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas...*, cit., pp. 87-88; VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., cit., p. 402, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena...*, 6.^a ed., cit., pp. 109-111; CASTELLÓ NICAS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., pp. 183-184.

(58) Véase ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 327 y “La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19 (1983), pp. 5 y ss.; GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, cit., pp. 388-389; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, I, cit., pp. 797-798.

por el legislador como factores para la individualización judicial que habrían de ser valorados una vez que se hayan aplicado las reglas del artículo 66.1 del CP, en realidad al estar previstas como circunstancias específicas de una particular clase de delito que vienen a graduar o modular el desvalor global del hecho delictivo, el mayor o menor grado de injusto, deberían entrar a ser valoradas en un plano de igualdad con las circunstancias genéricas, teniendo en cuenta además que estas circunstancias específicas pueden tener en el concreto delito de estafa una intensidad o entidad mucho mayor que alguna de las circunstancias genéricas. Si estas circunstancias especiales del delito de estafa no pudieran ser objeto de compensación con otras genéricas de signo contrario perderían en gran medida la trascendencia y efectividad que el legislador les ha querido otorgar.

Pero la principal novedad de esta nueva regla 7.^a tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre 2003, es la referencia que incluye a los fundamentos cualificados tanto de atenuación como de agravación. Como ya ha sido indicado, se trata de una solución que adoptó el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en acuerdo de 27 de marzo de 1998 para unificar criterios, y consolidada posteriormente por la jurisprudencia de este tribunal (por ejemplo, véase STS 357/1998, de 14 de abril, RJ 4026). Si tras el proceso de compensación racional y como consecuencia del mismo se produce un desequilibrio, desproporción o exceso a favor de atenuar o agravar y persiste un fundamento cualificado de atenuación o de agravación se aplicará la pena inferior en grado o se impondrá la pena en su mitad superior, respectivamente. La solución es lógica y coherente con la idea de que las reglas del artículo 66.1 son excluyentes entre sí no admitiendo interferencias ni solapamientos, de modo que la aplicación de la regla 7.^a puede dar la suficiente cobertura atenuatoria a aquellos supuestos de concurrencia de una pluralidad de atenuantes o de una muy cualificada con alguna agravante, pues la exigencia de ausencia de agravantes impediría aplicar la regla 2.^a Por el otro extremo, evita que en el supuesto de concurrencia de más de dos agravantes o de la reincidencia cualificada conjuntamente con circunstancias atenuantes se pueda hacer uso de la elevación de la pena a la superior en grado.

De esta manera la nueva regla 7.^a obliga a replantear la opinión tradicional que ha pervivido en algún sector de la doctrina con la vigencia del CP de 1995, tanto antes como después de la reforma del artículo 66 por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre⁽⁵⁹⁾, según la cual la compensación racional sólo

(59) Véase CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, cit., p. 1122; VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., cit., p. 402; QUINTERO OLIVARES, G., *ib idem*, 4.^a ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 432; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., p. 256.

puede darse entre circunstancias ordinarias, no procediendo cuando concurren circunstancias especialmente cualificadas (así, entre otras, STS de 19 de mayo de 1993, RJ 4184) por la razón de que sus efectos producen un salto en el grado de pena a imponer. La expresión “fundamento cualificado”, calificada de enigmática por algún autor⁽⁶⁰⁾, se refiere claramente a aquellas atenuantes y agravantes que en virtud de las reglas anteriores del artículo 66.1 poseen efectos superiores a las simples u ordinarias y precisamente por ello esos efectos pueden subsistir tras la preceptiva valoración y compensación racionales. De acuerdo con ello la regla 7.^a entrará también en juego en los supuestos de concurrencia de varias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, con una o varias agravantes y en la concurrencia de una o varias atenuantes con la agravante de reincidencia cualificada⁽⁶¹⁾.

Cabe preguntarse si la regla 7.^a puede acoger la concurrencia de dos supuestos de cualificación de significado contrario, lo cual tendría lugar sólo en el supuesto de la concurrencia de una eximente incompleta con los supuestos de la regla 4.^a y de la regla 5.^a Para algún sector de la doctrina ello sería posible al considerar incluidas las eximentes incompletas en la compensación racional de la regla 7.^a⁽⁶²⁾. Pero, aunque tampoco sería imposible una compensación entre estos dos supuestos de signo contrario, las eximentes incompletas tienen en principio una aplicación preferente a través del artículo 68 del CP, según el cual habrá de rebajarse la pena en uno o dos grados en atención únicamente al número y entidad de los requisitos que falten o concurren así como a las circunstancias personales de su autor. Pero, por otro lado, este precepto no exime de la posterior aplicación de las reglas del artículo 66. En consecuencia, en el supuesto de referencia, una vez rebajada la pena habría que proceder luego a su posterior elevación en función de la pluralidad de agravantes o la reincidencia cualificada que puedan concurrir. Claro que tanto en la regla 4.^a como en la 5.^a se trata de una elevación a la pena superior en grado de carácter facultativo y, por otro lado, esta última regla obliga a tener en cuenta, además de las condenas precedentes, la gravedad del nuevo delito cometido, lo cual aconsejará no proceder a elevar la pena en el caso de apreciarse una eximente incompleta.

Pero como suele ocurrir en casi todos los excesos de regulación, se pueden generar otros problemas distintos de los que se tratan de resolver y a veces incluso se pueden producir efectos contrarios a los pretendidos. Así, mientras una de las finalidades de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, fue

(60) MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., cit., p. 535.

(61) En el mismo sentido, LLORCA ORTEGA, J., 6.^a ed., cit., pp. 110-111.

(62) MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *loc. cit.*, p. 535.

evitar determinadas colisiones o solapamientos entre algunas reglas del artículo 66, como la que se producía entre las anteriores reglas 1.^a y 4.^a, con las nuevas reglas se vienen a originar otros nuevos como el ya analizado entre las nuevas reglas 5.^a y 7.^a cuando junto a la reincidencia cualificada concurre alguna atenuante. La regla 7.^a tampoco dice nada respecto a si, tras la compensación, persiste un fundamento de atenuación o de agravación no cualificado o si, simplemente, no quedan razones ni para agravar ni para atenuar. En el supuesto de concurrencia de un fundamento no cualificado de atenuación la pena deberá ser aplicada en la mitad inferior y en el de un fundamento no cualificado de agravación el efecto necesariamente tendrá que ser el mismo establecido en la regla 7.^a para el fundamento cualificado, la aplicación de la pena en su mitad superior. En el supuesto de que la compensación conduzca a un equilibrio de fuerzas entre agravantes y atenuantes, el órgano sentenciador podrá imponer la pena en toda su extensión atendiendo a los criterios establecidos en la regla 6.^a ya que en este caso la situación es coincidente con la ausencia de atenuantes y agravantes⁽⁶³⁾.

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006, sin explicación alguna, volvía a suprimir la actual regla 7.^a para retornar otra vez a la solución originaria de 1995 refundiendo de nuevo las actuales reglas 6.^a y 7.^a⁽⁶⁴⁾. En consecuencia, para los supuestos de concurrencia de atenuantes y agravantes el Anteproyecto volvía a poner a disposición del órgano sentenciador todo el marco de la pena señalada al delito sin posibilidad de reducir la pena en grado ni exasperarla, ya que suprimía toda referencia a los fundamentos cualificados tanto de atenuación como de agravación. Al mantenerse, por otro lado, la regla 5.^a actual se venía a considerar en el Anteproyecto que el único fundamento cualificado de agravación que daba lugar a la exasperación de la pena venía determinado por la reincidencia cualificada. Además, la refundición de las actuales reglas 6.^a y 7.^a en una sola suponía de nuevo dar un tratamiento homogéneo a supuestos distintos dotados cada uno de ellos de especificidad propia que vendría a impedir la adecuada proporcionalidad en la individualización de la pena. Ello era particularmente evidente en el supuesto de que la compensación racional arrojara un saldo favorable a una atenuación cualificada, pues en este

(63) Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., p. 253.

(64) La regla 6.^a del art. 66.1 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006 tenía el siguiente tenor literal: Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias personales del delincuente y sus antecedentes penales, razonándolo en la sentencia.

caso, según la solución ofrecida por el Anteproyecto no se podría bajar del límite inferior de la pena señalada al delito. De todas maneras esta dificultad podría salvarse jurisprudencialmente a través de la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo aprobada por el acuerdo del Pleno de su Sala Segunda, de 27 de marzo de 1998. En el caso de que se tratara de un fundamento cualificado de agravación las consecuencias no serían tan relevantes, toda vez que una buena lógica compensatoria conduciría a la aplicación de la pena en su mitad superior. El Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido sobre el Anteproyecto consideró desaconsejable la reforma propuesta para la actual regla 7.^a

VII

Como ya se ha indicado la reforma llevada a cabo en el artículo 66 del CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, al separar los supuestos que inicialmente incluía la regla 1.^a del CP de 1995, con la actual regla 6.^a ha vuelto al planteamiento tradicional de nuestros códigos penales en el supuesto de ausencia de atenuantes y agravantes. En consecuencia, la regla 6.^a ha quedado redactada de la manera siguiente: *Cuando no concurran atenuantes ni agravantes (los jueces o tribunales) aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.* En el CP de 1995 en este supuesto se puede recorrer de nuevo la pena en toda su extensión, solución razonable y además lógica al haberse sustituido los tres grados tradicionales de la pena por sus dos mitades.

Aunque nada se diga de forma expresa, el ámbito de aplicación de la regla 6.^a va más allá del estricto supuesto del delito sin circunstancias, puesto que, a falta de una regla como la 7.^a del art. 61 del anterior CP de 1973, también resulta aplicable para la individualización de la pena dentro de la mitad resultante de aplicar las restantes reglas. La situación que se genera con la aplicación de la pena en su mitad inferior o superior tras haber aplicado las reglas del artículo 66 es similar a la del delito sin circunstancias, pues en uno y otro caso se pone a disposición del juzgador un marco penal, en toda su extensión o en una de sus mitades, dentro del cual tiene que fijar la magnitud de pena concreta a imponer en la sentencia. En expresión de MAPELLI⁽⁶⁵⁾ se trata, pues, de una regla determinante para el sistema de determinación de la pena, razón por la que en la redacción originaria del CP de 1995 figuraba como regla 1.^a

(65) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., cit., p. 263. Véase también en este mismo sentido, OBREGÓN GARCÍA, A., en *Comentarios al Código Penal*, tomo III, cit., p. 764.

En el supuesto del delito sin circunstancias a que se refiere la regla 6.^a del artículo 66.1 del CP se pone a disposición del juzgador toda la extensión del marco penal señalado al delito. Como en algunos casos los marcos penales pueden estar configurados con bastante amplitud, el arbitrio judicial puede ser en estos supuestos muy considerable. Pero, además, al operar el Código Penal actual con sólo las dos mitades de la pena esta solución permite llegar a resultados de cierta confusión valorativa o agravio comparativo con las situaciones de sólo una o dos circunstancias agravantes (regla 3.^a) o, con mayor frecuencia, de sólo una circunstancia atenuante (regla 1.^a) dada la tendencia manifestada en la práctica judicial de una aplicación automática e indiscriminada de la pena en su mitad inferior o incluso en su mismo límite mínimo.

La regla actual para el delito sin circunstancias coincide con la que se introdujo en el CP de 1944. La solución introducida en la entonces regla 4.^a del artículo 61 representó una de las innovaciones más notables de aquella reforma en cuanto, de un lado, venía a romper con el tradicional sistema de dosimetría penal que reservaba el grado medio de la pena para el delito sin circunstancias y, de otro, venía a conceder un mayor protagonismo al arbitrio judicial en la individualización de la pena. La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal volvió a restringir el arbitrio judicial en estos supuestos al establecer la aplicación de la pena en sus grados medio o mínimo reservando así el grado máximo para el supuesto de concurrencia de varias agravantes⁽⁶⁶⁾. Todos estos cambios a que se ha visto sometida a lo largo de su historia la regla de la aplicación de la pena para el supuesto del delito sin circunstancias ponen de manifiesto las dificultades que entraña, desde una concepción dosimétrica o de aritmética penal de la determinación de la pena, conseguir una solución que no provoque confusiones valorativas o agravios comparativos con las situaciones previstas en otras reglas del artículo 66.1 del CP, todavía más manifiestas u ostensibles cuando se opera con las dos mitades de la pena en lugar de los tres grados o períodos del CP anterior. Por ello, en este supuesto del delito sin circunstancias, parece razonable confiar la individualización de la pena, dentro de su total extensión, al arbitrio judicial aunque siempre con sujeción a los criterios orientadores que propone la regla 6.^a Para llevar a cabo esta actividad el órgano sentenciador deberá situarse, como punto de partida orientador, en la zona media del marco penal para desde ahí bajar o subir según la valoración y ponderación de los criterios legales, en lugar de partir de forma automática o indiscriminada del límite mínimo del marco penal, lo cual necesariamente tiene que provocar agravios comparativos con el supuesto de concurrencia de una sola circunstancia atenuante. Por otro lado, deberá evitarse

⁽⁶⁶⁾ Véase GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena...*, cit., pp. 390 y ss.

la imposición del máximo de la extensión penal que parece razonable que deba quedar reservado para las hipótesis de concurrencia de varias circunstancias agravantes⁽⁶⁷⁾.

En todo caso el arbitrio de que goza el juez en la individualización o concreción de la pena del delito sin circunstancias no es absoluto, pues se encuentra sujeto a los criterios valorativos que presenta la regla 6.^a: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. Evidentemente estos criterios no hacen referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, puesto que en el supuesto genuino de la regla 6.^a se trata precisamente de la hipótesis del delito sin circunstancias y en el supuesto de tener que concretar la magnitud de la pena dentro de cada una de sus dos mitades las circunstancias habrán sido ya apreciadas previamente para llegar a ese marco penal restringido mediante la aplicación de las restantes reglas del artículo 66.1 del CP. En los supuestos de la regla 6.^a se trata, por tanto, de valorar características del hecho (su mayor o menor gravedad) y del autor (circunstancias personales del delincuente) que, no estando previstas como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, respondan a las orientaciones que presiden el proceso de determinación de la pena concreta. Se trata, en consecuencia, de una actividad reglada que debe quedar suficientemente fundada y razonada en la sentencia para su posterior control casacional por la vía de la infracción de ley.

VIII

Una vez aplicada la regla correspondiente del artículo 66.1 surge la cuestión de si en aquellos supuestos en que haya habido que reducir o elevar la pena en grado, en un segundo momento el juzgador está vinculado o no por las restantes reglas del precepto a efectos de la aplicación de la pena en una de sus mitades. Esta cuestión se ha venido planteando en relación con la regla 2.^a del art. 66.1, pero después de la reforma de 2003 se hace extensiva también a la

(67) En este sentido suscita una especial preocupación para CASTELLÓ NICAS “la posibilidad de aplicar el máximo de la extensión penal establecida por el tipo en cuestión cuando las circunstancias personales o la mayor o menor gravedad del hecho sean consideradas como mecanismo agravatorio, al hacerse equiparable a la presencia de agravantes del artículo 22 (y art. 23 en su caso), lo que no puede ser interpretado de otra manera sino como el dar entrada a la interpretación analógica *in malam parte*, o lo que es peor, libre creación judicial *in malam partem*, puesto que no se exige ni siquiera semejanza o analogía con las causas tasadas de agravación penal, siendo el juez quien decide, y en definitiva da cobertura a una causa de agravación en base a la exégesis que efectúe de las circunstancias personales y la mayor o menor gravedad del hecho” (*Arbitrio judicial y determinación de la pena...*, cit., pp. 164-165).

regla 7.^a para el supuesto de que persista un fundamento cualificado de atenuación y asimismo también a las reglas 4.^a y 5.^a que ahora autorizan al juzgador a elevar la pena a la superior en grado, aunque en la primera de ellas sólo hasta su mitad inferior.

Se trata del supuesto, por ejemplo, en el que, sin concurrir ninguna circunstancia agravante, una circunstancia atenuante muy cualificada va acompañada de otra circunstancia atenuante ordinaria. En este supuesto, una vez rebajada la pena en uno o dos grados por razón de la atenuante muy cualificada, ¿habrá que aplicar la regla 1.^a del art. 66.1 que obliga a imponer la pena rebajada en su mitad inferior o, por el contrario, el juez o tribunal no queda constreñido por las restantes reglas y, en consecuencia, puede aplicar la pena en la extensión que estime pertinente según la entidad y número de dichas circunstancias? Algunos autores, como CONDE-PUMPIDO⁽⁶⁸⁾, han venido considerando que la concurrencia de otras circunstancias atenuantes debía tenerse en cuenta para aplicar la pena ya rebajada en grado, utilizando las reglas del artículo 66. Otros, como LLORCA ORTEGA⁽⁶⁹⁾ se han pronunciado por la solución ecléctica que consagra hoy la regla 8.^a, en el sentido de que si la rebaja es en un grado, impuesto como preceptivo, procede la observancia de las demás reglas del art. 66 del CP, pero si la rebaja lo es discrecionalmente en dos el juzgador queda desvinculado de ellas. Este planteamiento mixto o ecléctico, aunque con carácter sólo recomendable, es también el de CASTELLÓ en aplicación de la regla 8.^a y teniendo en consideración que la actual regla 2.^a no indica nada, a diferencia del texto de 1995 que establecía que rebajada la pena en uno o dos grados podría aplicarse en cualquier extensión, según lo estimara el juez⁽⁷⁰⁾.

La cuestión, pues, era clara antes de la reforma de la actual regla 2.^a llevada a cabo en 2003. Pero a pesar de que ahora ya no se haga referencia a la aplicación de la pena “en la extensión que estimen pertinente”, los criterios del número y entidad de las circunstancias atenuantes a que se ha de atender en la individualización de la pena siguen haciendo referencia tanto a la intensidad de la rebaja como a la concreción de la magnitud de pena imponible. En otro caso se constreñiría inadecuadamente la libertad valorativa del juzgador. Según ha destacado OBREGÓN⁽⁷¹⁾, carece de sentido desdoblarse de forma artificial lo que

(68) CONDE-PUMPIDO, en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, cit., I, p. 1140.

(69) LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 116-118.

(70) CASTELLÓ NICAS, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (artículo 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007, pp. 110-111.

(71) OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación de la pena*, cit., pp. 401-409.

racionalmente se efectúa en una sola operación y persigue una misma finalidad, por lo que no es posible desconectar las operaciones de rebaja de la pena y de elección de la extensión concreta de la sanción. En consecuencia, según este autor, el juez no está vinculado a las reglas del art. 66, pudiendo moverse dentro del grado que haya elegido teniendo en consideración los criterios establecidos en cada una de las reglas, sin perjuicio de que asimismo pueda dejarse guiar por las reglas del artículo 66⁽⁷²⁾. No deja de ser efectivamente una contradicción poner en manos del juzgador la decisión más importante (rebajar la pena en uno o dos grados) y posteriormente obligarle a imponer esa pena rebajada en una mitad concreta. Así lo ha entendido también el TS en sentencia de 23 de marzo de 1998 (RJ 3761). Lo cual no quiere decir que no se deba atender a las otras reglas del artículo 66.1, pero sólo como referencia, o a otros criterios complementarios como los de la regla 6.^a⁽⁷³⁾. Si el legislador hubiera querido vincular al juzgador en la regla 2.^a a la aplicación de las otras reglas del artículo 66.1 hubiera dispuesto la misma solución que encontramos en el artículo 68: “sin perjuicio de la aplicación del artículo 66”; es decir, en el caso que se está analizando, de las restantes reglas de este precepto.

La otra regla del artículo 66.1 que supone también la reducción de la pena, aunque sólo sea en un grado, es la regla 7.^a “en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación”. Con mayor razón en este supuesto no rigen las otras reglas del precepto ya que la compensación que busca la norma en aras de una pena proporcionada a la gravedad del injusto tiene que tener en cuenta el número y entidad de las circunstancias de signo contrario concurrentes. Pensemos en el caso de una atenuante muy cualificada que de concurrir sola hubiera dado lugar a la reducción de la pena en dos grados, pero al concurrir con una agravante de poca entidad la aplicación de la regla 3.^a del artículo 66 obligaría al juzgador a aplicar la pena rebajada en un grado en su mitad superior. La operación de compensación racional entre las circunstancias de signo contrario conlleva libertad para que el juzgador pueda valorar el número y el valor de cada una de ellas al margen de las otras reglas del art. 66.1 del CP. Parecido razonamiento obliga a desvincular al juzgador de las restantes reglas del artículo 66.1 en el supuesto de la regla 5.^a en la que, tras la reforma de 2003, el legislador autoriza a elevar la pena a la superior en grado. Además en este

(72) En el mismo sentido OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación de la pena*, cit., pp. 381-383 y 401-409; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas y medidas*, cit., p. 87; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 606; Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed. actualizada, Bosch, Barcelona, 2002, p. 66.

(73) Véase VALLE MUÑIZ, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 403-404.

supuesto la posible regla aplicable, que sería la tercera, es norma subsidiaria. Y en el caso de que con la reincidencia cualificada concurrieran circunstancias atenuantes la regla aplicable sería la 7.^a, según ha quedado dicho ya.

Evidentemente la cuestión que se acaba de tratar está relacionada con la regla 8.^a del actual art. 66.1 del CP introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, según la cual “*cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión*”. La regla recoge una doctrina jurisprudencial reiterada, anterior al CP de 1995, de acuerdo con la cual si se reduce la pena en un grado el juzgador tiene que atenerse a las reglas del artículo 66.1 para aplicarla en una de sus mitades, mientras que si se hace en más de un grado dispone de todo el marco penal para su concreta individualización. La razón de esta solución es evitar tramos de pena intermedios que no se podrían recorrer si la pena tuviera que ser aplicada en una de sus mitades, con la incongruencia de que en el caso, por ejemplo, de tener que rebajar la pena uno o dos grados, si concurre una circunstancia atenuante el juzgador tiene que aplicar la pena inferior en un grado en su mitad inferior o la pena inferior en dos grados pero también en su mitad inferior, sin poder utilizar para la individualización de la pena el tramo intermedio representado por la pena inferior en dos grados en su mitad superior, tramo en el que quizá se encuentre la magnitud de pena proporcionada y ajustada a la gravedad del hecho delictivo.

Pero la regla no deja de presentar algunas dificultades. Una de ellas es la identificación de los supuestos a los que pueda resultar aplicable. Expresamente la regla 8.^a dispone que en aquellos casos en que se reduzca la pena en más de un grado se podrá recorrer la pena en toda su extensión sin necesidad de tener que dividirla en mitades, de modo que ya no será necesario atender a aquellas reglas del artículo 66.1 que aplican la pena en alguna de sus mitades, pero sí aquellas otras reglas que se refieren a la modificación del grado de la pena. A *sensu contrario*, en cambio, la regla vendría a establecer que cuando se rebaje la pena en un solo grado habrá que aplicar las restantes reglas del artículo 66.1. Pero como ya se ha visto a propósito, por ejemplo, de la regla 2.^a del artículo 66.1 esto no siempre tendrá que ser así. Habrá que analizar cada supuesto en particular para determinar si su razón de ser o sus criterios de aplicación desactivan o no las reglas del artículo 66.1. Por los razonamientos efectuados anteriormente la regla 8.^a del art. 66.1 no resulta aplicable a ninguno de los supuestos que contemplan las otras reglas del precepto, muy particularmente a la 2.^a que es la única de ellas que impone la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados. La aplicación de la regla 8.^a en este caso no haría sino desvirtuar la misma razón de ser de la regla 2.^a

La regla 8.^a se refiere, pues, a aquellos otros supuestos distintos de los previstos en el artículo 66.1 en los que haya que degradar la pena en más de un grado y resulte en principio de aplicación para su individualización alguna de

las reglas del artículo 66.1 que obligan a imponerla en una de sus mitades. Uno de esos supuestos es el artículo 68 del CP según el cual la concurrencia de una eximente incompleta obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados, pero “sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”, una de cuyas reglas es la 8.^a, de modo que si el juzgador reduce la pena sólo en un grado vendrán en aplicación aquellas reglas del artículo 66.1 que obligan a imponerla en una de sus mitades, pero si la reduce en dos grados podrá disponer de toda la extensión del marco penal sin tener que sujetarse a las reglas del artículo 66.1. Los artículos 14.3, para el error de prohibición vencible, y 62, para la tentativa, serían en principio otros supuestos en relación con los cuales vendrá en aplicación la regla 8.^a del artículo 66.1 del CP⁽⁷⁴⁾.

La introducción de la regla 8.^a en el artículo 66.1 del CP tiene que ver con el sistema de aritmética o dosimetría penal cuya rigidez en determinados casos puede impedir una adecuada proporción o adecuación de la pena a la gravedad del delito. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006, sin explicación alguna, suprimía la actual regla 8.^a, aunque, como se advertía en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto, “comoquiera que la jurisprudencia ha venido entendiendo que en caso de reducción de la pena en más de un grado, los Jueces o Tribunales pueden recorrer la pena en toda su extensión sin sujetarse a las reglas de este artículo, es de presumir que dicha interpretación se mantendrá en la práctica, sin que la supresión de esta regla represente un cambio de orientación en la materia”.

Si nos atenemos a su tenor literal la regla 8.^a en principio es aplicable a todos los supuestos en que haya habido que reducir la pena en más de un grado, aunque ello haya tenido lugar por acumulación de distintos conceptos de rebajas, como puede ser el supuesto de tentativa con la concurrencia de una eximente incompleta⁽⁷⁵⁾. Pero en mi opinión es dudoso que en estos supuestos de reducción de la pena en dos o más grados por acumulación de rebajas, siempre

(74) Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., cit., pp. 245, 253-256. El legislador no siempre es lo suficientemente preciso en la utilización del lenguaje como para deshacer toda equívocidad. En concreto, la expresión “*en la extensión que se estime adecuada*” utilizada tanto en el artículo 62 como en la regla 6.^a del artículo 66.1 del CP no está haciendo referencia a la misma situación toda vez que en esta regla se alude a la individualización o concreción de la pena dentro de la totalidad del marco penal señalado al delito mientras que en el artículo 62 se trata de la rebaja de la pena en uno o dos grados con lo cual no queda del todo claro si han de aplicarse posteriormente las reglas del artículo 66.1. En este sentido sería más clarificador prescindir de esa expresión en el artículo 62 del CP.

(75) En este sentido, o de esta opinión, OBREGÓN GARCÍA, A., en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 94.

que todas ellas tengan carácter preceptivo (un grado por la tentativa más otro por la eximente incompleta), venga en aplicación la regla 8.^a, ya que entonces no se da su verdadera razón de ser de permitir el recorrido de tramos de pena intermedios.

IX

El Código Penal de 1995 no ha dejado de estar sometido a continuas modificaciones desde que entrara en vigor en 1996. Y uno de las áreas que más las ha sufrido ha sido precisamente la determinación de la pena que no ha dejado de estar amenazada de padecer alguna que otra más. Lo que se teje en una reforma se desteje en la siguiente para volver a tejerse lo que anteriormente se había destejido. Esto es lo que está sucediendo con la determinación de la pena. Lo que se suprime en una reforma en la siguiente se vuelve a incluir, sin que se conceda el tiempo mínimo suficiente para poder contrastar los resultados de la aplicación de las normas. Por otro lado, el riesgo de un cambio continuo y excesivo de las normas, aparte de generar inseguridad jurídica, es la pérdida de un mínimo de coherencia del sistema.

La simplificación que se había introducido en el sistema de determinación de la pena en la redacción originaria del Código Penal de 1995 se ha vuelto a tornar complejidad. Las reglas del artículo 66, y lo mismo las del artículo 70, anteriores a las reformas de 2003, pretendían romper con el sistema de aritmética o dosimetría penal de los códigos anteriores, caracterizándose por su sencillez y apertura al arbitrio judicial. Las dificultades originarias surgidas en torno a las cuatro reglas del artículo 66, exponentes de las situaciones básicas que puede presentar la realidad de los hechos, podían haber encontrado fácilmente solución con algunas modificaciones puntuales o simplemente por vía interpretativa y jurisprudencial, sin necesidad de complicar la norma y mucho menos de regresar a la aritmética penal más rancia del siglo XIX⁽⁷⁶⁾.

Por otra parte, la sustitución de los tres grados o períodos de la pena, tradicionales en nuestro sistema de aplicación de penas hasta el Código Penal de 1995, por sus dos mitades reclama algún reajuste de los supuestos o hipótesis de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que contempla el artículo 66.1 a través de sus reglas individualizadoras de la pena. El margen de maniobra que ofrecen las dos mitades de la pena para su individualización

(76) En opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (en *Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, cit., p. 1349), las tres reformas de 2003 “rezuman un espíritu de auténtica ‘contrarreforma’, tienen un cierto aire de ‘antiguas’ (por recuperar el sabor añejo de lo peor de nuestro pasado, como ocurre con la reaparición de la multirreincidencia y la conversión de la reiteración de faltas en delitos”.

judicial no es evidentemente el mismo que el proporcionado por los tres grados o períodos de los códigos penales anteriores.

No faltan sectores de la doctrina, partidarios de cambios más profundos, que proponen para nuestro Código Penal un nuevo sistema de individualización o determinación de la pena. En la línea de algunos códigos penales modernos, apuestan por una mayor flexibilidad sin necesidad de tener que atenerse a reglas que de forma rígida dosifican el marco penal aplicable en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como por un mayor arbitrio judicial aunque sin exonerar al juzgador de tener que motivar las decisiones adoptadas en la concreción de la pena. Necesariamente ésta tendría que estar jurídicamente vinculada a la mayor o menor gravedad del hecho, a la mayor o menor culpabilidad del reo, a sus circunstancias personales, al comportamiento del penado anterior y posterior a la comisión del delito, a los fines de la pena y a las consecuencias que ésta pueda tener en la vida futura del reo⁽⁷⁷⁾.

Pero quizá sea más razonable mantener nuestro sistema sometiéndolo a una mayor simplificación o devolviéndole su simplificación inicial, clarificando algunos supuestos que generen dudas en la aplicación de las reglas e impidan colisiones entre ellas, concediendo al juzgador mayores dosis de discrecionalidad en algunos supuestos con la ayuda de criterios legales que eliminen lo que haya de dosimetría o aritmética penal y hagan algunas reglas más porosas o, por el contrario, reduzcan en algunos otros supuestos el exceso de arbitrio como sucede con aquellas reglas que permiten elevar la pena en grado. Como señala GARCÍA ARÁN, para lograr una pena que sea proporcionada a todos los elementos del delito no sólo en el marco legal genérico, sino también en el caso concreto, “el sistema español de circunstancias modificativas “de la responsabilidad” que son de estimación obligatoria, proporciona orientaciones más seguras que las incluidas en otros sistemas penales que, como el alemán, se limitan a enumerar diversos factores de determinación de la pena a combinar libremente por el juzgador⁽⁷⁸⁾.

(77) Véase en esta línea, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, tomo I, 3.^a ed., cit., p. 794. A juicio de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., una posible fórmula podría ser la siguiente: “La gravedad de la culpabilidad del autor (pasa a 1380) por el hecho constituye el límite máximo de la medición de la pena. En la individualización de la pena, los Jueces y Tribunales deben ponderar motivadamente las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma, el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor, la medida del incumplimiento del deber, el modo de ejecución del hecho, los antecedentes del autor, su situación personal y económica, los efectos que la pena pueda tener en su vida futura, así como su conducta después del hecho” (ZUGALDÍA ESPINAR, *loc. cit.*, pp. 1379-1380).

(78) GARCÍA ARÁN, M., *Fundamento y aplicación de penas...*, cit., p. 75.

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL. INFORME ESPAÑOL

ÁNGELES G. ZARZA

Profesora Titular de Derecho Procesal - UCLM
Letrada de los Servicios Jurídicos de Eurojust, La Haya ⁽¹⁾

Resumen

La presente publicación reproduce en esencia el informe elaborado por el punto de contacto español en ECLAN (European Criminal Law European Network), en el marco de un Proyecto financiado por la Comisión Europea y desarrollado en 2008 por la Universidad Libre de Bruselas, con la finalidad de evaluar la implementación y aplicación práctica del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales en los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Tomando como referencia un cuestionario facilitado previamente a los puntos de contacto de la citada red, el informe español se divide en tres grandes bloques. En el primero se analiza la posición española en los órganos internos del Consejo y en las reuniones de alto nivel (Consejos Europeos, Consejos JAI) en las que se negocian y adoptan los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo. El segundo bloque analiza en qué medida el legislador español implementa de manera adecuada las decisiones marco inspiradas en el citado principio. El tercer y último bloque examina la aplicación práctica del citado principio por los órganos judiciales españoles y otras cuestiones de interés práctico.

ABSTRACT

This contribution essentially reproduces the report prepared by the Spanish contact point of ECLAN (European Criminal Law Academic Network) in the framework of a Project financed by the European Commission and executed in 2008 by the University of Brussels, with the aim to evaluate the implementation and practical application of the principle of mutual recognition in criminal matters in the 27 Member States of the European Union. Taking as a basis the questionnaire facilitated in advance to the contact points of the cited Network, the Spanish report and this contribution are divided into three main chapters. The first one analyses the Spanish position in internal bodies of the Council and in high level meetings (European Councils, Justice and Home Affairs Councils) where the legal instruments based on the principle of mutual recognition are negotiated and adopted. The second chapter analyses whether the Spanish legislator transposed in an appropriate way the Framework Decisions based on that principle. The last chapter examines the practical application of the cited principle by the Spanish judicial authorities and other practical issues.

(1) La presente publicación refleja la opinión de la autora y no de la institución a la que pertenece. Ha sido elaborada sobre la base de las informaciones facilitadas por Francisco de Jorge Mesas (CGPJ), Rosana Morán y Jorge Espina (FGE), Elsa García-Maltras y Ana Gallego (Ministerio de Justicia) y Luis Aguilar (Representación de España ante la Unión Europea), a quienes agradece muy sinceramente la disponibilidad y ayuda prestadas.

Palabras clave: Cooperación judicial, materia penal, evaluación, reconocimiento mutuo, orden de detención europea, orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas, órdenes de confiscación, doble criminalidad.

Key words: Judicial cooperation, criminal matters, evaluation, mutual recognition, European arrest warrant, orders freezing property or evidence, confiscation orders, double criminality.

SUMARIO

- I. NEGOCIACIONES DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO
 1. **Perspectiva general del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales. Posible definición.**
 2. **Grado de implicación de autoridades judiciales en las negociaciones de los instrumentos inspirados en el reconocimiento mutuo.**
 3. **Carácter absoluto o limitado del principio de reconocimiento mutuo. Justificación y naturaleza de sus límites.**
 4. **Posibles diferencias entre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales finales y de las resoluciones judiciales dictadas durante el proceso penal.**
 5. **Doble incriminación, armonización y reconocimiento mutuo. La posible elaboración de una tabla de equivalencias entre delitos exentos del control de la doble incriminación en los distintos Estados miembros.**
 6. **Diferencia de garantías procesales entre los Estados miembros como motivo de denegación de las órdenes europeas.**
 7. **La protección de derechos fundamentales como motivo de denegación.**
 8. **Reconocimiento mutuo y principio de territorialidad.**
 9. **La armonización como condición necesaria para el desarrollo del reconocimiento mutuo. Ámbitos del Derecho Penal susceptibles de armonización.**
 10. **Sobre la fragmentación de la cooperación judicial penal europea.**
 11. **Posible codificación de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.**
 12. **Medidas adicionales para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales.**

- II. **TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO**
1. **Legislación española inspirada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales.**
 2. **Razones de la falta de cumplimiento de los plazos máximos de transposición.**
 3. **Naturaleza legal, técnica o práctica de las dificultades de transposición.**
 4. **Principio de doble incriminación.**
 5. **El principio de territorialidad.**
 6. **Los nacionales y los residentes en España.**
 7. **La reciprocidad entre Estados miembros.**
 8. **La necesidad de proteger los derechos fundamentales.**
 9. **Inexistencia de motivos adicionales de denegación**
 10. **Sobre la centralización o descentralización de las autoridades competentes en materia de cooperación judicial penal europea.**
 11. **Otras dificultades derivadas de la transposición de las Decisiones marco a nuestro ordenamiento interno.**
 12. **Sistema dual de medidas coercitivas o reforma de la legislación interna en el ámbito del exhorto europeo de obtención de pruebas.**
 13. **La facultad de comiso ampliada y su transposición al ordenamiento jurídico español.**
- III. **APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y DE OTROS INSTRUMENTOS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL.**
1. **Concepto de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales en la práctica judicial española.**
 2. **Balance general de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo y de los principios de doble incriminación y territorialidad.**
 3. **Información facilitada a las autoridades judiciales sobre el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales.**
 4. **Foros de discusión sobre la aplicación práctica de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.**
 5. **Base de datos sobre resoluciones judiciales basadas en el principio de reconocimiento mutuo.**
 6. **Aplicación práctica de la orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas.**
 7. **Instrumentos frecuentemente usados en las peticiones de asistencia judicial en materia penal.**

8. **Dificultades en materia de cooperación judicial penal.**
 9. **La verificación práctica de la doble incriminación. La utilidad de una tabla de equivalencias entre delitos exentos del control de la doble incriminación.**
 10. **Efectos de la falta de armonización de las garantías procesales.**
 11. **El control de los derechos fundamentales por el Estado requerido.**
 12. **Interpretación de los motivos facultativos de denegación.**
 13. **Eficacia de las garantías exigidas para conceder la entrega.**
 14. **El peligro de inconsistencia o fragmentación entre los diversos instrumentos de cooperación judicial penal europea.**
 15. **La posible codificación de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.**
 16. **Medidas adicionales para facilitar la aplicación práctica del principio de reconocimiento mutuo.**
-

El Programa plurianual 2005-2009 para la consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia (LSJ) en la Unión Europea, más conocido como el “Programa de La Haya”⁽²⁾, incluyó entre sus prioridades la necesidad de evaluar las medidas e instrumentos vigentes hasta el momento en el Espacio LSJ, así como las que previsiblemente iban a ser aprobadas en el marco del nuevo Programa quinquenal. El Consejo reconoció entonces que la evaluación era un mecanismo “esencial para la eficacia de la acción de la Unión”⁽³⁾, y precisó que las evaluaciones que comenzaran a partir del 1 de julio de 2005 debían ser “sistemáticas, objetivas, imparciales y eficientes, evitando al mismo tiempo una carga administrativa excesiva para las autoridades nacionales y la Comisión”⁽⁴⁾. El objetivo de tales evaluaciones habría de según el mismo Programa, “abordar el funcionamiento de la medida y sugerir soluciones para los problemas encontrados en su ejecución o en su aplicación”⁽⁵⁾.

En el ámbito concreto del reconocimiento mutuo se dispuso el diseño de una evaluación *objetiva e imparcial de la aplicación de las medidas de la UE en el ámbito de la justicia*, dentro del pleno respeto de la independencia del poder

(2) Doc. 16054/04 JAI 559, Bruselas de 13 de diciembre de 2004.

(3) Doc. 16054/04 citado, p. 6.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

judicial y en consonancia con todos los mecanismos europeos existentes”⁽⁶⁾. En el marco de este sistema, a principios de 2007 la Comisión Europea publicó una licitación⁽⁷⁾ para evaluar la aplicación en los 27 Estados Miembros del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales, que fue adjudicado al Instituto de Derecho Europeo de la Universidad Libre de Bruselas. El Proyecto, que se inició en diciembre de 2007 y fue desarrollado a lo largo de 2008 bajo la coordinación de Gisele Vernimmen y Laura Surano (asistente).

Los puntos de contacto de ECLAN (European Criminal Law Academic Network)⁽⁸⁾ fuimos requeridos para elaborar el correspondiente informe sobre la situación en nuestro país del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales, tomando como referencia y siguiendo la sistemática de un cuestionario común. Sobre la base de las respuestas aportadas por los expertos de cada Estado miembro, las coordinadoras del proyecto elaboraron un primer borrador de informe final, que fue debatido en dos reuniones sucesivas celebradas en Bruselas: la primera en el marco del Justice Forum⁽⁹⁾ en septiembre de 2008, y la segunda organizada por la Comisión con la presencia de la mayoría de los autores de los informes nacionales, en octubre del mismo año.

Gran parte de la información sobre el Proyecto está disponible en el sitio web habilitado por la Universidad Libre de Bruselas⁽¹⁰⁾, y el Informe final puede consultarse en la página web de la Comisión⁽¹¹⁾. Los informes nacionales son de acceso restringido y pueden consultarse únicamente previa solicitud a su respectivo autor o a los coordinadores del Proyecto. En la versión en castellano

⁽⁶⁾ Doc. 16054/04 citado, p. 27. Tuvimos ocasión de exponer nuestro punto de vista y algunas ideas sobre la posible metodología a adoptar en las evaluaciones que lleva a cabo la Comisión y el Consejo en nuestro trabajo “La evaluación de los Estados miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea: el caso particular de la Orden de Detención Europea”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 16, 2006, pp. 159-172 y núm. 17, 2007, pp. 195-210. Un resumen del mismo fue publicado en la obra colectiva *Comment évaluer le droit pénal européen?* coord. por Anne Weyembergh y Serge de Biolley, ISBN 8004-1379-4, pp. 99-113.

⁽⁷⁾ Tender No JLS/D3/2007/3 “Study: an analysis on the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union”, con un presupuesto de 231.250,77 euros.

⁽⁸⁾ *Vid.* sobre la citada red www.eclan.eu.

⁽⁹⁾ *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a la creación de un Foro de reflexión sobre las medidas y prácticas de la UE en el ámbito de la Justicia, doc. COM (2008) 38 final.

⁽¹⁰⁾ <http://www.ulb.ac.be/iee/penal/mutualrecognition/>.

⁽¹¹⁾ http://ec.europa.eu/justice_home/index_en.htm.

del informe español que la Revista de Derecho Penal de la editorial Lex Nova ha tenido la amabilidad de publicar, hemos mantenido la sistemática del cuestionario que sirvió de base para su elaboración.

Con un formato distinto, la Universidad Libre de Bruselas ultima ahora los detalles de una obra colectiva que recoge, en lengua inglesa, el contenido principal de los informes nacionales y del informe final⁽¹²⁾.

I. NEGOCIACIONES DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. Perspectiva general del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales. Posible definición⁽¹³⁾

La posición española en los Consejos Europeos, los Consejos JAI, las Conferencias Intergubernamentales y otras reuniones y foros de alto nivel en los que se debaten cuestiones relativas al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales es siempre claramente favorable al pleno desarrollo de este principio, entendido en el sentido más puro posible (contacto directo entre autoridades judiciales y reducción al mínimo de los motivos de denegación) y aplicado en todas las fases del proceso penal. La misma posición favorable se mantiene por la delegación española en las reuniones de trabajo que tienen por objeto debatir los Proyectos de Decisiones marco inspiradas en el citado principio.

Tras el Consejo Europeo de Tampere y la proclamación del reconocimiento mutuo como la piedra angular de la cooperación judicial penal de la Unión Europea⁽¹⁴⁾, España firmó Tratados bilaterales con algunos Estados miembros (Reino Unido e Irlanda del Norte, Francia, Bélgica e Italia) con la firme intención de superar la extradición judicial clásica y sustituirla por un mecanismo más ágil y eficaz basado en la entrega directa de delincuentes entre autoridades

(12) VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle/SURANO, Laura/WEYEMBERGH, Anne (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2009.

(13) El cuestionario que ha servido de base a la elaboración del presente informe citaba expresamente las definiciones sobre el principio de reconocimiento mutuo contenidas en el Documento COM(2000) 495 final, sobre el Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, y el informe de evaluación de la Orden de Detención Europea en Bélgica, COPEN 128 REV2, p. 21.

(14) http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm.

judiciales. En todos ellos se hacía referencia expresa al reconocimiento mutuo de resoluciones penales (en los considerandos) y su articulado recogía todas y cada una de las notas características de este principio⁽¹⁵⁾.

Las iniciativas españolas fueron comentadas en el último Consejo JAI celebrado bajo la presidencia francesa (el 1 de diciembre de 2000), en el transcurso del cual el entonces Comisario para asuntos de Justicia, D. Antonio Vitorino, anunció que la Comisión, en un futuro próximo, presentaría al Consejo tres tipos de actos legislativos: “uno encaminado a armonizar los enjuiciamientos y las sanciones en materia de terrorismo, uno tendente a acelerar y simplificar los procedimientos de extradición, y un tercero por el que se establece una orden de detención europea”⁽¹⁶⁾. Algunos meses después, el Secretario de Estado de Justicia, D. José Antonio Michavila, señaló que la Decisión marco sobre la Orden de Detención Europea era “tanto en sus principios como en la técnica jurídica que se articula, fiel y literal reflejo de la iniciativa española”⁽¹⁷⁾. Fue también en este Consejo cuando se aprobó el Programa de Medidas destinado a

⁽¹⁵⁾ El 28 de noviembre de 2000, España firmó con Italia el Tratado para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un Espacio de Justicia Común, y prácticamente un año después, el 23 de noviembre de 2001, se firmó entre España y el Reino Unido e Irlanda del Norte el Tratado relativo a la entrega judicial acelerada para delitos graves en un Espacio Común de Justicia.

En los considerandos previos al articulado de los dos Tratados se dice “que los sistemas de gobierno de ambos Estados se basan en principios democráticos y en que ambos respetan las obligaciones que establece el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950”, por lo que ambos Estados expresan “su confianza en la estructura y el funcionamiento de sus respectivos sistemas judiciales y en su capacidad para garantizar un proceso equitativo”. En consecuencia, las Partes contratantes deciden “crear un espacio común, mediante la superación del procedimiento tradicional de extradición, en el que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado sean reconocidas y ejecutadas en el otro Estado” (Tratado entre España y el Reino Unido), o “crear un espacio común en el que las sentencias penales de condena y resoluciones judiciales de restricción de la libertad personal ejecutables dictadas en cualquiera de ambos Estados tengan plena validez, reconocimiento y eficacia en el territorio de ambos Estados” (Tratado entre España e Italia).

Con un propósito y una terminología muy similar, el 2 de febrero de 2001 los Ministros de Justicia de España y de Francia firmaron una Declaración Conjunta, y el 30 de marzo de 2001 se firmó un Acuerdo entre los Ministerios de Justicia de España y de Bélgica.

⁽¹⁶⁾ Doc. 13865/2000 - Nota de prensa del Consejo JAI celebrado los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2000 en Bruselas.

⁽¹⁷⁾ “España, pionera en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, en *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 1.º semestre de 2002, núm. 0, p. 13.

poner en marcha el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal⁽¹⁸⁾.

Durante el primer semestre de 2002, nuestro país asumió la presidencia del Consejo de la Unión Europea e incluyó entre sus objetivos prioritarios el desarrollo del espacio de LSJ y el impulso de algunos de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo. Bajo la presidencia española se cerraron los últimos detalles de la Decisión marco sobre la Orden de Detención Europea⁽¹⁹⁾, y se logró un notable avance en los trabajos de la Decisión marco sobre embargo de bienes y aseguramiento de pruebas⁽²⁰⁾.

En la reunión informal de Ministros de Justicia celebrada en Santiago de Compostela el 14 de febrero de 2002, seis Estados firmaron una declaración en la que acordaban hacer uso de la posibilidad ofrecida por el artículo 34 de la Decisión marco para “adelantar su aplicación y adaptar sus legislaciones nacionales en el plazo más breve posible, con el fin de aplicar inmediatamente sus disposiciones” en los tres primeros meses de 2003. Sólo España estuvo después en condiciones de realizar esta aplicación anticipada, ya que aprobó la Ley

(18) DOUE-C núm. 12, de 15 de octubre de 2001, pp. 10-22.

(19) El Parlamento Europeo emitió su Dictamen favorable el 9 de enero de 2002 (PE 310.980) y el 15 de marzo el Comité del Artículo 36 llegó a un acuerdo sobre el formulario al que se refiere el artículo 9 de la citada Decisión marco.

Un asunto complejo, sobre el que también trabajó la Presidencia española, fue la implicación de las oficinas SIRENE en la transmisión de las órdenes de detención europeas y la posible correspondencia entre el formulario anexo a la Decisión marco y el formulario A utilizado en el Sistema de Información de Schengen (SIS). Se acordó entonces que la alerta introducida en el SIS fuera equivalente a una petición de detención hasta la recepción del original de la orden de detención europea en su debida forma (*vid.* Doc. 5569/2002 SIRENE 2, COPEN 9 COMIX 45, de 22 de enero de 2002).

Algunos Estados miembros formularon declaraciones a la Decisión marco durante la presidencia española (así, Francia, Italia, Finlandia, Suecia y Bélgica, junto con el Consejo - Doc. 7252/02 COPEN 22 CATS 8), y se respondió dos preguntas escritas, una sobre la inmunidad y la orden de detención europea (Doc. 9791/2002 PE-QE 217, de 11 de junio de 2002) y otra sobre la compatibilidad de las órdenes de detención europeas con las extradiciones de terroristas a Estados Unidos (Doc. 5859/2002 PE-QE 35, de 1 de febrero de 2002).

(20) El Grupo de trabajo sobre reconocimiento mutuo comenzó examinando los artículos 1 a 10 de la propuesta inicial, y se centro en la definición del Estado emisor y en los motivos de no reconocimiento y de no ejecución (especialmente el *non bis in idem* y la protección de los derechos fundamentales - Doc. 5143/2002 COPEN 1, 11 de enero de 2002). Se alcanzó un acuerdo general sobre el texto de estos diez primeros preceptos en el Consejo JAI de 28 de febrero de 2002 pero condicionado a una serie de reservas parlamentarias (Dinamarca, Irlanda, Italia, Holanda, Suecia, Reino Unido) y a una nueva opinión del Parlamento Europeo, que fue emitida el 11 de junio de 2002 (Doc. 10449/2002 COPEN 38, de 28 de junio de 2002).

española sobre la Orden de Detención Europea (en adelante LeODE) el 14 de marzo de 2003 y formuló la notificación del citado artículo 34 de la Decisión marco⁽²¹⁾.

Los atentados sufridos en varios trenes de cercanías próximos a la estación de Atocha (Madrid) el 11 de marzo de 2004 reafirmaron aún más la clara convicción de las autoridades españolas de avanzar en el desarrollo de los instrumentos penales inspirados en el reconocimiento mutuo, por considerarlos piezas clave en la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia (tráfico de drogas, inmigración ilegal).

En los trabajos preparatorios del Programa de La Haya, la contribución Española fijó como objetivo prioritario “la culminación del programa de medidas de reconocimiento mutuo en materia penal, para dotar a la Unión de un cuerpo de normas coherente y sencillo en materia de cooperación judicial, que sustituya, entre los Estados miembros, los mecanismos de asistencia judicial clásica”⁽²²⁾.

Tres días después de los atentados del 11-M el Partido Socialista de José Luis Rodríguez Zapatero obtuvo mayoría de votos en las elecciones nacionales. La política europea diseñada a partir de entonces por Juan Fernando López Aguilar (2004 a 2007) y después por Mariano Fernández Bermejo (2007 a principios de 2009) no ha desviado el apoyo español al desarrollo de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.

El Secretario de Estado para la Unión Europea compareció ante las Cortes Generales unos días después de la aprobación del Programa de La Haya, y al respecto, señaló: “España habría querido ir más lejos en una serie de ámbitos, por ejemplo, en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales, aunque hay que reconocer que en el Programa hay significativos avances para la mejora de la coordinación de las investigaciones, el inicio de una regulación de los conflictos de jurisdicción, la recogida y admisibilidad de pruebas, y la interconexión de los registros de antecedentes penales de los distintos Estados miembros. Sobre este último punto puedo señalar a sus Señorías que la Comisión acaba de presentar al Consejo un proyecto de decisión marco que pretende traducir a los 25 Estados miembros lo que es ya una iniciativa muy avanzada entre España, Francia y Alemania para la interconexión de

(21) *Vid.* al respecto IRURZUN, F., en “El proceso de adaptación de la Decisión marco en los 15 Estados miembros de la Unión Europea”, p. 2. Ponencia presentada en el Seminario sobre la Orden de Detención Europea celebrado en Toledo los días 8 a 11 de noviembre de 2004 y publicada en la obra colectiva “La orden de detención y entrega europea”, 2006, ISBN 84-8427-473-X, pp. 57-70.

(22) “Contribución de España al debate sobre la consolidación del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, p. 15.

los registros de antecedentes penales. Aunque es verdad que el Programa de La Haya no hace mención a la eventual creación de un fiscal europeo, que está reconocida en el Tratado constitucional, sí se propone un refuerzo considerable de Eurojust, que es el embrión de este fiscal europeo”⁽²³⁾.

La actitud española, claramente favorable al principio de reconocimiento mutuo, se manifiesta también cuando se trata de fijar una posición en los Consejos JAI y en las reuniones internas del Consejo en las que se debate una concreta Decisión marco. A modo de ejemplo:

- Durante la presidencia alemana, España apoyó la *Propuesta de Decisión marco para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo al cumplimiento de condenas privativas de libertad*⁽²⁴⁾, porque consideró “que completa los instrumentos que articulan en la Unión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en todas las fases del proceso penal [...]. Aunque el resultado final es menos ambicioso que el inicialmente esperado, conllevará algunos avances respecto a los convenios por los que actualmente se rigen entre los Estados miembros estos traslados”⁽²⁵⁾.

Mayores reticencias despertó la *Iniciativa de Bélgica con vistas a la adopción de una Decisión marco relativa al reconocimiento y la ejecución de inhabilitaciones resultantes de condenas por infracciones sexuales cometidas contra niños*⁽²⁶⁾. Se reconocía que “la propuesta se encuadra dentro de un conjunto de medidas relacionadas con el intercambio de información sobre antecedentes penales, al tiempo que constituye una aplicación sectorial del compromiso asumido dentro del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal”. La medida se calificó como novedosa, pero “la extensión del principio de reconocimiento mutuo a las condenas de inhabilitación

(23) Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Año 2004 - VIII Legislatura, núm. 18, miércoles, 10 de noviembre de 2004. Comparecencia del Secretario de Estado para la Unión Europea Sr. Navarro González, para informar sobre el Consejo de los días 4 y 5 de noviembre de 2004.

(24) *Cfr.* Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. DO-L núm. 327, de 5 de diciembre de 2008, p. 27.

(25) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia alemana.

(26) DO-C núm. 295 de 7 de diciembre de 2007, p. 18.

supondrá una respuesta, aunque sólo sectorial, a la anómala situación actual en la que estas condenas tienen alcance nacional en sus efectos, aunque por aplicación del Derecho comunitario los profesores de los Estados miembros gozan de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios”⁽²⁷⁾.

- En el transcurso de la presidencia portuguesa, España apoyó decididamente la *Propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea*⁽²⁸⁾: “cubriendo una laguna actualmente existente, asegurará a los no residentes el acceso a la situación de libertad provisional en condiciones de igualdad con los residentes, sin que vean empeorada dicha posibilidad por el hecho de no tener el órgano judicial garantías sobre la localización de dicha persona en caso de regreso al Estado miembro de residencia”⁽²⁹⁾. Sobre la *Propuesta de Decisión marco relativa al reconocimiento y vigilancia de penas suspendidas, penas sustitutivas y condenas condicionales*⁽³⁰⁾, España apoyó el objetivo general de la propuesta, aunque señaló “la conveniencia de clarificar su ámbito de aplicación, así como su coherencia con otras propuestas en curso”, lo cual “hace necesario asegurar que el resultado final depare un instrumento de fácil aplicación y encaje con los diversos sistemas vigentes en los Estados miembros”⁽³¹⁾.
- En la presidencia eslovena, España reitera su decidido apoyo a la *Propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia*, si bien añadió que “será imprescindible que la solución que se alcance proporcione un instrumento eficaz y que genere confianza suficiente en las autoridades judiciales de los Estados miembros si se quiere garantizar una aplicación amplia”⁽³²⁾.

(27) *Ibid.*

(28) DOC.COM (2006) 468, de 29 de agosto de 2006.

(29) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la Unión Europea durante la presidencia portuguesa.

(30) DO-C núm. 147, de 30 de junio de 2007, p. 1.

(31) *Ibid.*

(32) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia eslovena. Enero de 2008.

2. Grado de implicación de las autoridades judiciales en las negociaciones de los instrumentos inspirados en el reconocimiento mutuo

En los órganos internos del Consejo el peso de las negociaciones de las Decisiones marco se asume, como regla general, por los Consejeros integrados en la Representación Permanente de España en la Unión Europea y otros expertos del Ministerio de Justicia. Desde la perspectiva de este Ministerio, los Consejeros de Justicia pertenecen a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional con sede en Bruselas, y por esta misma razón, están en contacto directo y permanente con la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional con sede en Madrid, ubicada físicamente dentro del Ministerio de Justicia.

En algunas ocasiones, otros juristas españoles expertos en cooperación judicial penal participan en los debates que se desarrollan en los órganos técnicos del Consejo o en las audiencias públicas convocadas por la Comisión para debatir el contenido concreto de algún Libro Verde sobre cooperación judicial penal.

3. Carácter absoluto o limitado del principio de reconocimiento mutuo. Justificación y naturaleza de sus límites

Como hemos señalado anteriormente, España es partidaria del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales entendido en el sentido más puro posible, lo cual implica, entre otras consecuencias, que la autoridad judicial de ejecución no ha de verificar la adecuación de la orden europea a su ordenamiento jurídico interno. Los motivos de denegación deben ser prácticamente inexistentes y la ejecución de las resoluciones judiciales lo más inmediata y rápida posible.

Desde esta perspectiva, algunos de los motivos de denegación de la orden de detención europea podrían haberse suprimido (como la prescripción apreciada según las normas del Estado de ejecución), son ciertamente reiterativos (como la regulación actual del *non bis in idem*) o suponen aún un lastre de los mecanismos de cooperación judicial clásica (el lugar de comisión del delito, la regulación actual del principio de especialidad, etc.). De ahí que España se muestre partidaria de dar un paso más en el reconocimiento mutuo de las órdenes de detención y entrega, como tuvo ocasión de manifestar durante los trabajos preparatorios del Programa de La Haya: “Dado que estamos en plena fase de asentamiento de la aplicación de la orden europea de detención, y una vez se realice una evaluación detallada de su funcionamiento, deberíamos empezar a trabajar para la puesta en marcha de un sistema de entregas judiciales directas —de verdadera puesta a disposición del juez que emite la orden de detención— para ciertas categorías de delitos graves. Un sistema fundado en la previa armo-

nización de estos delitos y en un reparto ordenado de las competencias jurisdiccionales para su persecución”⁽³³⁾.

4. Posibles diferencias entre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales finales y de las resoluciones judiciales dictadas durante el proceso penal

¿Debería el principio de reconocimiento mutuo ser distinto según la fase del proceso penal en el cual nos encontremos? En los primeros trabajos sobre el desarrollo del citado principio, España mantuvo que las sentencias condenatorias debían ejecutarse de manera inmediata y directa, mientras que las peticiones dirigidas a las autoridades judiciales extranjeras para que practicaran ciertas diligencias o actuaciones durante el transcurso del proceso penal podrían encauzarse a través de un formulario (uniforme para todo el territorio de la Unión) que contuviera los datos más relevantes de la resolución dictada por el órgano judicial de emisión, y que sirviera de base para que el órgano judicial de ejecución dictara su propia resolución.

Esta distinción, sin embargo, no se ha mantenido ni en el caso de la orden de detención europea ni para el resto de los mecanismos de cooperación judicial inspirados en el reconocimiento mutuo, pues en todos ellos se ha mantenido la existencia de un formulario común que contiene los datos principales de la petición de asistencia judicial o los de la sentencia final cuya ejecución de pretende.

5. Doble incriminación, armonización y reconocimiento mutuo. La posible elaboración de una tabla de equivalencias entre delitos exentos del control de la doble incriminación en los distintos Estados miembros

En cuanto al *principio de doble incriminación*, España es partidaria de su supresión como motivo de denegación. Considera que todos los Estados de la Unión Europea mantienen una concepción similar de la justicia penal y que las diferencias puntuales no pueden justificar el control sistemático de este motivo de denegación por el órgano judicial de ejecución.

Aun así, considera que la actual regulación de la doble incriminación es más compatible con el principio de reconocimiento mutuo que la organización (*en su lugar*) de una base de datos que contuviera la correspondencia exacta de los tipos penales en los distintos Estados miembros. La base de datos podría

⁽³³⁾ Contribución de España al debate sobre la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, p. 15.

resultar útil *como elemento de consulta* para facilitar la interpretación del listado de delitos exentos del control de la doble incriminación.

La elaboración de una lista negativa de delitos no sujetos al reconocimiento mutuo no parece compatible con este principio, sino más propia de los primeros tiempos de la extradición. Ello sin perjuicio de que, si se llegara a suprimir totalmente el principio de doble incriminación, algunos Estados miembros formularían declaraciones sobre algunas conductas concretas (eutanasia, aborto, tráfico de drogas, etc.).

6. Diferencia de garantías procesales entre los Estados miembros como motivo de denegación de las órdenes europeas

Las diferencias entre los procesos penales de los Estados miembros no son tan sustanciales ni de tanta importancia que justifiquen la no ejecución en un Estado miembro de las resoluciones judiciales dictadas en otro.

Debe reconocerse, sin embargo, que algunas de estas diferencias obstaculizan en ocasiones el buen funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, como sucede con el derecho a un abogado, a un intérprete y otros derechos fundamentales del imputado o acusado, o las particularidades de la rebeldía. Por esta razón, y en la medida en que puedan contribuir al desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, la posición española es favorable a las propuestas de Decisiones marco que pretenden la armonización de ciertos derechos fundamentales.

- Así, el *Proyecto de Decisión marco relativa a las garantías procesales mínimas en el proceso penal* se valora por nuestro país “de forma positiva, en la medida en que cubre un aspecto, el de la protección de los derechos y garantías del justiciable, en el que no se ha avanzado aún por la Unión Europea”, y que puede servir, al mismo tiempo, “para contrarrestar algunas reticencias aún existentes sobre la facilitación del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”⁽³⁴⁾.
- Respecto del *Proyecto de Decisión marco sobre la ejecución de condenas en rebeldía*, se señala: “la limitación de los motivos de denegación en los instrumentos normativos sobre cooperación judicial penal ha venido siendo un objetivo compartido por España, en cuanto ello redundará siempre en beneficio de una mayor agilidad en la aplicación del reconocimiento mutuo, base de la construcción judicial de la Unión

⁽³⁴⁾ Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia alemana.

Europea, por lo que, en principio, hay que valorar positivamente el objetivo pretendido”⁽³⁵⁾.

7. La protección de derechos fundamentales como motivo de denegación

La referencia contenida en el articulado de algunas Decisiones marco sobre *la necesidad de proteger los derechos fundamentales* es una manifestación del compromiso de los Estados miembros de garantizar el pleno respeto de estos derechos en todo caso, sin que deba interpretarse en el sentido de obligar al órgano judicial de ejecución a comprobar, de manera sistemática y siempre que reciba una orden europea de cualquier naturaleza, si tales derechos fundamentales se han respetado o no por la autoridad judicial de emisión.

La actitud debe ser justamente la contraria: entender que los Estados miembros de la UE forman parte de una comunidad de valores y que todos ellos respetan plenamente los derechos fundamentales de los sometidos a un proceso penal. Sólo cuando esta posible vulneración sea expresamente alegada por la persona detenida o sujeta a un procedimiento de embargo, etc., deberá el órgano judicial resolver esta cuestión. Pero, no por tratarse de un motivo de denegación, sino porque el órgano judicial nacional es el principal garante de los derechos fundamentales en el proceso penal (y en los actos de cooperación judicial internacional⁽³⁶⁾).

8. Reconocimiento mutuo y principio de territorialidad

El lugar de comisión de los hechos delictivos, que se mantiene en las Decisiones marco como motivo de denegación de las órdenes europeas, debería en realidad entenderse como un criterio a tener en cuenta para determinar qué órgano judicial debería ser competente para el enjuiciamiento de un determinado delito. La territorialidad debería, por tanto, suprimirse de las Decisiones marco inspiradas en el reconocimiento mutuo y estar simplemente recogida en la futura Decisión marco sobre conflictos de jurisdicción, como uno de sus criterios determinantes, junto a la nacionalidad del autor o de la víctima, o la facilidad para encontrar los medios de prueba. Es así como se interpreta por la Audiencia Nacional, según veremos en el apartado III.2 y ha sido recogido en la

(35) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia eslovena, documento ya citado.

(36) *Vid.*, por todas, STEDH 7 julio 1989 en el Asunto *Soering* contra el Reino Unido n. 14038/88.

Propuesta de Decisión marco sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales⁽³⁷⁾.

9. La armonización como condición necesaria para el desarrollo del reconocimiento mutuo. Ámbitos del Derecho Penal susceptibles de armonización.

La *armonización del Derecho Penal material* se considera en nuestro país un medio o instrumento facilitador de la aplicación práctica del principio de reconocimiento mutuo. En la contribución española al Programa de La Haya se decía que “la aproximación de las legislaciones penales nacionales no es un fin en sí mismo, sino un medio por el que la acción de la Justicia se manifiesta como instrumento útil para dar seguridad a los ciudadanos europeos”, y que después de la aprobación del Programa de La Haya debería aproximarse la definición y sanciones aplicables para el tráfico de armas, así como para los delitos de racismo y xenofobia. “La lucha contra estos últimos constituye un complemento esencial y lógico a la política europea de inmigración y asilo”⁽³⁸⁾.

Los tipos penales cuya armonización interesa especialmente a España son los relacionados con las actividades delictivas que más inseguridad causan en nuestro país: terrorismo, inmigración ilegal, racismo y xenofobia. De ahí que España acogiera muy favorablemente la *Propuesta de modificación de la Decisión marco sobre Terrorismo*⁽³⁹⁾, y la *Propuesta de Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*⁽⁴⁰⁾.

Acerca del *Informe provisional presentado durante la presidencia alemana sobre un posible instrumento horizontal para definir delitos*, “se siguió con atención la iniciativa y sus posibles implicaciones sobre los logros alcanzados

(37) DOC 5208/09 COPEN 7, artículo 15, relativo a los criterios para determinar la jurisdicción más adecuada.

(38) Contribución Española al Programa de La Haya, documento citado, p. 16.

(39) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia eslovena. Esta iniciativa fue finalmente adoptada por el Consejo y publicada en el Diario Oficial, *vid.* Decisión marco del Consejo 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco del Consejo 2002/475/JAI, de lucha contra el terrorismo, DO-L núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, p. 1.

(40) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia alemana. Esta iniciativa fue finalmente adoptada por el Consejo y publicada en el Diario Oficial, *vid.* Decisión marco del Consejo 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

en el pasado en materia de reconocimiento mutuo, sobre todo en cuanto a la limitación del principio de doble incriminación”⁽⁴¹⁾.

10. Sobre la fragmentación de la cooperación judicial penal europea

La posición española es también claramente favorable al desarrollo de las medidas necesarias para posibilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas *en todas las fases del proceso penal*. No considera conveniente que, en aspectos complementarios a la cooperación judicial (como la entrega de nacionales al Estado de ejecución tras haber sido condenados) sea preciso recurrir a Convenios y Tratados Internacionales y no a nuevos instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.

11. Posible codificación de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo

Por ello, la futura codificación de los instrumentos inspirados en este principio facilitaría enormemente su visión de conjunto y el buen funcionamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea.

12. Medidas adicionales para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales

Con el objetivo de facilitar la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo, junto a la armonización de ciertos delitos, es absolutamente imprescindible contar con un instrumento europeo que permita solucionar los conflictos de jurisdicción⁽⁴²⁾. El intercambio fluido de información entre las autoridades judiciales y policiales de los Estados miembros es otra de las piezas clave para el buen funcionamiento del reconocimiento mutuo⁽⁴³⁾. De manera especial, España considera fundamental superar lo antes posible los obstáculos

(41) Fichas resumen de las posiciones de España en los Consejos de Ministros JAI de la UE durante la presidencia alemana.

(42) *Vid.* nota 37.

(43) A ello obedecen los principios de disponibilidad (reconocido en el Programa de La Haya) y de convergencia (que previsiblemente se recogerá, como uno de sus principios rectores, en el próximo programa multianual sobre el Espacio LJS ya denominado Programa de Estocolmo).

técnicos que puedan dificultar el acceso a las bases de datos sobre antecedentes penales⁽⁴⁴⁾.

II. TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. Legislación española inspirada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales

España aprobó la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la *orden europea de detención y los procedimientos de entrega*⁽⁴⁵⁾ y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior⁽⁴⁶⁾, dentro del plazo máximo fijado por el artículo 34.1 de la correspondiente Decisión marco (“antes del 31 de diciembre de 2003”, según la citada norma europea).

La Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de *embargo y aseguramiento de pruebas* en procedimientos penales⁽⁴⁷⁾ (en adelante LeEAP) y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior⁽⁴⁸⁾, no fueron aprobadas hasta prácticamente un año después del plazo máximo fijado por el art. 14.1 de la Decisión marco sobre la materia (“a más tardar el 2 de agosto de 2005”).

La Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan *sanciones pecuniarias*⁽⁴⁹⁾ y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la anterior⁽⁵⁰⁾, fueron adoptadas por el legislador español más de un año y medio después de la fecha prevista en la corres-

(44) *Vid.* Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, y Decisión 2009/316/JAI, del Consejo, de 6 de abril de 2009 por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión marco 2009/315/JAI, ambas publicadas en el DO-L núm. 93, de 7 de abril de 2009.

(45) BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003, p. 10244.

(46) *Ibid.*

(47) BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006, p. 21207.

(48) *Ibid.*

(49) BOE núm. 293, de 5 de diciembre de 2008, p. 48678.

(50) *Ibid.*

pondiente Decisión marco (“antes del 22 de marzo de 2007”, según su artículo 20.1).

Hasta el momento, no ha sido incorporada a nuestro ordenamiento interno ninguna otra Decisión marco inspirada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal:

No se ha difundido hasta la fecha ningún borrador o proyecto de ley sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomiso, cuyo plazo máximo de transposición expiró el 24 de noviembre de 2008 ⁽⁵¹⁾.

Por último, no se tiene conocimiento de iniciativa alguna en relación con los últimos instrumentos publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas ⁽⁵²⁾, que habrán de ser adoptados al ordenamiento interno español en los próximos años.

2. Razones de la falta de cumplimiento de los plazos máximos de transposición

Las razones por las que el Parlamento español sufre cierto retraso en el cumplimiento de los plazos máximos de transposición fijados en las Decisiones

(51) Artículo 22.1 de la Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. DO-L núm. 328, 24 de noviembre de 2006.

(52) Nos referimos a las siguientes normas:

— Decisión marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, DO-L núm. 327, de 5 de diciembre de 2008, que deberá ser adaptada al ordenamiento interno “a más tardar el 5 de diciembre de 2011” según su artículo 29.1).

— Decisión marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias, resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas, DO-L núm. 337, de 16 de diciembre de 2008, que deberá ser adaptada al ordenamiento interno “antes del 6 de diciembre de 2011” según su artículo 25.1).

— Decisión marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, DO-L núm. 81, 27 de marzo de 2009, a la que deberá darse cumplimiento “a más tardar el 28 de marzo de 2011”).

— Decisión marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DO-L núm. 350, de 30 de diciembre de 2008, que deberá implementarse en el ordenamiento jurídico español “antes del 19 de enero de 2011” según su artículo 23.1.

marco son muy variadas. En el caso particular de la *Ley sobre embargo y aseguramiento de pruebas*, la redacción del Anteproyecto en el Ministerio de Justicia y la tramitación parlamentaria de la ley coincidió con otras importantes reformas orgánicas, penales y procesales que la sociedad española reclamaba, y fue necesario ajustar el calendario legislativo para que todas ellas pudieran ser aprobadas en un plazo razonable.

El primer *Anteproyecto sobre sanciones pecuniarias* preparado por el Ministerio de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2007, de haberse enviado al Parlamento, habría sido admitido a trámite en el período final de la VIII Legislatura y por tanto sin ninguna posibilidad de ser debatido y aprobado antes de la disolución de las Cortes. Un nuevo Anteproyecto (que en realidad es una revisión del primero) fue aprobado por el Consejo de Ministros el viernes 9 de mayo de 2008 y tramitado en las Cortes en los meses siguientes, para ser finalmente publicado en el Boletín Oficial del Estado en diciembre del mismo año.

3. Naturaleza legal, técnica o práctica de las dificultades de transposición

En otras Decisiones marco, las causas del retraso son de carácter técnico-jurídico. La adaptación de la Decisión marco sobre comiso a nuestro ordenamiento interno requiere un estudio y análisis detenido, para evitar su solapamiento con otras normas reguladoras del comiso que han sido aprobadas en los últimos años por nuestro legislador teniendo también en cuenta las normas europeas sobre la materia.

- Los preceptos reguladores del comiso se encuentran principalmente en nuestro Código Penal. Los artículos 127 y 128 del CP contienen las normas generales sobre el comiso, y los artículos 301.5, 302.2 y 374 ciertas normas especiales para los supuestos de blanqueo de capitales y tráfico de drogas. Estos preceptos fueron reformados en 2003⁽⁵³⁾ tomando como referencia el Convenio del Consejo de Europa de 1990⁽⁵⁴⁾, la Decisión marco de 26 de junio de 2001 sobre blanqueo de

⁽⁵³⁾ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

⁽⁵⁴⁾ Convenio num. 141 del Consejo de Europa sobre blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos, 8 de noviembre de 1990.

capitales⁽⁵⁵⁾ y a las Recomendaciones incluidas en el Programa de Acción relativo a la delincuencia organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997.

- El mismo año fue aprobada la Ley 17/2003, de 29 de mayo, que regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados⁽⁵⁶⁾. La nota principal es la adjudicación al Estado de los bienes que han de ser decomisados, lo cual no será siempre acorde con el artículo 16 de la Decisión marco sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso⁽⁵⁷⁾.
- En tercer lugar, el 15 de diciembre de 2006 se aprobó por el Consejo de Ministros un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal que introducía importantes novedades para intensificar la lucha contra la delincuencia organizada. Entre ellas, proponía relevantes cambios acerca del comiso, en concordancia con la Decisión marco de 24 de febrero de 2005 sobre el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁽⁵⁸⁾. El Proyecto de Ley se presentó en el Congreso el 20 de diciembre de 2006 y fue objeto de numerosas prórrogas para la presentación de enmiendas por los partidos políticos, hasta que en diciembre de 2007 la iniciativa se declaró caducada por terminación de la VIII Legislatura.
- Por último, la Ley española sobre embargo de bienes y aseguramiento de pruebas fue más allá de la Decisión marco europea y no se limitó a regular el destino de los bienes en la fase previa o cautelar. La disposición final primera de la Ley introdujo un nuevo capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal acerca “De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales”, que regula los bienes embargados u objeto de aseguramiento que pueden ser destruidos o realizados y el

(55) Decisión marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, DO-L núm. 182, 5 de julio de 2001.

(56) BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2003.

(57) Este precepto prevé una distribución equitativa entre el Estado de emisión y el de ejecución de una orden de comiso, cuando el valor decomisado supere los 10.000 euros.

(58) El blanqueo de capitales constituye una materia que da al legislador español numerosos quebraderos de cabeza, al tratarse de una materia con múltiples implicaciones (penales, procesales, administrativas) e íntimamente relacionada con el terrorismo y otras formas de delincuencia organizada. El último “quebradero” ha sucedido hace escasamente unas semanas, con la denuncia presentada por la Comisión Europea contra varios Estados miembros, entre ellos el nuestro, ante el TJCE por la ausencia de transposición a tiempo de la Tercera Directiva sobre Blanqueo de Capitales.

destino que debe darse a los mismos. El artículo 367 sexies, uno de los incluidos en el citado capítulo, advierte que esta regulación “se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de Bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y su normativa de desarrollo”.

En definitiva, la regulación actual del comiso en nuestro ordenamiento presenta una considerable complejidad, y sus particularidades hacen poco probable la transposición en bloque de la correspondiente Decisión marco. Esta transposición en bloque ha sido la técnica seguida por nuestro legislador en los casos de la orden de detención europea o la orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas, pero en el supuesto particular del comiso será necesario, como hemos señalado, un estudio particular y minucioso sobre qué preceptos del Código Penal y su legislación complementaria deberían continuar en vigor y con qué redacción y cuáles deberían modificarse y en qué sentido. Deberá tenerse en cuenta, además, la necesaria y aún pendiente implementación de la Decisión marco de 24 de febrero de 2005 sobre el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁽⁵⁹⁾.

4. Principio de doble incriminación

Por lo que se refiere al contenido concreto de las Leyes españolas inspiradas en el principio de reconocimiento mutuo, el legislador español llevó a cabo una transposición prácticamente literal de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, y sin embargo, para el supuesto de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas se ha permitido introducir algunos cambios, unos de carácter meramente sistemático y otros con relevancia práctica, como veremos a continuación.

La Ley española sobre la orden de detención europea reproduce literalmente el listado de delitos exentos del *control de la doble incriminación* contenido en la Decisión marco y se ajusta a los límites punitivos fijados en esta norma europea. Advierte, igual que la Decisión marco, que la doble incriminación del delito ha de examinarse “en abstracto” o “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo” (inciso final del artículo 9.2 de la LeODE).

(59) *Vid.* nota 58.

El control de la doble incriminación es una facultad de la que puede hacer uso (o no) del órgano judicial, en este caso de la Audiencia Nacional (Juzgados Centrales de Instrucción o Sala de lo Penal, como veremos en el punto 10 de este mismo apartado). Existen algunas diferencias de carácter sistemático en la regulación española ⁽⁶⁰⁾, pero sin consecuencias prácticas, y a modo de conclusión puede considerarse que la LeODE mantiene el mismo ámbito de aplicación que la Decisión marco sobre la orden de detención europea y que ha regulado de igual forma el principio de doble incriminación.

Como conclusión, puede considerarse que la LeODE mantiene el mismo ámbito de aplicación que la Decisión marco sobre la orden de detención europea y que ha regulado de igual forma la doble incriminación.

Mayores comentarios merece la Ley sobre embargo de bienes y aseguramiento de pruebas. En ella se ha reproducido literalmente el listado de delitos exentos del control de la doble incriminación y los límites punitivos contenidos en la correspondiente Decisión marco. Pero para los delitos no incluidos en la citada lista, introduce dos diferencias importantes:

- Por un lado, el control de la doble incriminación es una obligación del órgano judicial, y no una mera posibilidad (como sucedía en la orden de detención europea). Parece que con ello el legislador quiere evitar la inseguridad jurídica que produciría dejar al criterio de cada Juez Instructor (en principio competente para acordar el embargo y aseguramiento) hacer uso o no de la facultad reconocida por la Decisión marco.
- Por otro lado, el legislador español no ha mantenido la distinción del artículo 3.5 de la Decisión marco, que permitía al órgano judicial de ejecución condicionar el embargo para el posterior decomiso de los bienes “a la condición de que *los hechos* por los cuales se haya dictado la resolución sean constitutivos de *una infracción para la cual [...] esté previsto el embargo*”. Nuestro legislador se ha limitado a señalar que

⁽⁶⁰⁾ El artículo 9.1 de la Ley 3/2003, sobre la orden de detención europea no ha sido incluido en el Capítulo I sobre “Disposiciones Generales”, sino en el Capítulo III relativo a la “Ejecución de una orden europea”. El legislador español quiso, además, mejorar la sistemática interna del precepto y en lugar de seguir la redacción europea (que regula en primer lugar el ámbito de aplicación de la ley, en segundo lugar la derogación de la doble incriminación y en último lugar los supuestos en los que aquella podría exigirse) optó por describir primero el listado de delitos que quedarían exentos del control de la doble incriminación y advertir, después, que en relación al resto de los tipos penales el órgano judicial sí podría revisar el cumplimiento de tal requisito.

la autoridad judicial española “supeditará su reconocimiento y ejecución a la condición de que *los hechos por los cuales se haya dictado la resolución sean constitutivos de delito* con arreglo a la ley española”. Al menos en lo que se refiere a esta primera fase cautelar o de aseguramiento preventivo, esta diferencia no parece tener consecuencias relevantes⁽⁶¹⁾ porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite acordar el embargo de bienes con independencia del tipo de infracción que justifica la medida.

Existen también algunas diferencias de carácter sistemático en la regulación española, y entre ellas, la más significativa es la introducción de un tercer apartado en el artículo 10 según el cual “en materia de impuestos o de derechos de aduana o de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la medida aduciendo que la legislación española no impone el mismo tipo de impuestos o derechos o no contiene la misma regulación que el Estado de emisión”. En cambio, esta aclaración se contiene en la Decisión marco al hilo del motivo de denegación basado en no ser los hechos constitutivos de infracción de acuerdo con el Derecho del Estado de ejecución.

Por lo que se refiere a la Ley sobre sanciones pecuniarias, para todos los delitos no excluidos expresamente del control de la doble incriminación, el Juez de lo Penal ha de supeditar obligatoriamente “el reconocimiento o la ejecución de la resolución a la condición de que el hecho por el que la misma se haya dictado sea también constitutivo de infracción según el Derecho español” (artículo 12.2).

5. El principio de territorialidad

El *principio de territorialidad* ha sido regulado en la ley española sobre la orden de detención europea de igual forma que en la correspondiente Decisión marco. La LeODE permite a la autoridad judicial española denegar la ejecución de una orden de detención europea “cuando la orden europea contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en

⁽⁶¹⁾ Otra cosa será si el legislador español mantiene esta distinción a la hora de transponer la Decisión Marco sobre el comiso, porque el CP sí que regula distintos tipos de comiso según la naturaleza del delito cometido. Podría entonces suceder que un órgano judicial español procediera al embargo cautelar de un bien pero después no pudiera ejecutar una petición de comiso que el mismo órgano judicial extranjero le enviara.

parte en el territorio español”⁽⁶²⁾, y “cuando la orden europea contemple delitos que se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español” [artículo 12.2, apartados g) y h)].

La Ley sobre ejecución de sanciones pecuniarias incluye como motivo de denegación facultativo de las correspondientes órdenes europeas la circunstancia de haberse cometido la infracción en todo o en parte en el territorio español, y la de haberse cometido fuera del territorio español siempre que nuestro Derecho no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de nuestro país [artículo 14.1.e) de la Ley citada].

6. Los nacionales y los residentes en España

La *detención y entrega de nacionales* recibe en nuestro ordenamiento el mismo tratamiento que en la Decisión marco sobre la materia. En estricta concordancia con el artículo 5.3) de la Decisión marco, el artículo 11.2 de la LeODE permite a la autoridad de ejecución española condicionar la entrega a la ejecución en nuestro país de la pena o medida de seguridad que en su caso le pueda ser impuesta al ciudadano español.

La Ley interna no extiende este tratamiento a los residentes en España.

7. La reciprocidad entre Estados miembros

El valor que debía otorgarse a la *reciprocidad* fue una cuestión largamente debatida durante la tramitación parlamentaria de la LeODE. El artículo 13.3 de la Constitución Española dispone que “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad”, y la doctrina se planteó entonces si la reciprocidad debía también inspirar las relaciones entre los órganos judiciales españoles y de otros Estados miembros en el contexto de la orden de detención europea⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ España no ha mantenido el último inciso del artículo 4.7.a), que habla de la comisión del delito en todo “o en parte del territorio del Estado miembro de ejecución *o en un lugar asimilado al mismo*”. La disposición adicional tercera, sobre “Remisión y ejecución de órdenes europeas provenientes o dirigidas a Gibraltar” dispone que “la aplicación de las disposiciones en lo que respecta a órdenes europeas provenientes o dirigidas a la colonia británica de Gibraltar se regirán por lo dispuesto en el “Régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados conexos”, contenido en el documento del Consejo 7998/00 JAI 45 MI 73, de 19 de abril de 2000”.

⁽⁶³⁾ *Vid.* DELGADO MARTÍN, J., “Sistema de fuentes reguladoras de la orden europea de detención y entrega”, en *La orden europea de detención y entrega*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ – Escuela Judicial, núm. 42, pp. 119 y ss.

De manera expresa, no se hace referencia alguna al citado principio en la Ley reguladora de la orden de detención europea ni este principio inspira su aplicación en la práctica.

El principio de reciprocidad sólo ha sido aplicado por las autoridades judiciales españolas en el contexto de la orden europea de detención y entrega cuando el Tribunal Constitucional alemán anuló ciertos preceptos de su legislación interna a raíz de la petición de entrega de uno de sus nacionales por la Audiencia Nacional (*caso Darkanzali*)⁽⁶⁴⁾. España consideró que hasta la aprobación de una nueva Ley germana las peticiones de detención y entrega recibidas de este país seguirían los trámites de la extradición, y en caso de pedir Alemania la entrega de ciudadanos españoles, su petición sería denegada en aplicación del principio de reciprocidad⁽⁶⁵⁾.

8. La necesidad de proteger los derechos fundamentales

La LeODE y la LeEBAP no contienen ninguna referencia expresa a la necesidad de salvaguardar los derechos reconocidos en el artículo 6 TUE. Tampoco se ha introducido en una u otra Ley española un motivo específico de denegación de las peticiones de detención y entrega o de embargo de bienes por el riesgo de vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, el legislador ha tenido muy presente la necesidad de salvaguardar los derechos de la persona requerida tanto en el momento de su detención (artículo 13 de la LeODE) como en los sucesivos trámites que han de llevarse a cabo para decidir si se procede o no a su entrega (artículos 17 y 18 de la LeODE).

Por otra parte, que el legislador no haya introducido un motivo específico de denegación por vulneración de derechos fundamentales no implica que el órgano competente para acordar la ejecución no deba analizar esta cuestión cuando le es alegada expresamente por la defensa de la persona requerida o por el Ministerio Fiscal. Cuando así sucede, es un motivo más que el órgano judicial ha de examinar y resolver adecuadamente en su resolución judicial.

Mención aparte merece la Ley española sobre sanciones pecuniarias, que sí ha introducido en el artículo 14.k) un motivo específico de denegación por riesgo de vulneración de derechos fundamentales.

⁽⁶⁴⁾ *Vid.* Informe de la Comisión relativo a la aplicación desde 2005 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativo a la aplicación de la orden de detención y entrega europea. Bruselas 11 de julio de 2007, Doc. COM(2007) 407 final, p. 6.

⁽⁶⁵⁾ Resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2005. En concordancia con la misma, *vid.*, por ejemplo, Auto 111/2005, de 23 de noviembre.

9. Inexistencia de motivos adicionales de denegación

El legislador español no ha introducido motivos adicionales de denegación ni en el caso de la orden de detención europea ni para las órdenes de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas. En el primer caso, transpuso literalmente todos y cada uno de los motivos de denegación facultativos y los obligatorios de la Decisión marco. La única diferencia digna de mención es con respecto a las garantías que pueden ser solicitadas por el Estado de emisión en casos particulares, y en concreto, en el caso de haber sido la persona reclamada condenada en rebeldía en su país. El artículo 11 LeODE, que regula dichas garantías, no se refiere a los supuestos de rebeldía, pero en la práctica, cuando la defensa de la persona detenida alega haber sido condenada en rebeldía en su país el órgano judicial de ejecución examina la cuestión y la resuelve expresamente.

En el caso de las órdenes de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas, la Ley española ha seguido también la literalidad de la Decisión marco salvo en la regulación de la doble incriminación, que como hemos señalado en el II.5 aparece en el inciso final del artículo 10.2 (el precepto lleva por rúbrica “Doble tipificación de los delitos” y contiene el listado de infracciones exentas del control de la doble incriminación).

En la Ley sobre sanciones pecuniarias, la novedad más destacada es la introducción de un motivo específico de denegación basado en la protección de derechos fundamentales, al que nos hemos referido en el apartado anterior.

10. Sobre la centralización o descentralización de las autoridades competentes en materia de cooperación judicial penal europea

En relación con las *autoridades judiciales competentes* para emitir o ejecutar las órdenes europeas (de detención y entrega, de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas...), los criterios seguidos por nuestro legislador han sido muy dispares:

- Para la orden de detención europea se han seguido los criterios de atribución de competencia aplicables en la extradición. De esta manera, cualquier órgano judicial español que con carácter previo al proceso penal, durante su tramitación o al término del mismo precisa poner a su disposición al imputado o condenado puede emitir una orden de detención europea: competencia objetiva “difusa”, pues, en el caso de las autoridades judiciales de emisión⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ Para mayor detalle, *vid.* el Informe de evaluación en la 4.^a Ronda de evaluaciones recíprocas: - “Aplicación práctica de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. Informe relativo a España”. Bruselas 30 de marzo de 2007, Doc. 5085/2/07 REV2, p. 5.

Por el contrario, las peticiones de detención y entrega recibidas de otros Estados miembros han de resolverse siempre y en todo caso en sede de la Audiencia Nacional, y dentro de la misma, por el Juzgado Central de Instrucción que por turno de reparto corresponda. Si la persona requerida no consiente su entrega, o su defensa o el Ministerio Fiscal alega la concurrencia de algún motivo de denegación, “el Juez Central de Instrucción elevará sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional” (artículo 18.2 de la LeODE): competencia objetiva “centralizada”, en el caso de la autoridad judicial de ejecución⁽⁶⁷⁾.

- La competencia para emitir las órdenes de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas se ha atribuido “al juez o tribunal que conozca de la causa en la que se deba adoptar la medida, *así como los fiscales* que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar una medida de aseguramiento de pruebas que no sea limitativa de derechos fundamentales” (artículo 3.1 de la LeEBAP). De nuevo, competencia objetiva “difusa” y con la novedad importante de poder emitir también el Ministerio Fiscal las peticiones de embargo de bienes en otros Estados miembros.

Cuando es España el país de ejecución, las peticiones de embargo no se centralizan en la Audiencia Nacional, sino que por razones prácticas deben ser ejecutadas por “los jueces de instrucción del lugar donde se encuentren los bienes objeto de embargo o las pruebas que deban ser aseguradas”. También se reconoce esta competencia a los fiscales “para la ejecución de aquellas medidas de aseguramiento de pruebas que pueden realizar dentro de sus competencias”.

En la Ley sobre sanciones pecuniarias, la autoridad que haya dictado la sanción en nuestro país es también competente para transmitirla al Estado miembro donde debe ejecutarse. Cuando España es el país de ejecución de las sanciones impuestas en otro Estado miembro, son autoridades competentes para dicha ejecución “los Jueces de lo Penal del lugar donde se encuentren las propiedades o fuente de ingresos o la residencia habitual de la persona física o la sede social de la persona jurídica sobre la que recaiga la sanción pecuniaria (artículo 4.2). De nuevo se ha seguido pues, en esta Ley, un sistema descentralizado tanto para la emisión como para la ejecución de las peticiones de ejecución de órdenes europeas.

⁽⁶⁷⁾ También para mayor detalle, *vid.* el Informe citado en la página anterior, pp. 6 y 11.

Tanto el sistema centralizado como el sistema descentralizado de emisión o de ejecución de peticiones de detención y entrega o de asistencia judicial (entendida en un sentido amplio) presentan sus ventajas y sus inconvenientes.

En principio, parece lógico que el órgano judicial que precisa practicar una diligencia de investigación en otro Estado miembro o poner a su disposición al detenido sea la autoridad judicial emisora de la orden europea. De otro modo, sin duda se dilataría el envío de la petición y en su caso cualquier aclaración que necesitara la autoridad de ejecución. Los principales problemas de este sistema son que todos los órganos judiciales en principio competentes para emitir las órdenes europeas deben, por tanto, conocer los instrumentos en vigor y cómo aplicarlos, lo cual exige que la formación judicial sobre la materia esté bien organizada, se realice de manera periódica y llegue al mayor número posible de jueces. Por esta razón, y como instrumento de apoyo, la Red Judicial Española de Cooperación Jurídica Internacional (REJUE) y la Red de Fiscales de Cooperación Internacional son dos instrumentos clave para facilitar en nuestro país las órdenes de detención europeas. Otro posible riesgo es la dispersión de criterios (cada juez podría, en principio, interpretar las Leyes de transposición de una manera distinta), que se intenta evitar mediante la publicación de guías prácticas y trabajos conjuntos que orienten la labor interpretativa de las autoridades judiciales emisoras.

El sistema centralizado, seguido para la ejecución de las órdenes de detención europeas, permite superar estos obstáculos (falta de especialización del órgano judicial competente, ausencia de criterios uniformes), pero lógicamente plantea otros. Por ejemplo, en el caso particular de la orden de detención europea, los detenidos para ser entregados deben ser llevados a la sede de la Audiencia Nacional en Madrid, con independencia del lugar de su detención, para celebrar la audiencia del artículo 14 de la LeODE, lo cual dificulta el cumplimiento de los plazos máximos de la detención y los previstos en la LeODE. En ocasiones, sucede que un delincuente ha sido detenido cerca de la frontera francesa, ha sido llevado a Madrid, ha consentido la entrega a las autoridades francesas y de nuevo ha debido ser trasladado a un lugar cercano al de su detención para ser entregado.

11. Otras dificultades derivadas de la transposición de las Decisiones marco a nuestro ordenamiento interno

Durante el Seminario celebrado en Toledo los días 16 a 18 de mayo de 2007 se pusieron sobre la mesa alguna de las dificultades de aplicación de la Ley española sobre Embargo de Bienes y Aseguramiento de Pruebas, y los que

previsiblemente producirá la Ley sobre reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁽⁶⁸⁾.

Sobre la primera de las leyes citadas, los términos de la Ley de transposición no se corresponden con la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También se puso de manifiesto que el Ministerio Fiscal es órgano competente para la emisión y la ejecución de las órdenes de embargo de bienes, pero sus resoluciones no son susceptibles de recurso. Sí lo son, en cambio, las adoptadas por el órgano judicial, de manera que los ciudadanos pueden estar en peor condición si la medida ha sido acordada por el fiscal, al no tener posibilidad de recurrirla. Surgirán también problemas, previsiblemente, cuando se acuerde el embargo de bienes para su posterior comiso. Según la legislación vigente, la orden europea puede también dictarse para los casos de tentativa o los delitos imprudentes, pero el comiso únicamente puede acordarse respecto de un delito doloso (artículo 127.1 del CP).

Fue objeto también de una amplia discusión cuál debía ser la relación entre el formulario europeo y la resolución judicial española en la cual se solicita el embargo. Los participantes en el Seminario estuvieron de acuerdo en que el título ejecutivo en este caso era el auto judicial que acordaba el embargo. “Puede suceder, en consecuencia, que algunos Estados miembros nos pidan el original de dicha resolución, que sin embargo debe incorporarse y permanecer en la pieza separada de responsabilidad”, por lo que se acabó sugiriendo que lo más conveniente sería emitir un auto y, junto a él, un oficio (no una diligencia) que reproduzca el contenido de dicho auto y que desde luego fuera firmado por la autoridad judicial o el secretario.

Desde la perspectiva de ser España el Estado de ejecución, surge la duda de cómo podría verificarse la autenticidad del título. Entre otras posibilidades, la autoridad de enlace podría actuar como fedatario público.

La posibilidad de recurrir el auto dictado por el juez instructor (de nuevo, sólo por el juez y no por el fiscal) generó también algunas cuestiones de interés, especialmente, si debía reconocerse la condición de parte a la autoridad extranjera.

Sobre las sanciones pecuniarias, se señaló que la denominación de la Ley no es quizá la más apropiada, porque no sólo se refiere al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, sino también de las dictadas por una autoridad administrativa.

Otro de los aspectos destacados fue la posibilidad de suspender la ejecución y dejarla sin efecto cuando el Estado de emisión informe, entre otras

⁽⁶⁸⁾ *Vid.* Actas del I Seminario sobre reconocimiento mutuo organizado por Toledo Forum disponibles en www.toledoforum.es

circunstancias, de una amnistía o un indulto. Estas dos figuras adquieren, cada vez, un mayor protagonismo en las Decisiones marco inspiradas en el reconocimiento mutuo y, sin embargo, reciben una atención menor en nuestro ordenamiento.

12. Sistema dual de medidas coercitivas o reforma de la legislación interna en el ámbito del exhorto europeo de obtención de pruebas

No se ha debatido aún en profundidad en nuestro país si la Decisión marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas se implementará en España siguiendo un sistema dual de medidas coercitivas o si por el contrario nuestra legislación interna será reformada con la finalidad de garantizar un nivel mínimo de garantías para todas las pruebas que se practiquen, ya sea en nuestro país o en el extranjero.

Este problema se plantea principalmente en países como Alemania, donde ciertas medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales (*e.g.*, entradas y registros) sólo pueden acordarse para el esclarecimiento de los delitos enumerados expresamente en el código de enjuiciamiento criminal, sin posibilidad de acordar tales medidas para otros tipos de delincuencia menos grave o de distinta naturaleza. El ámbito de aplicación de la Decisión marco relativa al exhorto europeo es mucho más amplio, lo que podría provocar que la autoridad judicial alemana no pudiera acordar una entrada y registro domiciliario en el marco de una investigación doméstica, y sí pudiera autorizar tales medidas para dar cumplimiento a un exhorto europeo de obtención de pruebas.

Como resultado final de largas negociaciones en el seno del Consejo, la Decisión marco ha dispuesto en su artículo 11.2 y que cada Estado de ejecución puede elegir “las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar asistencia”, pero advierte que, en todo caso, cada Estado miembro ha de velar por que “se disponga de medidas, con inclusión del registro o la incautación, a efectos de la ejecución del exhorto”, cuando éste se refiera a alguno de los delitos incluidos en el listado del artículo 14.2. de la misma Decisión marco.

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento interno, en principio, el contenido de la Decisión marco es compatible con la regulación legal de las entradas y registros en Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, artículos 545 y ss.) y con la práctica de nuestros tribunales cuando son requeridos para obtener ciertos objetos, documentos o datos al amparo de los actuales Convenios en vigor (Convenio del Consejo de Europa de 1959 y Convenio de la Unión Europea de 2000, básicamente). La LECrim no enumera el listado de delitos que permiten al órgano judicial acordar una entrada y registro, por lo que es el

órgano judicial quien valora si puede acordarse o no esta medida atendiendo a las circunstancias del caso concreto y tomando siempre como baremo el principio de proporcionalidad. Nuestra interpretación sobre el principio de proporcionalidad se sitúa así en línea con la doble incriminación del artículo 14 de la Propuesta de Decisión marco y con los motivos de denegación del artículo 13.

Sobre las formalidades que deben adoptarse durante la ejecución en nuestro país de las entradas y registros solicitadas por otros Estados miembros, las autoridades españolas aplican los artículos 545 y ss. de la LECrim de manera flexible, y admiten las garantías y particularidades procesales adicionales que pudiera solicitar la autoridad judicial extranjera, en plena concordancia, por tanto, con el artículo 12 de la Decisión marco.

13. La facultad de comiso ampliada y su transposición al ordenamiento jurídico español

En el intento de reforma de 2007 el legislador español trató de adaptar los artículos 127 y 128 del CP español a la facultad de decomiso ampliada regulada en la Decisión marco 2005/212/JAI relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁽⁶⁹⁾. Esta facultad permitiría a la autoridad judicial acordar el comiso de ciertos bienes cuando esté plenamente convencida de que provienen de actividades delictivas distintas y anteriores, e incluso —si así lo prevé la legislación de transposición— extender su orden de comiso a los bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y a los transferidos a una persona jurídica sobre la cual el sujeto condenado ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados (apartados 2 y 3 del artículo 3). La Exposición de Motivos del Borrador de reforma del CP se refería expresamente a la citada Decisión marco y reconocía la gran importancia del comiso como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada. Este Borrador de reforma no fue nunca aprobado, pero sería deseable que el legislador español mantuviera este punto de vista en la transposición de las Decisiones marco 2005/212/JAI y 2006/783/JAI.

III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INSPIRADOS EN EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y DE OTROS INSTRUMENTOS SOBRE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

1. Concepto de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales en la práctica judicial española

El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales se interpreta y aplica por los órganos judiciales españoles y el Ministerio

⁽⁶⁹⁾ DO-L núm. 68, de 15 de marzo de 2005.

Fiscal en un sentido muy similar al expresado por los instrumentos europeos sobre la materia. Buena parte de las resoluciones judiciales dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (al resolver las peticiones de detención y entrega procedentes de otros Estados miembros) se refieren expresamente al *contexto* en el que se solicita la detención y entrega (el espacio de libertad, seguridad y justicia), sus *principios inspiradores* (reconocimiento mutuo, confianza recíproca) y las *notas esenciales* de la orden europea (contacto directo entre autoridades judiciales, ejecución prácticamente inmediata de la solicitud de detención y entrega, interpretación restrictiva de los motivos de denegación).

A modo de ejemplo, se señala en el Auto 1/2005, de 10 de enero, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.ª: “El procedimiento de entrega, en base a la orden de detención y entrega, se encuentra regulado en la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Esta Ley, como aparece en su Exposición de Motivos, *se enmarca en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea*, que supone la existencia de una comunidad de Derecho en la que se asegure la protección jurídica efectiva de los derechos de los ciudadanos y en la que la lesión de tales derechos cuente con la respuesta de un sistema judicial sin fronteras dentro de la Unión. Así los tradicionales mecanismos de cooperación judicial dejan paso a *una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza*. En esta confianza *se inserta el principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados*. La aplicación de este principio de reconocimiento mutuo supone que *los motivos por los que se puede negar la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial*. También supone *la desaparición de la intervención del Poder Ejecutivo*, porque la existencia de confianza recíproca convierte en innecesaria la verificación de la situación política del Estado emisor. El procedimiento se agiliza al remitirse directamente la orden europea por la autoridad judicial que la emite a la autoridad que ha de proceder a su ejecución, sin necesidad de que intervenga la autoridad central, esto es el Ministerio de Justicia” (70).

Las resoluciones más controvertidas sobre el alcance y los términos del principio de reconocimiento mutuo han sido dictadas por nuestro Tribunal Constitucional con motivo de los recursos de amparo presentados por los ciuda-

(70) Desde principios de 2005, este párrafo se reproduce literalmente en el fundamento jurídico primero de gran parte de los Autos resolutorios de peticiones de detención y entrega resueltos por la Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Pueden verse a modo de ejemplo los Autos 2/2005, de 10 de enero y 3/2005, de 11 de enero.

danos respecto de los cuales la Audiencia Nacional ha decidido acordar la entrega.

El Tribunal Constitucional, nada más admitir el recurso de amparo, y en contra del criterio general previsto en el artículo 56.1 de la LOTC, otorga a la providencia de admisión efecto suspensivo⁽⁷¹⁾, lo cual significa que la persona requerida no puede ser entregada hasta después de la resolución del recurso de amparo y siempre que éste, claro está, no reconozca la vulneración del derecho fundamental alegado⁽⁷²⁾.

El efecto suspensivo de la admisión de estos recursos de amparo podría merecer ciertas críticas desde la perspectiva del principio de reconocimiento mutuo y prácticamente automático en un Estado miembro de las resoluciones judiciales dictadas en otro, pero debe reconocerse que, si se otorgara la entrega inmediata de la persona requerida, la estimación del recurso tendría después escasa relevancia práctica o pondría a las autoridades judiciales españolas en la anómala situación de reclamar la devolución de la persona ya entregada.

(71) Informe de Evaluación de España en la 4.ª Ronda de Evaluaciones recíprocas, pp. 9 y 32.

(72) La regla general del artículo 56.1 de la LOTC es la no suspensión del acto o resolución judicial objeto de recurso de amparo, si bien, excepcionalmente, el mismo precepto permite acordar la suspensión para evitar que el recurso de amparo pierda su finalidad, y siempre que tal suspensión no produzca “una perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o de las libertades públicas de un tercero”.

En concordancia con este precepto, en los supuestos de extradición, el Tribunal Constitucional español suele suspender la autorización de extraditar a la persona requerida en tanto se resuelve el amparo. De otro modo, cuando el Tribunal Constitucional resolviera después el recurso de amparo, podría suceder que su decisión fuera meramente declarativa y sin ninguna eficacia práctica, pues difícilmente podría lograrse después la vuelta a nuestro país del ciudadano que se encontrase ya bajo la potestad de otro Estado.

El Tribunal Constitucional considera que “Esta doctrina es aplicable a los supuestos como el presente, de entrega de un ciudadano reclamado en virtud de una orden europea (ATC 388/2004, de 18 de octubre). Ello es así no sólo porque la nueva institución de la orden europea de detención se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio Europeo de Extradición, sino también porque la orden de entrega y la extradición son instituciones análogas en lo que respecta a los datos esenciales de valoración de su suspensión en un proceso constitucional de amparo. Al igual que la efectividad del acuerdo de extradición pasiva, la efectividad de la orden de detención implicaría la inmediata entrega del recurrente a las autoridades del Estado emisor para su enjuiciamiento, con la consiguiente dificultad de que una eventual Sentencia estimatoria del amparo pudiera surtir efectos en dicho país y con el riesgo de que pudieran consolidarse así de facto los efectos de la hipotética vulneración de un derecho fundamental. A la vista de lo anterior y al igual que en la extradición, en segundo lugar, la suspensión de la ejecución de la orden de entrega no ocasiona la perturbación grave de los intereses generales a la que se refiere como obstativa el artículo 56 de la LOTC” (AATC de 7 de junio de 2005 y de 25 de septiembre de 2006, entre otros).

Para agilizar la resolución de estos recursos de amparo, el Tribunal Constitucional dispone en los autos que acuerdan la suspensión de la ejecución de la entrega que “los intereses generales que concurren en la propia ejecución de esta resolución reclaman que el presente recurso se resuelva con la mayor premura posible, incluso anteponiéndolo en el orden de señalamientos. Y todo ello sin perjuicio de que el Tribunal competente mantenga o adopte las medidas cautelares oportunas para que el recurrente permanezca a disposición de la Justicia”⁽⁷³⁾.

2. Balance general de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo y de los principios de doble incriminación y territorialidad

En el caso concreto de la orden de detención europea (apenas existe jurisprudencia sobre la orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas), su aplicación ha supuesto un considerable avance respecto del tradicional mecanismo de la extradición. Los plazos de ejecución se han reducido drásticamente y ello favorece la agilidad en la tramitación de los procesos penales principales o la ejecución de las sentencias cuyo imputado o condenado se encontraba en paradero desconocido, que antes se dilataban excesivamente en el tiempo.

Desde el punto de vista del Derecho Penal material, la también llamada euro-orden se ha mostrado como un instrumento eficaz en la lucha contra las redes de delincuencia organizada, y en el caso particular español, como una medida clave para la represión del terrorismo. Los autores de actos terroristas, inmediatamente después de su comisión, procuraban salir de nuestro territorio y se refugian en otros Estados miembros o en terceros países, y las posibilidades de obtener su extradición eran a veces muy remotas. A partir del año 2000 y a medida que se avanzó en la construcción del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, España logró un clima de mayor confianza por parte de sus socios europeos en la lucha contra el terrorismo. La entrada en vigor de la orden de detención europea ha permitido reiterar muchas de las peticiones de extradición que en su día fueron rechazadas en aplicación de motivos de denegación clásicos y que ahora han desaparecido, como la entrega de nacionales o la comisión del delito fuera del territorio español.

La prescripción de los delitos en el Estado de ejecución es, desde luego, un motivo de denegación de la orden europea que nos perjudica especialmente. Las épocas de mayores atentados por parte de ETA fueron los años ochenta y noventa del pasado siglo, por lo que a veces la Audiencia Nacional solicita la entrega de delincuentes por delitos que han sido cometidos hace más de veinte

⁽⁷³⁾ Auto de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2006.

años. La sociedad española puede sentir el mismo reproche penal sobre estos atentados que por los cometidos hace uno o dos años, pero no puede exigirse lo mismo de nuestros socios europeos, cuyas leyes penales no prevén en muchas ocasiones plazos tan amplios de prescripción de los delitos de terrorismo. Sin embargo, sí podrían tener en cuenta los otros Estados miembros que la prescripción constituye un motivo de denegación facultativo, y que aun cuando los hechos hayan prescrito en el país de ejecución, la Decisión marco permite acordar la entrega.

Afortunadamente, la Sentencia TJCE dictada en el asunto Santesteban⁽⁷⁴⁾ ha abierto una línea interpretativa que permite a España aplicar el art. 10 del Convenio de Dublín de 1996 para los delitos que se cometieron antes de la entrada en vigor de la orden de detención europea. En virtud del citado art. 10, no es posible denegar la extradición “por el motivo de que la acción o la pena hayan prescrito con arreglo a la legislación del Estado requerido”.

La necesidad de proteger los derechos fundamentales de la persona requerida, y la posibilidad de denegar la extradición ante el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en el país requirente ha sido también para España una cuestión controvertida. Algunos Estados miembros denegaron en su día las peticiones de extradición de miembros de la citada banda terrorista porque consideraron que efectivamente España no garantizaba sus derechos fundamentales durante la detención y en el posterior proceso penal⁽⁷⁵⁾. En los primeros momentos de aplicación de la orden de detención europea, este argumento se mantuvo también por las autoridades belgas (Tribunal de Mons en el caso de Diego Ugarte y Jon López) para denegar en primera instancia la entrega de dos miembros de la banda terrorista que se encontraban en su país.

En parte condicionada por la necesidad de que nuestros países vecinos apliquen las normas sobre detención y entrega de manera flexible, como instrumento clave en la lucha contra el terrorismo y otras formas de delincuencia que preocupan especialmente en nuestro país (tráfico de drogas, inmigración ilegal), la Audiencia Nacional mantiene una interpretación de los motivos de

⁽⁷⁴⁾ Sentencia de 12 de agosto de 2008, asunto C-296/08 PPU.

⁽⁷⁵⁾ En la reciente STC de 14 de abril de 2008, nuestro Alto Tribunal ha ordenado a un Juzgado de Instrucción de Madrid que vuelva a investigar las supuestas torturas que al parecer sufrió Alberto Viedma Morillas durante su detención en 2002. El Tribunal Constitucional considera que los hechos denunciados pocos días después por el detenido “no fueron investigados de forma eficaz”, y “aunque se emprendió con prontitud una investigación judicial, ésta se cerró cuando persistían aún sospechas razonables de que el delito se hubiera cometido y medios aún disponibles para despejarlas”. Alberto Viedma Morillas fue posteriormente condenado a 60 años de prisión por el asesinato de un concejal de UPN en Pamplona y un subteniente del ejército. La Sentencia viene acompañada del voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

denegación de la euroorden claramente favorable a la entrega, lo cual se manifiesta especialmente en los siguientes aspectos:

1.º La denegación de una extradición anterior no produce efecto de cosa juzgada sobre una petición de detención y entrega ⁽⁷⁶⁾. La extradición y la orden de detención europea son dos mecanismos de cooperación judicial muy distintos entre sí, por el contexto en el cual se aplican y sus principios inspiradores, con lo cual es posible acordar la entrega de las mismas personas y por los hechos que motivaron una petición de extradición anteriormente denegada. Pero ello siempre que haya desaparecido, en el nuevo contexto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el motivo denegatorio de la extradición o pueda

(76) Así lo ha entendido el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tal y como se recoge en el Auto núm. 8/2005, de 24 de enero (Rollo núm. 195/2004, Ponente Sr. Martínez de Salinas Alonso):

“Las autoridades lusas interesaron en su día la entrega extradicional del mismo reclamado, habiéndose dictado por la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Auto de fecha 17 de marzo de 2003 por el que se declaraba la no procedencia de la extradición, en base a la condición de nacional español del reclamado, y a la normativa interna portuguesa, que permite exclusivamente la entrega de portugueses en los supuestos de delincuencia organizada internacional (artículo 33.3 de la Constitución de Portugal). [...]

La defensa alegó que podría estarse ante un supuesto de fraude, por cuanto las autoridades portuguesas al haberse rechazado la entrega extradicional, han formulado por los mismos hechos y contra la misma persona petición de Euroorden. La cuestión ha sido deliberada en el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *órgano que ha examinado detenidamente la compatibilidad del procedimiento extradicional con el procedimiento de euroorden, llegando a la conclusión de que son absolutamente compatibles al tratarse de procesos que responden a distinta legislación y, en definitiva, lo trascendente es la modernización de la lucha contra la delincuencia internacional en el seno de la Unión Europea*. Se trata de hacer realidad el Tercer Pilar de la Unión, es decir, la creación de un espacio común de seguridad, libertad y justicia”.

En el mismo sentido, en un supuesto con Francia, *vid.* Auto núm. 90/2004, de 10 de noviembre (Rollo núm. 177/2004, Ponente Sr. Gómez Bermúdez):

“La defensa se opone a la entrega, según consta en el trámite de audiencia por haberse denegado anteriormente la extradición por motivos idénticos a los hechos y no ser posible ahora resolver nuevamente la cuestión, además de existir un recurso de amparo, en supuesto idéntico, pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional.

No puede acogerse el motivo.

Como la propia parte admite, el efecto de cosa juzgada en sentido propio no se produce en el procedimiento extradicional y, singularmente, no opera cuando el motivo de denegación de la extradición no estuvo basado en la ausencia o falta de requisitos atinentes al fondo del asunto sino en la existencia de obstáculos convencionales que posteriormente desaparecen por la adhesión a un nuevo Tratado regulador de la cooperación jurídica entre Estados.

éste interpretarse desde una perspectiva distinta. El Tribunal Constitucional, en la STC 83/2006, de 13 de marzo, ha confirmado esta interpretación.

Uno de los casos más conocidos en los que ha sido aplicada la referida jurisprudencia es el del ciudadano austríaco Gerd HONSIK, que se refugió en España en 1992 tras haber sido acusado en su país de negar públicamente el holocausto mediante la publicación de varios libros y artículos para la revista extremista “Halt”. Su extradición fue denegada en 2004 por las autoridades españolas por no ser los hechos constitutivos de delito en nuestro país, pero unos años después las autoridades austríacas reiteraron su solicitud en el marco de la orden de detención y entrega, y el Sr. Honsik fue detenido en Málaga y entregado a las autoridades de Austria en agosto de 2007.

2.º El principio de territorialidad no es el determinante para conceder la entrega, sino que se valora conjuntamente con las otras circunstancias y elementos del caso. Es posible así conceder la entrega de los autores materiales de delitos que han sido cometidos en nuestro país cuando por ejemplo estos autores y/o las víctimas son nacionales del Estado de emisión de la euroorden⁽⁷⁷⁾.

De igual forma, por ser el delito de tráfico de drogas de persecución universal, la Audiencia Nacional suele conceder la entrega de las personas requeridas

Esto último es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa: Francia, bajo la vigencia del Convenio Europeo de Extradición como instrumento internacional regulador de la cooperación judicial con España, no admitía la posibilidad de entrega de sus propios nacionales. Y España, en aplicación del principio de reciprocidad, denegaba las solicitudes de entrega de nacional español a Francia.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la orden europea de detención y entrega, esta obstáculo ha desaparecido, por lo que nada impide que se solicite de nuevo la entrega de aquel que se denegó en procedimiento extradicional de causa formal”.

Puede verse también el Auto núm. 98/2005, de 18 de agosto, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.ª (Ponente Sra. Fernández de Prado), Auto núm. 105/2005, de 26 de octubre, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.ª (Ponente Sr. Echarri Casi) Auto núm. 93/2004, de 12 de noviembre, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.ª (Ponente Sr. Gómez Bermúdez).

(77) “La Audiencia Nacional considera que las autoridades judiciales de Helsinki son competentes para perseguir este delito porque la mayoría de los perjudicados son de Finlandia”. Auto núm. 23/2004, de 1 de abril (Rollo 36/2004, Ponente Sr. Díaz Delgado). “En este caso los hechos que se atribuyen al reclamada parece que se han realizado desde España, pero como en este país no se sigue ninguna causa contra esta persona, relacionada con estos hechos, y se trata de un nacional del país que le reclama, y que es también en Francia donde se encuentra la víctima, y desde donde se realiza el giro del dinero, ya que el ordenamiento jurídico español también permitiría la persecución de estos hechos, aunque se hubiesen cometido fuera del territorio español, si fuese acusado un nacional español, artículo 23.2.º de la LOPJ”. Auto núm. 42/2005, de 1 de abril, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.ª (Rollo Sala 32/2005, Ponente Sra. Fernández Prado).

aunque hayan extendido sus actividades delictivas a nuestro país (con mayor facilidad, cuando las autoridades españolas no han abierto un proceso penal contra ellos)⁽⁷⁸⁾. La Audiencia Nacional ha aplicado esta jurisprudencia aun cuando alguno de los autores del delito de tráfico de drogas era de nacionalidad española y Francia reclamaba su entrega⁽⁷⁹⁾.

En aplicación de esta línea jurisprudencial, el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional archivó el procedimiento iniciado por tráfico de drogas contra Karl Petitt, un narcotraficante británico residente en España que mediaba en el envío de cocaína de Colombia a Reino Unido. La causa española se había iniciado previa denuncia de la DEA norteamericana, y en el marco de la misma se practicaron diversas intervenciones telefónicas que permitieron su detención en España. Al mismo tiempo, un Juez inglés solicitó su entrega a través de una euro-orden por la responsabilidad de Petitt en la entrega de 60 kilos de cocaína en un almacén de Londres. El detenido fue finalmente entregado a la autoridad requirente (Blackfriars Crown Court) por entender el magistrado español que allí estaban la mayor parte de los elementos de prueba. También fueron entregadas a la autoridad británica las escuchas telefónicas practicadas en nuestro país.

(78) Pueden verse, entre otras muchas, el Auto núm. 2/2005, de 10 de enero, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.^a (Rollo Sala 218/2004, Ponente Sra. Fernández Prado): “El delito de tráfico de drogas es un delito de persecución universal, por lo que no constituye un obstáculo a la entrega de los hechos que se hubiesen cometido parcialmente en España. En este país no consta que se haya seguido causa contra el condenado, por lo que no existe inconveniente en su entrega a las autoridades belgas”. *Vid.* también Auto núm. 65/2005, de 31 de mayo, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.^a: “aunque los hechos se hayan desarrollado entre España y Francia, el delito de tráfico de drogas es un delito de persecución universal y la intervención del reclamado se llevó a cabo en Francia, sin que conste que se haya seguido causa en España por estos hechos”.

(79) “Es cierto que de los hechos se desprende que en parte el delito se ha cometido en territorio español, ya que aunque la droga iba dirigida a Francia, el envío se hacía desde España e incluso en la alguna ocasión uno de los acusados se desplazó a San Sebastián, al domicilio del reclamado a recogerla. Sin embargo, entiende el tribunal que no existen motivos suficientes para utilizar esta facultad de denegar la entrega, porque también se comete el delito en Francia, por ser el país donde la droga se distribuye. A ello se añade que allí se encuentran los demás implicados como distribuidores y que un enjuiciamiento conjunto habrá de facilitar el esclarecimiento de los hechos. Finalmente el delito de tráfico de drogas es un delito de persecución universal, y no cabe negar la jurisdicción de los Tribunales franceses para su conocimiento”. Auto de la Audiencia Nacional (Sala Penal, Sección 1.^a) núm. 35/2006, de 17 de abril.

3.º El principio de doble incriminación y los límites punitivos se interpretan, también, de manera flexible. La Audiencia Nacional considera que no es necesaria una estricta concordancia entre los tipos penales de ambos países, ni mucho menos entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal⁽⁸⁰⁾.

Tampoco impide la entrega el hecho de que la pena sea notablemente superior en el Estado de emisión⁽⁸¹⁾.

Ahora bien, en determinados casos, la Audiencia Nacional deniega la entrega porque los hechos no son en España constitutivos de delito: son simples faltas administrativas, o no están sancionadas ni penal ni administrativamente.

Los supuestos más frecuentes se han dado con Portugal, cuando solicitaba la entrega de personas acusadas de conducción temeraria, por conducir sin seguro o sin permiso de circulación⁽⁸²⁾, porque hasta la reforma de nuestro CP por Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre⁽⁸³⁾ estas conductas no eran constitutivas de delito. También se han planteado situaciones similares con

(80) “La vulneración del principio de doble incriminación brilla por su ausencia, por cuanto es evidente que los hechos que han dado lugar a la reclamación son constitutivos de delito tanto en la legislación rumana como en la española, y ello con independencia de que se defina de forma distinta determinadas agravantes como la reincidencia, pues *lo que no puede exigirse es la correcta correlación de principios inspiradores y técnicas normativas de distintas legislaciones*”. Auto núm. 18/2005, de 8 de marzo (Rollo 180/2004, Ponente Sr. Martínez de Salinas Alonso). Este Auto se citó en un procedimiento de extradición, pero la Audiencia Nacional ha seguido la misma línea interpretativa en el contexto de la euro-orden.

(81) “En este caso la orden europea contiene la información que exige el art. 3 de la Ley, y se emite por un delito de estafa, comprendido en el listado del artículo 9 de la Ley, y al ser la pena máxima aplicable de 10 años, se hace innecesario examinar si concurre el requisito de la doble incriminación. El artículo 12 de la Ley contiene en el núm. 1 la enumeración de los casos en que debe denegarse la ejecución de la orden europea, basados en supuestos de *non bin in idem*, de minoría de edad, o de extinción de responsabilidad penal por indulto, y en el artículo 2 la enumeración de los casos en los que puede denegarse la ejecución. Ninguno de estos supuestos resulta aplicable en este caso, y no encuentra este Tribunal ningún obstáculo a la declaración de procedencia de la entrega. El que la pena prevista para el delito se superior a la establecida en nuestra legislación no es obstáculo a la entrega, los hechos se realizaron en Lituania, y debe aplicarse la legislación de ese país”.

(82) “En este caso la orden europea se emite por un delito de vehículo de motor sin permiso legal, este delito no se encuentra comprendido dentro del listado de delitos del art. 9.1 y no cumple con los requisitos de doble incriminación y mínimo punitivo que exige el artículo 2 de este precepto, porque en nuestra legislación la conducción de vehículo de motor sin permiso.

(83) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 2007, pp. 49505 y ss.

Lituania, cuya legislación castiga con altas penas conductas que no son delito en España⁽⁸⁴⁾.

3. Información facilitada a las autoridades judiciales sobre el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales

Para facilitar la aplicación práctica de la orden de detención europea, a iniciativa del Ministerio de Justicia se celebró en Toledo en 2002 un Seminario que tuvo como resultado una primera versión del Protocolo sobre la aplicación práctica de la Orden de Detención Europea. Este Protocolo ha sido actualizado recientemente y está disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia⁽⁸⁵⁾. No se ha elaborado nada similar en relación con la orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas. El CGPJ ha editado también dos obras selectivas con el objetivo de facilitar la aplicación de la Orden de detención europea⁽⁸⁶⁾ y de la Orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas⁽⁸⁷⁾.

(84) Puede verse el Auto núm. 7/2005, de 31 de enero, en relación con la apropiación de la ropa que llevaba puesta una persona por parte de dos sujetos cuya entrega se solicitó a las autoridades españolas: “El hecho que ha dado lugar a la petición de entrega no se encuentra comprendido en la lista de 32 delitos que contiene el artículo 2 de la Decisión marco de 13 de junio del año 2002 y el artículo 9 de la Ley 3/2003, y ello, porque con arreglo a la legislación española los hechos serían constitutivos de una falta de hurto no de un delito de hurto, al no exceder el valor de lo hurtado de 400 euros (artículo 234 del CP de 1995, modificado por Ley Orgánica 15/2003). A mayor abundamiento, es discutible en el presente caso si se cumple el principio del mínimo punitivo de 3 años. Es cierto que con arreglo a la legislación lituana los hechos en principio pueden ser castigados con penas de hasta 5 o 6 años según la norma que se aplique, pero no es menos cierto que el reclamado ha sido condenado única y exclusivamente a pena de 1 año y 6 meses. En conclusión, no se cumplen en el presente caso los presupuestos fácticos necesario para acordar la entrega directa, según las normas mencionadas, y por consiguiente debe dictarse resolución no accediendo a la entrega interesada”.

(85) www.mjusticia.es y dentro del mismo en áreas temáticas – cooperación jurídica internacional – orden europea de detención y entrega-procedimiento.

(86) *La orden europea de detención y entrega*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ – Escuela Judicial, núm. 42, 2007, ya citada.

(87) *La nueva Ley para la eficacia en la Union Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*, Madrid, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 117, 2007.

4. Foros de discusión sobre la aplicación práctica de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo

Tanto el Ministerio de Justicia como el CGPJ y la FGE han desarrollado distintas iniciativas con la finalidad de seguir de cerca y *evaluar* la aplicación práctica de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo.

Poco después de la entrada en vigor de la LeODE se constituyó en el seno del Ministerio de Justicia una Comisión de seguimiento de la Ley, integrada por Jueces, Fiscales y funcionarios de los Ministerios de Justicia y de Interior. Existen además distintos foros de discusión para el intercambio de experiencias, el estudio de los problemas prácticos y la elaboración de propuestas de mejora. El CGPJ constituyó en 1995 la REJUE, que aparece regulada en el artículo 76.bis del Reglamento 5/1995 sobre Aspectos Accesorios de la Administración de Justicia. La Red está compuesta por 62 Magistrados, la mitad de ellos expertos en cooperación judicial civil y la otra mitad en cooperación judicial penal. El Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ es el órgano técnico responsable de su coordinación y adecuado funcionamiento. Todos los magistrados de la REJUE se reúnen al menos una vez al año para examinar las últimas novedades en materia de cooperación judicial civil y penal, intercambiar experiencias, detectar los problemas que se plantean en la práctica y estudiar sus posibles soluciones⁽⁸⁸⁾.

La Instrucción 2/2003 de la Fiscalía General del Estado constituyó la Red de Fiscales sobre Cooperación Jurídica Internacional, cuya misión principal es facilitar los contactos directos de los fiscales españoles con las autoridades judiciales internacionales competentes en materia de cooperación judicial. Se reúnen también al menos una vez al año⁽⁸⁹⁾.

En 2007 se constituyó el Grupo de Investigación “Toledo Forum”, con la vocación de reunirse al menos una vez cada dos años y siempre que sea preciso analizar los problemas y posibles soluciones de la cooperación judicial penal de la Unión Europea. Este Grupo Investigador está integrado por profesores de Universidad, Jueces, Fiscales, miembros de la oficina Sirene e INTERPOL, secretarios judiciales y funcionarios de la Administración de Justicia, y cuenta con el apoyo institucional y la cofinanciación del Ministerio de Educación y Ciencia, la Universidad de Castilla-La Mancha y su Gobierno Regional, además de la FGE y el CGPJ.

(88) Las notas principales de esta red pueden consultarse también en el Informe de evaluación de España sobre la 4.^a Ronda de Evaluaciones recíprocas, citado, pp. 7 y 8.

(89) *Vid.* informe citado en nota anterior, p. 7.

5. Base de datos sobre resoluciones judiciales basadas en el principio de reconocimiento mutuo

No existe hasta el momento una base de datos que permita consultar, de manera sistemática y completa, las resoluciones judiciales dictadas por las autoridades españolas competentes para emitir o ejecutar las órdenes de detención europeas. Las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento de detención y entrega revisten en su mayoría la forma de auto, y el CENDOJ, de manera exhaustiva, sólo recopila *sentencias* (no todo tipo de resoluciones) de tribunales (no de órganos unipersonales) españoles y algunas categorías de autos, entre los que no se encuentran los dictados durante la tramitación de los expedientes de detención y entrega.

De esta manera, los Autos emitidos por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al resolver las peticiones de detención europeas emitidas por otros Estados miembros no se encuentran en ninguna base de datos, y su contenido no trasciende salvo en los casos que despiertan un especial interés (como sucedió, por ejemplo, el asunto *Darkanzali*).

Lo mismo sucede con las resoluciones judiciales dictadas por los órganos de emisión de las órdenes de detención europeas.

Las resoluciones judiciales más fáciles de consultar son las dictadas por el Tribunal Constitucional con motivo de la resolución de los recursos de amparo planteados por la persona detenida para ser entregada. Las sentencias y los autos dictados por nuestro Alto Tribunal pueden consultarse en el sitio web www.tribunalconstitucional.es y son publicadas en el Boletín del Estado (www.boe.es).

La organización de una estadística fiable sobre los instrumentos inspirados en el reconocimiento mutuo es competencia del Ministerio de Justicia. Para garantizar la adecuada recepción de las órdenes europeas de detención, el artículo 7, párrafo cuarto de la LeODE recoge la obligación de las autoridades judiciales de emisión de remitir al Ministerio de Justicia “una copia de las órdenes europeas enviadas”, y el art. 10.3 prevé la misma obligación de los Juzgados Centrales de Instrucción en relación con la recepción de cuantas órdenes europeas le sean remitidas para su ejecución”. Pese a estas previsiones legales, el Ministerio de Justicia no recibe copia de gran parte de las órdenes emitidas y recibidas, lo cual dificulta enormemente la elaboración de una estadística fiable. Su ausencia fue una de las críticas recogidas en el Informe español de la IV ronda de evaluaciones mutuas⁽⁹⁰⁾. Para encontrar una solución, el Ministerio ha buscado el apoyo y la colaboración del CGPJ y la FGE.

⁽⁹⁰⁾ Documento citado, sobre la correspondiente recomendación del grupo de expertos evaluadores.

La Ley española sobre reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias dispone en su Disposición Adicional segunda:

“De conformidad con las directrices que, en su caso, se fijen por la Comisión Nacional de Estadística Judicial, los Juzgados o Tribunales que transmitan o reciban resoluciones de reconocimiento de sanciones pecuniarias, lo comunicarán al Consejo General del Poder Judicial.

El CGPJ remitirá trimestralmente la información a la que se refiere el párrafo anterior al Ministerio de Justicia”.

La Comisión Nacional de Estadística a la cual se refiere la disposición transcrita está regulada por Real Decreto 1184/2006, de 13 de octubre, y fue constituida formalmente el 17 de mayo de 2007 por el Secretario de Estado de Justicia, que la preside, en tanto que ostenta el cargo de vicepresidente el Vocal del CGPJ encargado de la estadística judicial. Integran, además, el Pleno de esta Comisión siete vocales (un representante del Ministerio de Justicia, uno del CGPJ, el Fiscal de Sala de apoyo al Fiscal General del Estado, cuatro representantes de las Comunidades autónomas que han recibido ya transferencias en materia de Justicia y que en esta primera ocasión son Madrid, Canarias, Cataluña y País Vasco) y un Secretario. Esta Comisión es uno de los instrumentos del Plan de Transparencia Judicial aprobado por Resolución de 28 de octubre de 2005 de la Secretaría de Estado de Justicia⁽⁹¹⁾, y entre sus competencias se encuentran “aprobar criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español, con pleno respeto a lo establecido en la normativa vigente en materia de función estadística pública y protección de datos de carácter personal” [apartado c)], y “aprobar las normas técnicas de estandarización necesarias sobre conceptos, definiciones, clasificaciones, nomenclaturas y códigos que permitan la obtención y clasificación homogénea de los datos” [apartado e)]. No se han fijado hasta el momento los criterios para elaborar una estadística fiable en materia de cooperación judicial penal.

(91) “... junto con otros (instrumentos) como el desarrollo de una nueva estadística judicial, la compatibilidad de las distintas aplicaciones informáticas utilizadas en las oficinas judiciales, el adecuado tratamiento, transmisión y explotación de los datos estadísticos, la transparencia del trabajo del Ministerio Fiscal, el establecimiento de nuevos criterios para el registro de asuntos en los servicios comunes de registro y reparto, la modernización del lenguaje jurídico, el establecimiento de un sistema de comunicación entre las distintas redes judiciales y territoriales, y la cooperación jurídica internacional” (según el Preámbulo del citado Real Decreto).

6. Aplicación práctica de la orden de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas

Algunas órdenes de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas han sido ejecutadas en España por parte del Ministerio Fiscal (no se tiene constancia de órdenes de detención europeas emitidas por las autoridades españolas competentes): 4 órdenes de embargo de propiedades han sido ejecutadas en Málaga (3 procedentes de Holanda y una de Finlandia), 2 por la Fiscalía del Tribunal de Justicia de Cantabria (una de Francia y otra de Holanda). Sólo se ha recibido una orden de aseguramiento de pruebas, que fue emitida por un Tribunal belga y reenviada a la Fiscalía de Barcelona por ser el órgano competente para su ejecución.

Todas las peticiones fueron efectivamente ejecutadas por las autoridades españolas, excepto una de ellas, porque no fue posible encontrar los bienes ni las propiedades que se pretendían.

7. Instrumentos frecuentemente usados en las peticiones de asistencia judicial en materia penal

Con carácter general, en materia de asistencia judicial el instrumento más aplicado en la práctica por las autoridades competentes de nuestro país es el Convenio del Consejo de Europa de 1959. Las comisiones rogatorias que envían los órganos judiciales españoles suelen ajustarse a lo dispuesto en el citado Convenio.

Es previsible que a medida que se transpongan a nuestro ordenamiento interno los distintos instrumentos sobre reconocimiento mutuo, éstos sustituyan a los mecanismos de cooperación judicial clásica. La experiencia de la orden de detención europea ha sido muy positiva en nuestro país y los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal han tomado conciencia de las ventajas que ofrecen las nuevas formas de cooperación inspiradas en el reconocimiento mutuo, porque aseguran una ejecución prácticamente inmediata de las peticiones y con ello se garantiza la eficacia del proceso penal principal. La orden de embargo de bienes no ha sido acogida por los órganos judiciales españoles con el mismo entusiasmo que la orden de detención europea, pero es de esperar que no transcurra mucho tiempo para convertirse en el cauce normal de este tipo de cooperación judicial.

En el caso concreto de la orden de prueba europea, dado que su ámbito de aplicación es limitado es muy posible que en la práctica, además de requerir la entrega de ciertos documentos o informes sea preciso solicitar la práctica de otras diligencias de investigación, las cuales, al menos en un futuro próximo, deberán encauzarse a través de los convenios suscritos por España.

8. Dificultades en materia de cooperación judicial penal

En el contexto de la cooperación judicial clásica, para la mayoría de los órganos judiciales españoles, las comisiones rogatorias llegadas del extranjero eran difíciles de entender por la lengua en la que estaban escritas y porque procedían de jueces desconocidos, que formaban parte de una organización judicial y aplicaban un ordenamiento jurídico totalmente ajeno al nuestro. Para el juez o tribunal que debía cumplimentarlas, suponía poco menos que un acto de fe tener que ejecutar las peticiones que llegaban vía diplomática o consular y estaban basadas en un Tratado o Convenio que en muchas ocasiones no había aplicado con anterioridad. Además, su cumplimentación implicaba dedicar un tiempo considerable a la realización de diligencias que se consideraban meramente accesorias a la verdadera labor jurisdiccional del juez, centrado en la resolución de los conflictos surgidos dentro de sus fronteras y más aún dentro de sus límites jurisdiccionales.

La situación descrita no era la misma en la Audiencia Nacional y en los Juzgados Centrales de Instrucción, más familiarizados con la cooperación judicial por la naturaleza de los asuntos que le son atribuidos por el artículo 65 de la LOPJ, ni en las Fiscalías de las grandes ciudades y especialmente en las Fiscalías especiales anticorrupción y antidroga a partir de su creación en 1995.

Cuando las peticiones de ayuda judicial se enviaban por nuestros órganos judiciales o el Ministerio fiscal a otros Estados miembros, la situación no era mejor. Podía no recibirse ninguna noticia del país requerido durante meses, y cuando se recibían los primeros escritos, eran en muchas ocasiones para solicitar alguna aclaración o documentación complementaria, o para preguntar si dado el tiempo transcurrido era preciso cumplir aún con lo solicitado en la comisión rogatoria. A veces no se recibía contestación alguna, lo cual sucedía especialmente con los llamados paraísos fiscales (Suiza, Gibraltar, Liechtenstein).

Las dilaciones que provocaba en el proceso penal principal el envío de una comisión rogatoria al extranjero motivaban, en muchas ocasiones, su denegación por no considerarla pertinente o útil. El Tribunal Supremo, en la STS de 27 de abril de 1998, llegó a reconocer que para admitir la práctica de una prueba en el extranjero “confluyen dos principios de adecuado eco constitucional, el derecho a la utilización de los medios de prueba y el relativo a la proscripción de dilaciones indebidas, por lo que en la adopción de la correspondiente decisión de admisión o denegación deben ponderarse ambos intereses constitucionales”. Peor aún, en la STS de 16 de julio de 1991 el Tribunal Supremo rechazó expedir una comisión rogatoria para garantizar la presencia de los perjudicados en el juicio oral, por estimar que “nadie es ajeno a lo complicado y muchas veces obsoleto que resulta ese mecanismo”.

¿Ha cambiado esta situación en los últimos años, y especialmente tras la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia?

La tradicional reticencia a cumplimentar las peticiones de asistencia judicial procedentes de autoridades judiciales extranjeras va poco a poco disolviéndose. En primer lugar, la mayoría de los jueces y magistrados han recibido formación sobre los instrumentos de cooperación judicial penal. Tienen además la posibilidad de contactar directamente con un compañero de su territorio que forma parte de la RJE y cuya formación es especializada. La autoridad judicial no es ya tan desconocida porque puede consultarse dónde se encuentra a través del Atlas Judicial Europeo. Distintas páginas web ofrecen además información sobre los ordenamientos jurídicos y la organización judicial de otros Estados.

Al mismo tiempo, las autoridades judiciales españolas han tomado conciencia de la importancia de solicitar la cooperación de otras autoridades extranjeras para avanzar en las investigaciones penales sobre delitos de tráfico de drogas, terrorismo, fraude y corrupción y otras conductas en las que con toda probabilidad se encuentren en el extranjero los instrumentos o efectos del delito, parte de los beneficios obtenidos o algunos miembros de la organización criminal.

Algunos de los obstáculos tradicionales al éxito de las comisiones rogatorias enviadas por España también se han matizado o han desaparecido. Desde principios de 2000, España mantiene una cooperación fluida con Suiza y en los últimos meses Liechtenstein (a propósito de su entrada en su espacio Schengen) ha colaborado de manera activa con algunas de las investigaciones de la Audiencia Nacional y de la Agencia Tributaria.

9. La verificación práctica de la doble incriminación. La utilidad de una tabla de equivalencias entre delitos exentos del control de la doble incriminación

La doble incriminación no ha sido un obstáculo especialmente relevante para la cumplimentación de las comisiones rogatorias, salvo en los supuestos de delito fiscal.

El delito fiscal estuvo en un principio excluido del ámbito de aplicación de los Convenios sobre cooperación judicial penal, porque se consideró que se trataba de tipos delictivos que protegían intereses puramente estatales y quedaban delimitados por las particularidades de cada Derecho penal nacional, de modo que las infracciones fiscales punibles en un Estado podían no serlo en absoluto en el país llamado a cooperar en su persecución. El artículo 5 del Convenio Europeo de extradición y el artículo 2.1 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal fueron fieles a esta concepción, lo cual tuvo como consecuencia que, durante décadas, los procesos penales por delito fiscal en los

que se precisaba el bloqueo de cuentas bancarias en el extranjero se encontraban con un obstáculo insalvable. El I Protocolo al Convenio de 1959 matizó esta exclusión, al permitir el registro y embargo de bienes siempre que se cumpliera el principio de doble incriminación, el cual, además, no podía interpretarse en un sentido restrictivo: no podía denegarse la petición de embargo “por el motivo de que la legislación de la parte requerida no impusiera el mismo tipo de impuesto o de tasas o no contuviera el mismo tipo de reglamentación sobre impuestos, tasas, de aduana y de cambio, que la legislación de la parte requirente”. Aún así, las autoridades judiciales españolas han sufrido siempre la tradicional reticencia de otros Estados miembros en cumplimentar las comisiones rogatorias por este tipo de delitos. Y de igual forma, las peticiones de embargo de bienes por delito fiscal no se han ejecutado en nuestro país con la diligencia debida.

En los últimos años ha sido objeto de discusión, en distintos foros, si sería necesario elaborar una correspondencia exacta en el listado de conductas exentas del control de la doble incriminación en las Decisiones marco y los delitos concretos de nuestro Código Penal. Al hilo de esta discusión se ha destacado especialmente la dificultad de identificar los delitos que podrían incluirse en el concepto criminológico de corrupción⁽⁹²⁾. La opinión mayoritaria se ha mostrado en contra de esta elaboración, por considerar que podría encorsetar y someter a límites excesivamente rígidos las conductas exentas del control de la doble incriminación, en lugar de favorecer la confianza mutua entre los sistemas penales de los Estados miembros.

10. Efectos de la falta de armonización de las garantías procesales

En nuestro país no se ha debatido aún con suficiente detalle en qué medida la falta de armonización de las garantías procesales dificulta la aplicación práctica de los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo. En el ámbito concreto de la orden de detención europea, en principio preocupaba que las garantías de la detención y los derechos del detenido fueran distintos en el Estado de emisión y en el de ejecución, pero después, en la práctica diaria, esta falta de correspondencia no ha sido un obstáculo al funcionamiento de la euroorden desde la perspectiva española.

Sí merece la pena destacar que, desde finales de los años noventa, las autoridades judiciales de nuestro país se han mostrado flexibles a la hora de valorar en un proceso penal ciertas diligencias de investigación practicadas en

⁽⁹²⁾ Puede verse al respecto JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, núm. 560, 2003, pp. 1 a 4.

el extranjero y con arreglo a la legislación del Estado requerido. En ocasiones la defensa de los acusados ha impugnado la validez de estas pruebas por no ajustarse a las garantías de nuestro proceso penal, pero el Tribunal Supremo, desde las Sentencias de 6 de junio de 1994 y 9 de diciembre de 1996, ha entendido que “en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos y otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma”, por lo que no cabe negar validez a las declaraciones practicadas ante las autoridades judiciales de otros países⁽⁹³⁾.

11. El control de los derechos fundamentales por el Estado requerido

Sobre el control de los derechos fundamentales en el Estado requerido, el Tribunal Constitucional español se hizo pronto eco de la Sentencia *Soering*⁽⁹⁴⁾ y consideró que efectivamente los órganos judiciales españoles tenían un deber de garante en relación con la persona cuya extradición se había solicitado, pues debían comprobar que no sufriría ninguna vulneración de sus derechos fundamentales de ser entregada al Estado requirente⁽⁹⁵⁾.

En el espacio judicial europeo, el riesgo de sufrir alguna vulneración de un derecho fundamental sólo se examina cuando se alega expresamente por la persona detenida o su abogado en la audiencia del artículo 14 de la LeODE (el juez debe pronunciarse y resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento). Hasta el momento, la Audiencia Nacional no ha denegado ninguna detención y entrega para prevenir el riesgo de vulneración de derechos funda-

⁽⁹³⁾ La segunda de las sentencias citadas se dictó con motivo de una comisión rogatoria practicada en Alemania, cuyo valor probatorio fue impugnado por el imputado porque no se había practicado con la necesaria intermediación judicial, sino en presencia de la Policía. El Tribunal Supremo estimó, por el contrario, que “el trámite de la comisión rogatoria fue correcto y que si la declaración de la testigo se hizo en Alemania ante la Policía y no ante una autoridad judicial, ello no le resta el valor propio de una diligencia de prueba hecha en el extranjero, razón que justifica el que no se cumplieran las exigencias propias de los principios de intermediación, publicidad y oralidad, aunque sí las concernientes a la contradicción por la posibilidad que tuvieron las partes de formular las preguntas correspondientes”. Puede verse con mayor detalle GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, 2000, pp. 309 y 310.

⁽⁹⁴⁾ STEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*, rec. núm. 14038/88.

⁽⁹⁵⁾ Sólo por citar algunas, pueden verse las SSTC 32/2003, de 5 de marzo, 148/2004, de 13 de septiembre y 49/2006, de 13 de febrero.

mentales en otro Estado miembro, aun cuando se alegan con cierta frecuencia por la defensa de los detenidos⁽⁹⁶⁾.

12. Interpretación de los motivos facultativos de denegación

Los motivos del artículo 12.2 de la LeODE se interpretan de manera restrictiva con la finalidad de favorecer la entrega de la persona requerida. Ya hemos señalado en el apartado III.2 que, aunque los hechos hayan sido cometidos total o parcialmente en nuestro territorio, la Audiencia Nacional suele conceder la entrega si no existe causa abierta en nuestro país y la represión del delito pudiera ser más eficaz de seguirse el proceso penal en el Estado de emisión. También hemos señalado que la doble incriminación se examina en abstracto tomando como referencia únicamente el listado de delitos contenido en el artículo 9.1 de la LeODE, sin buscar una correspondencia exacta entre los tipos penales. La prohibición de entregar a la persona que ya ha sido condenada o ha cumplido condena por los mismos hechos es objeto de un examen minucioso por la Audiencia Nacional, que a veces solicita información complementaria cuando este extremo no está suficientemente acreditado o no consta de manera clara en el formulario de la orden de detención europea.

La prescripción merece mayor comentario. El artículo 9.2.i) permite denegar la entrega “cuando conforme a la legislación española el delito en que se funda la orden europea o la pena impuesta hubieran prescrito, si respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles”.

⁽⁹⁶⁾ Al menos esto era lo que sucedía en relación con los ciudadanos de Rumanía y Bulgaria sometidos en nuestro país a los procedimientos de extradición (es decir, antes de la entrada de estos países en la Unión Europea).

La Audiencia Nacional señalaba ya entonces: “En modo alguno es asumible la tesis del trato degradante por parte de la autoridad judicial rumana, máxime cuando dicho país se ha integrado, al menos parcialmente, en la Unión Europea, habiendo ratificado por este país el Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, por lo que no puede considerarse justificada tal alegación”. Auto núm. 11/2005, de 20 de enero, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1.^a (Rollo Sala 132/2004, Ponente Sr. Poveda Peñas).

En relación con Bulgaria, la Audiencia Nacional manifestaba: “La defensa del reclamado se opuso a la extradición alegando ausencia de garantías de que el reclamado no será sometido a penas que atenten a su integridad personal o tratos inhumanos o degradantes y falta de garantías de que al mismo, al ser condenado en ausencia, se le dará la posibilidad de celebrar un nuevo juicio en su presencia para salvaguardar sus derechos de defensa. Estos motivos no pueden ser estimados como impedimentos de la procedencia de la extradición, por cuanto Bulgaria es un país miembro del Consejo de Europa y ha suscrito y ratificado el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sin que conste dato objetivo alguno del que pueda inferirse que en el caso del reclamado no le serán respetados aquellos derechos”. Auto núm. 49/2005, de 27 de abril (Rollo 101/2004, Ponente Sra. Lorente Martínez).

En aplicación de este último inciso, la Audiencia Nacional rechaza sin más la prescripción como motivo de denegación si en aplicación del artículo 23 LOPJ los órganos judiciales españoles no resultan competentes para enjuiciar los hechos que sirven de base a la petición de entrega⁽⁹⁷⁾. Aun cuando el delito o la pena hayan prescrito según la legislación española, la regla general es la autorización de la entrega, salvo supuestos muy particulares⁽⁹⁸⁾.

13. Eficacia de las garantías exigidas para conceder la entrega

Sobre las condiciones que pueden imponerse por la Audiencia Nacional al tiempo de conceder la entrega, no se tiene constancia de ningún supuesto en el que, después de haber sido condenado en el Estado de emisión, el nacional español no haya sido entregado a nuestras autoridades judiciales para el cumplimiento de la pena. Los problemas y dudas que plantean estos supuestos se refieren, más bien, a la inexistencia de criterios claros sobre qué autoridad es la competente para condicionar la entrega (¿la Audiencia Nacional, el Ministerio de Justicia?) y cuáles serían los trámites aplicables. Tampoco existe una regulación legal adecuada sobre el procedimiento a seguir para entregar al condenado a las autoridades judiciales españolas. Para solucionar estas lagunas (sobre la entrega condicionada de nacionales, acerca de la transferencia de ciudadanos españoles condenados), resultaría muy útil que desde las instituciones europeas se aprobaran ciertas normas comunes aplicables a todos los Estados miembros.

14. El peligro de inconsistencia o fragmentación entre los diversos instrumentos de cooperación judicial penal europea

La fragmentación de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo y el hecho de que los adoptados hasta el momento sólo cubran aspectos parciales (y no conexos entre sí) de la cooperación judicial internacio-

(97) “La defensa del reclamado ha alegado la prescripción de los hechos por los que es objeto de orden internacional de detención. Con arreglo a la normativa anteriormente fijada, la prescripción no es causa de denegación de la entrega, a no ser que los hechos pudieran ser objeto de enjuiciamiento y persecución por las propias autoridades españolas, lo que no se da en la presente causa”. Auto núm. 13/2005, de 22 de febrero (Rollo 8/2005), en relación con un ciudadano de nacionalidad austríaca que había sido requerido por las autoridades de su país por delitos de estafa grave, malversación y sustracción de documentos).

(98) *Vid.*, a modo de excepción, el Auto núm. 57/2005, de 13 de mayo, Sala Penal, Sección 1.^ª (Rollo Sala 89/2005, Ponente Sr. Poveda Peñas), en el que se denegó la entrega a Francia de un ciudadano francés que había sido condenado en 1990 en rebeldía y no fue detenido hasta el 15 de abril de 2004 (es decir, habían transcurrido más de diez años que es el plazo máximo previsto en el artículo 130 del CP para el delito que había cometido).

nal obliga a jueces y fiscales a realizar un esfuerzo adicional para determinar en cada caso concreto cuál es el Convenio o la legislación interna aplicable. Quizá este problema es común a todos los Estados miembros, pero en España presenta dificultades añadidas porque no existe una ley interna de cooperación judicial internacional. Esta materia se rige principalmente por los Convenios bilaterales y multilaterales sobre la materia que han sido ratificados y por algunas disposiciones contenidas en leyes complementarias de derecho penal o procesal.

15. La posible codificación de los instrumentos inspirados en el principio de reconocimiento mutuo

La futura codificación de las normas europeas sobre cooperación judicial penal puede ser una opción interesante en nuestro país. Terminaríamos así con la dispersión normativa sobre la materia y las dudas a la hora de determinar cuál es el Convenio, Tratado o ley aplicable al caso que nos ocupa. Sería, en definitiva, una medida satisfactoria para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales.

16. Medidas adicionales para facilitar la aplicación práctica del principio de reconocimiento mutuo

Por último, por tratarse de un sector del ordenamiento jurídico especialmente dinámico y sometido a cambios constantes, sería deseable otorgar formación jurídica adecuada y especialmente centrada en aspectos prácticos (de Derecho interno, y de recursos on-line) no sólo a jueces y fiscales, sino también al cuerpo de secretarios judiciales y al personal de las oficinas judiciales, así como a abogados y procuradores. De todos ellos depende el buen funcionamiento de los instrumentos inspirados en el reconocimiento mutuo. En esta línea, resulta especialmente interesante la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 24 de octubre de 2008, relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia de la Unión Europea⁽⁹⁹⁾. Debería además fomentarse el intercambio de ideas y la creación de foros comunes en los que discutir los problemas que plantean las leyes de transposición de las Decisiones Marco. El Foro de reflexión sobre las medidas y prácticas de la Unión Europea en el ámbito de la Justicia⁽¹⁰⁰⁾ creado por la Comisión Europea y conocido como “Justice Forum” debe, por tanto, ser muy bienvenido y debería garantizarse la participación en él de juristas de nuestro país.

⁽⁹⁹⁾ DO-L núm. 299, 22 noviembre 2008. *Vid.* también la Comunicación de la Comisión Europea de 29 de junio de 2006 sobre la formación judicial en la Unión Europea, doc. COM(2006) 356 final.

⁽¹⁰⁰⁾ *Vid.* nota 9.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abandono de familia:

— SAP Palencia 18/2008, de 22 de abril 283

Agravantes:

• *Parentesco:*

— STS 657/2008, de 24 de octubre 196

Alzamiento de bienes:

— SAP Alicante 660/2008, de 19 de noviembre 311

Amenazas:

— STC 45/2009, de 19 de febrero 166

Apropiación indebida:

— STS 964/2008, de 23 de diciembre 268

Asesinato:

• *Circunstancias. Alevosía:*

— STS 657/2008, de 24 de octubre 196

Audiencia preliminar:

— STS 872/2008, de 27 de noviembre 234

Auto de transformación en procedimiento abreviado:

— STS 836/2008, de 11 de diciembre 251

C

Coautoría:

- STS 41/2009, de 20 de enero 278

Contrabando:

• *Responsabilidad civil. Comiso:*

- SAP Álava 298/2008, de 7 de octubre 303

D

Declaración de los procesados (coimputado):

- STS 7/2009, de 7 de enero 273

Declaraciones sumariales:

- STS 768/2008, de 21 de noviembre 227

Declaraciones testificales:

- STS 957/2008, de 18 de diciembre 266
 — STS 7/2009, de 7 de enero 273

Delitos contra el patrimonio histórico:

- SAP Cáceres 129/2008, de 11 de noviembre 309

Delitos contra la Administración de Justicia:

• *Realización arbitraria del propio derecho:*

- STS 728/2008, de 18 de noviembre 222

Delitos contra la integridad moral:

- STS 891/2008, de 11 de diciembre 253

Delitos contra la propiedad industrial:

- STS 668/2008, de 22 de octubre 195

Delitos contra la propiedad intelectual:

- SAP Madrid 582/2008, de 11 de septiembre 290

	Página
Delitos contra la salud pública.	
• <i>Sustancias nocivas:</i>	
— SAP Huesca 138/2008, de 1 de septiembre	287
Denegación de prueba:	
— STS 872/2008, de 27 de noviembre	234
Derecho al recurso:	
— STC 30/2009, de 26 de enero	160
Deslealtad profesional:	
— STS 964/2008, de 23 de diciembre	268
Detenciones ilegales:	
— STS 944/2008, de 3 de diciembre	244
Dolus generalis:	
— STS 790/2008, de 18 de noviembre	225

E

Entrada y registro:	
— STS 736/2008, de 17 de noviembre	221
Exhibicionismo:	
— SAP Guadalajara 97/2008, de 18 de julio	286
Expulsión:	
— STS 871/2008, de 17 de diciembre	265

F

Falsificación de certificado:	
— STS 668/2008, de 22 de octubre	195
Falsedad documental:	
— SAP Pontevedra 164/2008, de 16 de septiembre	297

	Página
Falsificación de moneda:	
— STS 50/2009, de 22 de enero	278
Falta contra los derechos y deberes familiares:	
— SAP Albacete 78/2008, de 18 de septiembre	300
H	
Habeas Corpus:	
— STC 172/2008, de 18 de diciembre	157
Homicidio imprudente:	
— STS 891/2008, de 11 de diciembre	253
Homicidio preterintencional:	
— STS 706/2008, de 11 de noviembre	208
I	
Igualdad de partes:	
— ATC 32/2009, de 27 de enero	162
Incongruencia:	
— STS 703/2008, de 5 de noviembre	206
J	
Juicio de faltas:	
• <i>Nulidad de actuaciones:</i>	
— SAP Valladolid 183/2008, de 18 de septiembre	301
L	
Lesiones:	
— SAP Lérida 360/2008, de 20 de octubre	307

	Página
Lesiones:	
• <i>Malos tratos:</i>	
— STS 657/2008, de 24 de octubre	196
• <i>Tratamiento médico o quirúrgico:</i>	
— STS 724/2008, de 4 de noviembre	203
— STS 891/2008, de 11 de diciembre	253

P

Pornografía infantil:	
— STS 696/2008, de 29 de octubre	201
Prescripción:	
— STS 964/2008, de 23 de diciembre	268
— STS de 30 de diciembre de 2008	272
Presunción de inocencia:	
— STS 686/2008, de 18 de octubre	193
Principio acusatorio:	
— STS 611/2008, de 10 de octubre	187
Principio de igualdad:	
— STC 45/2009, de 19 de febrero	166
Principio de proporcionalidad:	
— STC 45/2009, de 19 de febrero	167
Prueba:	
• <i>Prueba testifical:</i>	
— STS 957/2008, de 18 de diciembre	266
— STS 7/2009, de 7 de enero	273

Q

Quebrantamiento del alejamiento:	
— STS 39/2009, de 29 de enero	281

R

Refundición de condenas:	
— STS 734/2008, de 14 de noviembre	212
Relación de causalidad:	
— STS 891/2008, de 11 de diciembre	253
Responsabilidad civil derivada del delito:	
— STS 703/2008, de 5 de noviembre	206
• <i>Menores:</i>	
— SAP Cáceres 143/2008, de 2 de diciembre	313
• <i>Vehículos a motor:</i>	
— SAP Huelva 175/2008, de 9 de septiembre	289
— AAP Las Palmas 629/2008, de 31 de octubre	302
— AAP Jaén 185/2008, de 8 de octubre	306
Revelación de secretos:	
— STS 887/2008, de 10 de diciembre	249

S

Sobreseimiento libre:	
— STS 836/2008, de 11 de diciembre	251

T

Tentativa.	
• <i>Desistimiento:</i>	
— STS 884/2008, de 3 de diciembre	241
Tentativa inidónea:	
— STS 822/2008, de 4 de diciembre	247

Página

Tráfico de drogas:

- STS 766/2008, de 27 de noviembre 229
- STS 577/2008, de 1 de diciembre 237

Tribunal del Jurado:

- STS 657/2008, de 24 de octubre 196
- SAP Asturias 118/2008, de 15 de septiembre 296

• *Veredicto del Jurado:*

- STS 595/2008, de 3 de octubre 183

V

Videoconferencia:

- STS 644/2008, de 10 de octubre 191

Violencia de género:

- STC 45/2009, de 19 de febrero 167
- STS 657/2008, de 24 de octubre 196

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 172/2008 del Pleno del TC de 18 de diciembre de 2008
(BOE 24 de enero de 2009) (Recurso de amparo 5013/2003)**

“HABEAS CORPUS”. APODERAMIENTO TÁCITO DEL ABOGADO DE OFICIO
PARA RECURRIR EN AMPARO

**Arts. 17.4 y 24 CE; 4, 6 y 8 Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo,
reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”**

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

SÍNTESIS

Sentencia del Pleno referida a un procedimiento de habeas corpus de extranjero cuyo principal interés radica en la consideración de la validez y subsistencia del inicial apoderamiento tácito del abogado de oficio para instar el habeas corpus para posteriormente recurrir en amparo en interés de ese extranjero que resulta expulsado del territorio español. Resueltas así las dudas relativas a la legitimación activa, se afirma a continuación que las inadmisiones a limine de las solicitudes de habeas corpus fundadas en la legalidad de la detención (y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la detención) se consideran lesivas del artículo 17.4 de la CE.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de 16 de julio de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la petición de habeas corpus deducida por el Letrado don Manuel Rubiales

Gómez en nombre de don Said Matsrik, don Said Benabdellah, don Rachid Bartal, don Marouane El Mokhtari, don Mouloud Gannaoui, don Mohamed El Kamili y don Abdelali El Oruarzadi.

La demanda, con base en la argumentación de la que se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, imputa a la resolución judicial impugnada la vulneración del derecho a la libertad personal de los detenidos, alegando que fueron traídos a territorio español sin que constara que ésa fuera su voluntad, acusándoles después de haber cometido una infracción administrativa. Como se ha indicado, el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión de la demanda por falta de legitimación del recurrente [causa contemplada en el art. 50.1.a) en relación con el art. 46.1.a), ambos de la LOTC] y, en su defecto, si se entra en el fondo del asunto, que se otorgue el amparo solicitado, en cuanto se inadmitió el *habeas corpus* con base en fundamentos de fondo.

2. Antes de entrar en el examen de fondo del asunto debemos descartar el óbice de admisibilidad invocado por el Ministerio Fiscal, quien, como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes, alega que podría concurrir el motivo de inadmisión de la demanda de amparo consistente en la falta de legitimación activa [arts. 46.1.a) y 50.1.a) de la LOTC], por cuanto no consta mandato de los recurrentes para recurrir en amparo a favor de la Procuradora designada, ni tampoco al Letrado de oficio que les asistió en las solicitudes de *habeas corpus* y que ha promovido en su interés los recursos de amparo.

Pues bien, aunque esto es ciertamente lo que acontece en el presente caso —y respecto de todos los recurrentes— no cabe olvidar que se trata de la misma situación que concurría en el recurso de amparo resuelto por el Pleno de este Tribunal en la STC 303/2005, de 24 de noviembre, en la que el mismo Letrado que había asistido de oficio a su cliente en el procedimiento de *habeas corpus* presentado contra su detención tras

llegar en «patera» a Puerto del Rosario (al igual que ha sucedido en el caso de los actuales recurrentes), formuló demanda de amparo en interés de su cliente contra el Auto del Juzgado de Instrucción por el que se inadmite a trámite (por razones de fondo) la solicitud de *habeas corpus*, siéndole designado en el proceso constitucional de amparo al recurrente Procurador del turno de oficio, que asumió su representación. La STC 303/2005, admite, en suma, que es válido en estos supuestos, atendiendo a su excepcionalidad, que el Letrado de oficio que asistió al extranjero en la solicitud de *habeas corpus* promueva en interés del mismo recurso de amparo contra la resolución judicial que rechaza dicha solicitud, presumiéndose a tal efecto la existencia de una autorización tácita del extranjero a favor de ese Letrado, presunción que se extiende al Procurador del turno de oficio designado en el proceso constitucional de amparo para la representación del extranjero recurrente, ante la práctica imposibilidad de requerirle para que ratifique el recurso de amparo promovido en su interés. Este criterio flexibilizador sentado en la STC 303/2005 se ha reiterado en posteriores recursos de amparo fundados en los mismos presupuestos (SSTC 169/2006, de 5 de junio; 201/2006 a 213/2006, de 3 de julio todas ellas; 259/2006 y 260/2006, de 11 de septiembre ambas; 303/2006, de 23 de octubre; 19/2007 y 20/2007, ambas de 12 de febrero), por lo que no existe razón para que no sea mantenido en el presente caso.

En efecto, las singulares circunstancias concurrentes en casos como el que ahora se examina explican que no pueda darse por desaparecida la situación que justifica el apoderamiento tácito inicialmente suficiente para la solicitud de *habeas corpus*, a los efectos de recurrir en amparo contra una denegación de aquella solicitud que pueda considerarse lesiva del derecho a la libertad, cuya defensa está en la base misma de la institución del *habeas corpus*. La exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando

la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el *habeas corpus*, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos.

3. Como recordamos en la STC 169/2006, de 5 de junio, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el art. 17.4 de la CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3, 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 122/2004, de 12 de julio, FJ 3. En síntesis, la doctrina de este Tribunal configura el procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del art. 17.4 de la CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), como una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de li-

bertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 de la LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 de la CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 de la LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación. De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica del *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 de la LOHC.

Asimismo hemos señalado que en las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, es decir, privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería, resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial sobre *habeas corpus*. Por el contrario, «el procedimiento de *habeas corpus* queda manifiestamente fuera de lugar cuando... la intervención judicial

ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez» (STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 5).

Por ello, conforme a la referida doctrina de este Tribunal, las inadmisiones *a limine*

de las solicitudes de habeas corpus fundadas en la legalidad de la detención (y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención), como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse lesivas del art. 17.4 de la CE, por lo que procede otorgar el amparo solicitado.

**Sentencia 30/2009 de la Sección 3.ª del TC de 26 de enero de 2009
(BOE 26 de febrero de 2009) (Recurso de amparo 11578/2006)**

DERECHO AL RECURSO

Arts. 24 CE; 52.2 LOTC

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo**

SÍNTESIS

Aplicando la doctrina recogida en la STC 241/2006, la Sección otorga el amparo solicitado tras apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso penal, al haberse inadmitido el de casación por extemporáneo pese a que la instrucción de recursos fue errónea.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de 16 de noviembre de 2006 dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso núm. 20241-2004, por el que se desestima el recurso de queja interpuesto contra el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección Primera), de 24 de mayo de 2006, que denegaba tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia dictada el 27 de fe-

brero de 2006. El Auto recurrido desestimó el recurso de queja interpuesto por don Mohamed Benabde Lilah al haberse incumplido el requisito temporal en la preparación del recurso.

El demandante de amparo considera que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, pues, habiendo sido inducido a error por la propia

resolución judicial en cuanto al plazo para formular el recurso de casación, el Tribunal se opuso a la admisión de la preparación del recurso de casación. Comparte esta apreciación el Ministerio Fiscal.

2. Situados, así, los términos del debate constitucional suscitado, debe señalarse que el asunto planteado ha sido resuelto, entre otras, por la Sentencia del Pleno de este Tribunal 241/2006, de 20 de julio. Verificado, pues, que para la resolución del presente caso es aplicable doctrina consolidada de este Tribunal, la Sala Segunda acordó deferir su resolución a esta Sección, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52.2 de la LOTC y en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (que permite aplicar esta posibilidad a los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica).

El fundamento jurídico 3 de la STC 241/2006 establece como doctrina de este Tribunal que “no puede considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo la interposición por el demandante de amparo, cuente o no con asistencia letrada, de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes cuando la misma sea consecuencia de una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos a que se refiere el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). No puede dejar de insistirse al respecto, como ya en resoluciones anteriores hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la ‘auctoritas’ que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero, FJ 1), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante,

que hay que considerar en todo caso excusable ‘dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial’ (SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3), pues ‘si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables... el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia’ (*ibidem*)”.

“Siendo así irrelevante a los efectos que nos ocupan la concurrencia o no de efectiva asistencia letrada, la interposición de remedios procesales en atención a la noticia errónea de los mismos obrante en las resoluciones interlocutorias impide la estimación de la extemporaneidad, consecuencia de la interposición de recursos improcedentes, como motivo de inadmisibilidad.”

3. En el caso que nos ocupa se efectuó una indicación errónea de recursos en la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, de 27 de febrero de 2006, que fue seguida por el demandante de amparo con la consecuencia de que la propia Sala, en Auto de 24 de mayo de 2006, resolvió no tener por preparado el recurso de casación en razón precisamente de su presentación fuera de plazo, y que, posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolviera, mediante Auto de 16 de noviembre de 2006, desestimar la queja planteada.

Todas estas circunstancias llevan a la estimación de la demanda de amparo, pues, tal y como viene subrayando nuestra doctrina, se ha producido una lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos.

**Auto 32/2009 del Pleno del TC de 27 de enero de 2009
(BOE 26 de febrero de 2009) (Cuestión de inconstitucionalidad
6911/2008)**

IGUALDAD DE PARTES. SOLICITUD DE NUEVAS DILIGENCIAS POR EL
MINISTERIO FISCAL

Arts. 780.2 LECrim.; 24, 117 y 124 CE

SÍNTESIS

Auto del Pleno que inadmite a trámite, por notoriamente infundada, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por vulneración del principio de igualdad de partes y de la independencia judicial a causa del específico tratamiento que el artículo 780.2 de la LECrim. dispensa a la solicitud de nuevas diligencias cuando proviene del Ministerio Fiscal.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Al abordar el fondo de la cuestión que nos ocupa debemos comenzar recordando la síntesis que en el ATC 71/2008, de 26 de febrero, se hace de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca de la expresión “notoriamente infundada” como causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. En dicha resolución se subraya que, «en relación con este... motivo de inadmisión hemos señalado reiteradamente que el concepto de cuestión notoriamente infundada encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesaria-

mente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta sea arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (en este sentido, entre los últimos, AATC 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2; 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 417/2005, de 22 de noviembre, FJ 3; 132/2006, de 4 de abril, FJ 1; 282/2006, de 18 de julio, FJ 1; 431/2006, de 21 de noviembre, FJ 1; 465/2006, de 19 de diciembre, FJ 2; 466/2006, de 19 de diciembre, FJ 3; 17/2007, de 16 de enero, FJ 3; 200/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 257/2007, de 23 de mayo, FJ 2, entre otros muchos)» (FJ 2).

En la presente ocasión concurren, como ya sucediera en la cuestión de inconstitucio-

nalidad inadmitida por el ATC 467/2007, de 17 de diciembre, razones de diverso orden que nos llevan a apreciar el carácter «notoriamente infundado» de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vinaròs.

Concretamente, en la resolución ahora citada identificábamos las siguientes razones, que nos han de servir como premisas de nuestro razonamiento y que conviene reproducir en este lugar:

«a) En primer lugar, está el tenor del art. 124 de la CE que, en su primer apartado, fija como objetivos constitucionales del Ministerio Fiscal, “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”, los de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”; agregando, en el número segundo, como principios de su actuación, además de los de “unidad de actuación y dependencia jerárquica”, los de “legalidad e imparcialidad”, completándose la proclamación constitucional con la declaración de que está “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial” (art. 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, de estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), ostentando entre sus funciones la de “velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social” (art. 3.9 de la Ley 50/1981 EOMF).

Así en STC 71/1994, de 3 de marzo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que introducía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) la prórroga de la detención y de la excarcelación de sospechosos o condenados por terrorismo, señalamos que “el Ministerio Fiscal no es una parte más: es el acusador público, que ha de promover la acción de la justicia en defensa

de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, procurando la satisfacción del interés social (art. 124.1 de la Constitución). El Fiscal, al decidir si interpone o no una acción, viene obligado “*ratione officii*” a ponderar, dentro de la legalidad más estricta, el interés público y social con la defensa de los derechos de los ciudadanos. El Ministerio Fiscal tiene obligación de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales. El Fiscal está en mejor situación comparativa para efectuar la ponderación *sine ira et studio*. El Ministerio Fiscal no sobrepone sus pronunciamientos a los del Poder Judicial, pues el Fiscal —que debe velar por la ejecución de las resoluciones judiciales firmes: art. 118 de la CE— no tiene el deber de dejar firmes —sin recurrir— las resoluciones de excarcelación de presos o detenidos que juzgue contrarias a Derecho y al interés público, sino, más bien, todo lo contrario, el efecto es un “*effectum iuris*” enlazado por el legislador, no por el Fiscal” (FJ 8); añadiendo que “la diferente posición de partida del Fiscal, en cuanto promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad (art. 124.1 de la CE) legítima, sin necesidad de mayor argumentación, el distinto efecto del recurso según que éste sea promovido por el Ministerio Fiscal o por un acusador privado” (FJ 10); para concluir que “tampoco vulnera el contenido del art. 124.1 de la CE (misión del Ministerio Fiscal) en razón de los recursos que pueda interponer el mismo, por cuanto, tal y como acabamos de indicar, no cabe sostener, con carácter general, que este precepto constitucional impida o limite, en sí mismo, la libertad que, de principio, tiene el legislador... sin que, por lo demás, tampoco... haya venido a contrariar o desfigurar la posición del Ministerio Fiscal en el proceso, según lo establecido en el art. 124.1 de la CE. Nada dice esta norma, en efecto y en sí misma, acerca de cuáles puedan ser los efectos legales que se sigan de la formulación por la Fiscalía de determinado recurso en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la

Ley. Lo determinante es la garantía judicial de supervisión y decisión” (FJ 12). De ello se concluye que la concepción del Ministerio Fiscal y de sus funciones, especialmente en materia de ejecución de la pena, mantenida por el tribunal “a quo”, no es —en absoluto— la mantenida en nuestro ordenamiento constitucional, y que, el ejercicio de sus funciones propias por el Ministerio público, en materia de ejecución, no tiene por qué limitar la función jurisdiccional ni los derechos de los ciudadanos en el proceso de ejecución de las penas, tal y como aparece configurado actualmente en el art. 89.1 del Código Penal (CP).

b) Un segundo orden de deducciones que conducen al carácter “infundado” de la cuestión, es el que versa sobre el principio de libertad de configuración de las instituciones, por parte del Legislador, dentro del marco constitucional.

Efectivamente, ya en STC 189/1987, de 16 de diciembre, FJ 6, declaramos que: “la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces... radica en la Ley”; y que “del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia”, concluyendo que: “de la mayor o menor densidad de contenidos normativos... no se deriva restricción alguna de las facultades pertenecientes a Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la CE), por lo que no cabe apreciar infracción de este precepto constitucional” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19). Y, en este mismo sentido, tampoco cabe apreciar menoscabo en la tutela judicial efectiva, ya que, como dijimos en

STC 64/1983, de 21 de julio, FJ 2: “el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la Ley”» (FJ 3).

4. Sentadas estas premisas hemos de señalar que la duda de inconstitucionalidad suscitada por el órgano judicial promotor de la cuestión hace referencia a dos extremos: de una parte, el distinto tratamiento dispensado a las partes personadas en el proceso, más beneficiosa para el Ministerio Fiscal en detrimento de las restantes partes —acusaciones y defensas—; de otra, la eventual conculcación de la independencia judicial.

Por lo que específicamente se refiere a la invocada vulneración del principio de igualdad de partes, que se reconduce al art. 24.2 de la CE, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se hace hincapié en el distinto tratamiento que el art. 780.2 de la LECrim dispensa a las solicitudes de nuevas diligencias según las plantee el Ministerio Fiscal o las acusaciones personadas. Se apoya aquí el órgano judicial promotor de la cuestión en la literalidad del precepto, pues si en el primer caso se establece que «acordará el Juez lo solicitado» —inciso ahora cuestionado—, en el segundo se prevé que el Juez «acordará lo que estime procedente», lo que demuestra que existe un juicio de procedencia de la solicitud que no cabe en el primero de los supuestos contemplados.

Pues bien, para dar respuesta a esta primera duda de inconstitucionalidad baste destacar que el precepto legal cuestionado se dirige principalmente a garantizar el buen fin del proceso penal. En tal sentido, el Ministerio Fiscal, en tanto que órgano de relevancia constitucional, tiene atribuida la función de «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda» (art. 3.4 de su Estatuto Orgánico). Para ejercer esa función habrá de disponer

de los elementos esenciales que le permitan formular la acusación, en su caso, por delito o falta (extremo aquí afectado a la vista de las diligencias concretamente pedidas por el Ministerio Fiscal en los autos), o bien interesar el archivo de las actuaciones u oponerse a la acción penal ejercitada por la acusación personada. Para el buen fin del proceso, y en garantía de la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 de la CE), el legislador brinda al Ministerio Fiscal la posibilidad de que solicite la subsanación de las carencias que aparezca en un proceso penal antes de la apertura del juicio oral. Y ello porque, como ya se ha recordado con anterioridad, el Ministerio Fiscal «no es una parte más: es el acusador público, que ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, procurando la satisfacción del interés social (art. 124.1 de la Constitución). El Fiscal, al decidir si interpone o no una acción, viene obligado “ratione officii” a ponderar, dentro de la legalidad más estricta, el interés público y social con la defensa de los derechos de los ciudadanos. El Ministerio Fiscal tiene obligación de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales. El Fiscal está en mejor situación comparativa para efectuar la ponderación “sine ira et studio”» [ATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 3 a)].

Por tanto, y frente a lo sostenido en el Auto de planteamiento, debemos concluir rechazando que el precepto legal cuestionado vulnere el «principio de igualdad de armas» y, a su través, el art. 24.2 de la CE. La distinta consideración de la intervención del Ministerio Fiscal que se refleja en el inciso controvertido del art. 780.2 de la LECrim no representa un privilegio para la defensa de un derecho subjetivo o de un interés legítimo sino un instrumento cuyo manejo encomienda el legislador al Ministerio Fiscal para que éste vele por el adecuado desarrollo del proceso. El precepto legal se dirige, como ya hemos indicado, a asegurar el buen fin del proceso y hemos de recordar que

dentro de este propósito ha de incluirse la ponderación entre el tratamiento de quien ve modificada su condición procesal, pasando de imputado a acusado, y los intereses públicos siempre presentes en el procedimiento encaminado al ejercicio del “ius puniendi” del Estado.

5. Con respecto a la eventual vulneración de la independencia judicial cumple afirmar en primer término que pese a invocarse separadamente los apartados primero y tercero del art. 117 de la CE, es común la argumentación que sustenta la duda de conformidad a ellos del precepto legal cuestionado. Ya sea bajo la veste de la independencia judicial o haciéndose hincapié en la exclusividad jurisdiccional, lo cierto es que en ambos casos se plantea la posibilidad de que la previsión legal haga del Juez un mero ejecutor de las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal.

Pues bien, el examen de esta duda de constitucionalidad a la vista de la doctrina sintetizada en el ATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 3 b), y que hemos reproducido anteriormente, conduce a su inadmisión “a limine”. Como ya hemos destacado, el precepto legal cuestionado persigue garantizar el buen fin de un proceso en el que se hallan implicados diversos intereses individuales y colectivos. Para lograr este propósito, el legislador, en uso de su legítima libertad de configuración, ha atribuido una mayor responsabilidad al Ministerio Fiscal, en tanto que órgano de relevancia constitucional al que corresponde promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. La existencia de un interés público en el buen desarrollo del proceso, y más específicamente del proceso penal, no parece requerir mayor desarrollo argumental.

Ahora bien, esta atribución de mayor responsabilidad al Ministerio Fiscal no priva en modo alguno al Juez de su condición de garante de los derechos de los ciudadanos, en particular de sus derechos fundamenta-

les. Le corresponde, en todo caso, ponderar la eventual incidencia de las diligencias probatorias solicitadas sobre esos mismos derechos fundamentales, de modo que vendrá obligado a asegurar que en su práctica esa incidencia sea la mínima indispensable para la realización del interés general consistente

en el buen fin del proceso. Lejos de existir una inadmisibles interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la previsión legal de cuya constitucionalidad se duda representa un instrumento de colaboración entre poderes públicos para el mejor servicio a ese interés general.

**Sentencia 45/2009 del Pleno del TC de 19 de febrero de 2009
(BOE 14 de marzo de 2009) (Cuestiones de inconstitucionalidad
5983/2005 y otras once —acumuladas—)**

VIOLENCIA DE GÉNERO

Arts. 14 CE; 171.4 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia con otro bloque de cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; esta vez, las que se refieren a la transformación de faltas en delito en el ámbito de la amenaza y la diferente respuesta sancionadora si la víctima es la mujer. Rechaza el Tribunal Constitucional que ello comporte lesión de los principios de proporcionalidad e igualdad ante la ley. Recogemos también los votos particulares discrepantes. La resolución se apoya en la STC 59/2008, de 14 de mayo (extractada en el número 25 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia considera que el párrafo primero del artículo 171.4 del Código Penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser con-

trario a los artículos 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo de los principios de igualdad, proporcionalidad penal y culpabilidad, y del valor de la dignidad de la persona contemplados en dichos artículos. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición

principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones, en lo referido al párrafo segundo del artículo 171.4 del CP, y la inadmisión total de tres de ellas (núms. 8295-2006, 6978-2007 y 7616-2007), en las que observa defectos formales.

El párrafo primero del artículo 171.4 del CP sanciona «con la pena de 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» a quien «de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

(...)

3. El Auto de cuestionamiento divide su argumentación en dos grandes bloques. El primero tiene por contenido la posible vulneración del principio de proporcionalidad penal por parte del precepto cuestionado. El segundo y más extenso se refiere en su epígrafe al derecho a la igualdad, pero incluye también las objeciones atinentes al principio de culpabilidad y a la dignidad de la persona.

Las alegaciones relativas a este segundo apartado del Auto de cuestionamiento encuentran respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo órgano judicial ahora cuestionante respecto al primer inciso del artículo 153.1 del 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 artículo 171.4 del CP. Ahora como entonces la duda central de la Magistrada cuestionante se refería a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasi-

vo, que sería por ello contrario al artículo 14 de la CE. Así, a partir de su interpretación del tipo penal 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 amenace 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 del CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, 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») tendrá en todo caso un marco penal inferior: si la amenaza leve se produce con armas u otros instrumentos peligrosos el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (art. 171.5 del CP), y si la amenaza se efectúa sin tales recursos intimidatorios será sancionada como una 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 del 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), 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 artículo 171.4 del 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» (STC 59/2008, FJ 6).

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 artículo 14 de la 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» (STC 59/2008, FJ 7).

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» (STC 59/2008, FJ 7).

a) El análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma. Como reseña-

bamos en la STC 59/2008, 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» (FJ 8).

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 agresiones 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 artículo 173.2 del 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)].

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:

1) En el caso de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos la diferencia básica consiste en la elevación del límite mínimo del marco penal de la pena alternativa de prisión de tres (art. 171.5 del CP) a seis meses (art. 171.4 del CP). Ciertamente el hecho de que el tipo del art. 171.4 del CP se catalogue por el legislador como de «violencia de género» comporta un régimen distinto y más severo de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y de sustitución de la misma, pero el mismo se debe a la previsión específica al respecto de preceptos que no han sido cuestionados (arts. 83.1, párrafo 3, 84.3 y 88.1, párrafo 3, del CP).

En el caso de las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, frente a la pena del artículo 171.4 del CP, «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del 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 del 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 (arts. 502 y ss. de la LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 del CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 del CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1 del CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 del CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 del CP); frente al delito de amenazas leves, no computa a efectos de

reincidencia en un futuro delito de amenazas (art. 22.8 del CP).

2) No 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* artículo 14 de la CE.

Ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados en relación con la conducta de amenaza leve sin armas. En primer lugar, por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales: frente a la pena del artículo 171.4 del CP de «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», la pena del artículo 620, párrafo 3, del CP es 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». Y, en segundo lugar, por el hecho de que frente a la consideración como delito de la amenaza leve sin armas del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 171.4 del CP) se califique como falta la amenaza leve sin armas hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el artículo 173.2 del CP (art. 620, párrafo 3, del 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.

No es ocioso recordar que esta diferenciación cuantitativa y cualitativa entre delito y falta fue una de las que vertebró el cuestionamiento desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena de una versión anterior del artículo 153.1 del CP, la que establecía la Ley Orgánica 11/2003, que tipificaba como delitos ciertas agresiones y amenazas en el ámbito doméstico que fuera de él se seguían considerando como falta. Este cuestionamiento fue inadmitido como notoriamente infundado en los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre.

A pesar de esta notable diferencia punitiva entre las amenazas leves sin armas en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 171.4, párrafo 1 del CP) y el resto de las amenazas leves sin armas que puedan darse en el seno de la pareja, no consideramos que dicha diferencia convierta en inconstitucional *ex* art. 14 de la 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.

Nuestra conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, «que el legislador entiende como insuficientemente protegida(s) en el ámbito de las relaciones de pareja», y «la lucha con-

tra 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 artículo 171.4 del CP, que, como se expone a continuación, 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, de idéntica duración en los artículos 171.4 y 171.5 del CP, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. En ambas normas se añade una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, también de la misma duración para ambos preceptos, y una pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento que, si bien tiene un límite superior más elevado en el artículo 171.4 del CP (cinco años) que en el 171.5 del CP (tres años), tiene también un límite inferior más leve (un día frente a seis meses). Quiere decirse con ello que en la pena alternativa a la de prisión y en las demás penas no hay diferencias, o no son sustanciales, en la sanción de los supuestos de amenazas leves con armas (arts. 171.4 y 5 del CP); y que en las amenazas leves sin armas la opción posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad reduce significativamente la diferencia punitiva en los supuestos comparados (arts. 171.4 y 620, párrafo 3 del CP). Esta reducción de la diferencia es mayor si se tiene en cuenta que la pena del artículo 171.4 del CP puede ser la inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho» (art. 171.6 del CP), con lo que la pena del artículo 171.4 del CP 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 del CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las diferentes consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del artículo 171.4 del CP impone la misma pena «al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las amenazas leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras amenazas 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. Como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, en relación entonces con el tipo penal del artículo 153.1 del CP, no apreciamos que el precepto del artículo 171.4 del CP vulnere el principio de culpabilidad penal. Por una parte, porque «[e]l 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 en relación con la que tipifica el apartado siguiente» (amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos) y, a título de falta, el párrafo tercero del artículo 620 del CP (amenaza leve sin armas u otros instrumentos peligrosos). No hay, por otra parte, sanción por hechos de otros: «(q)ue en los casos cuestionados ... 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 que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que,

además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

6. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad alude también el Auto de cuestionamiento a la posible oposición del artículo 171.4 del CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que «sugiere la equiparación de la mujer a las personas especialmente vulnerables»: «la sola previsión paralela y yuxtapuesta de los dos casos agravados constituye una invitación al sentimiento de desdoro para la dignidad de la mujer».

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad, porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, descripción del sujeto pasivo de otro tipo penal, el del párrafo segundo del 171.4 del CP. Es en el tipo del primer párrafo donde se contempla un sujeto pasivo femenino en atención a que, «de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima» [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 a)]. No se trata así de que el legislador presuma o aprecie una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino de la consideración razonable de 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).

7. El otro bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del artículo 171.4 del CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que el Auto de cuestiona-

miento deriva de los artículos 9.3, 17.1 y 25.1 de la CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 3.b)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Ciertamente, como refleja el propio Auto, una duda similar se planteó ya con el antiguo delito de amenazas leves «con armas y otros instrumentos peligrosos» en el ámbito doméstico (art. 153 del CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003) y fue inadmitida por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre. Y ciertamente también que entonces como ahora se cuestionaba la proporcionalidad de la sanción como delito de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de mera falta; en concreto, en el cuestionamiento del anterior artículo 153.1 del CP, «de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de meras faltas y en la dada por la Ley Orgánica 11/2003 pasan a constituir delito en atención al ámbito doméstico en el que se producen y a la cualidad del sujeto pasivo» (ATC 332/2005, FJ 3). Pero cierto es también, como argumenta la Magistrada cuestionante, que entre dicha norma y la que ahora se cuestiona por la desproporción de su pena existen diferencias: la conducta del vigente artículo 171.4 del CP incluye todas las amenazas leves; su pena alternativa de prisión tiene un límite mínimo superior (seis meses en lugar de tres), aunque su pena puede reducirse en un grado, lo que comportaría una pena de prisión con un mínimo de tres meses (art. 171.6 del CP) y una pena de trabajos de beneficio de la comunidad inferior a la del anterior a la del citado antiguo artículo 153.1 del CP; su pena potestativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento es diferente, mayor en su máximo y menor en su mínimo (hasta cinco años

en lugar del tramo de seis meses a tres años).

Las diferencias punitivas entre el antiguo artículo 153 del CP y el vigente artículo 171.4 del CP son pocas y muy limitadas —en esencia sólo afectan a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos—, y no modifican el resultado del juicio constitucional de falta de desproporción emitido en los reseñados AATC 233/2004 y 332/2005. 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 concurra 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).

8. Como señala el Abogado del Estado, en la extensa argumentación del Auto de cuestionamiento no se especifica cuál de los análisis de proporcionalidad es el que depararía la inconstitucionalidad de la norma. De los distintos argumentos cabe inferir, en primer lugar, una impugnación del carácter mínimo o necesario de la pena, pues se invoca la ausencia de necesidades de prevención para la elevación de la pena; por otra parte, se enuncian algunas razones para sostener la desproporción estricta de la pena: ciertas amenazas leves de las comprendidas en el artículo 171.4 del CP deberían ser merecedoras de falta; la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en los casos descritos en dicho precepto revelaría el exceso de la misma pena para las amenazas leves sin tales recursos intimidatorios; la pena devendría excesiva si se la compara con la inferior que merecen las amenazas hacia otros grupos de personas y, más en concreto, con la que acompaña a la calificación de falta cuando las amenazas se producen sin armas u otros instrumentos peligrosos.

a) Debe rechazarse la objeción atinente a la falta de necesidad de la agravación operada en relación con las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos. Más allá de la pura afirmación, y frente a la justificación legislativa de «la especial incidencia» que tienen «las agresiones sobre las mujeres» en «la realidad española» (exposición de motivos I Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de

género en el ámbito de la pareja, el Auto no exterioriza los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una «funcionalidad manifiestamente similar» de la pena anterior más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Ciertamente se intenta también sustentar la falta de necesidad de la nueva pena más grave, y además su falta de proporción estricta en relación con el delito, en la comparación con las penas que se asignan a otras conductas. Se subraya así, en primer lugar, la pena más leve que el legislador asigna a otros delitos que el Auto de cuestionamiento considera de gravedad similar, tales como las amenazas leves a otras personas en el ámbito doméstico; mayor levedad punitiva sobre todo cuando se producen sin armas u otros objetos peligrosos. Se compara también la pena de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva con la misma pena, la del artículo 171.4 del CP, cuando esa misma amenaza se produce sin armas. Esta comparación sería extensiva a la que se produce entre la mayor pena de la amenaza sin armas del artículo 171.4 del CP y la menor pena de la amenaza con armas cuando, por ejemplo, es la cónyuge el sujeto activo del delito y su marido el sujeto pasivo.

Especial relevancia comparativa a los efectos de mostrar la desproporción de la pena que se asigna a la amenaza leve sin armas en los supuestos del artículo 171.4 del CP tendría la pena que se asigna a ese mismo supuesto cuando los sujetos activo y pasivo son distintos pero vinculados por relaciones familiares o de guardia y custodia. Mientras que en el primer supuesto, el del artículo 171.4 del CP, la conducta es catalogada como delito y se le asigna una pena de «prisión de seis meses a un año o... 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 que

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», el segundo supuesto se considera como falta y se pena con «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 del CP). Para la correcta apreciación de la magnitud de la diferencia debe considerarse no sólo la diferencia cuantitativa y cualitativa de los respectivos marcos punitivos, sino también el hecho de que un tipo de conducta se repunte como delito y el otro como falta. Como ya indicamos en el fundamento jurídico 4.c), cuando realizábamos el juicio de proporcionalidad de las conductas diferenciadas en el marco de la duda de igualdad (art. 14 de la CE), la calificación como delito comporta no sólo un reproche social cualificado, sino diversas consecuencias jurídicas más gravosas en relación, por ejemplo, con la posibilidad de sufrir una prisión provisional, con la suspensión de la pena, o con la asignación de penas accesorias.

Con independencia de que las comparaciones expuestas por el Auto de cuestionamiento no se orientan específicamente a mostrar una desproporción inconstitucional («un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma» —STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9—), las mismas prescinden de la razonable apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las amenazas tipificadas en el 171.4 del CP a partir de «su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 12). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar como no relevante para la fijación del marco de la pena un modo de utilización de armas que

en todo caso no altera la calificación de leve de las amenazas. Así, afirmada como razonable la especial lesividad de las amenazas cuando provienen del varón y se dirigen a la mujer que es o fue su pareja afectiva, no constatamos la desproporción punitiva alegada por el hecho de que no varíe el marco penal en función de cierto tipo de utilización de armas u otros instrumentos peligrosos. En primer lugar, porque, respecto a la comparación interna de las conductas del artículo 171.4 del CP, la amplitud del marco penal posibilita la valoración de la presencia o de la ausencia de dicho factor de agravación con la selección de una concreta pena mayor o menor. En segundo lugar, respecto a la comparación que depara la amenaza leve sin armas del artículo 171.4 del CP con la amenaza leve con armas del artículo 171.5 del CP, de marco penal más leve, porque debe insistirse en la razonable apreciación legislativa en el primer caso de un relevante factor de agravación —propio de lo que el legislador denomina «violencia de género»— que no concurre en el segundo. De este modo, por lo que respecta al único juicio ahora pertinente, la pena que se asigna a la amenaza leve con armas, pero sin aquel relevante factor (art. 171.5 del CP), no permite apreciar en el inciso del artículo 171.4 del CP que se refiere a la amenaza leve sin armas aquel severo desequilibrio entre su pena y su finalidad de protección que lo convertiría en inconstitucional, pues precisamente la elevación de la pena en este caso se debe a que al desvalor propio de la amenaza leve ha de sumarse de un modo no irrazonablemente cualificado el desvalor que añade el tipo de vinculación entre el autor y su víctima.

Este significativo desvalor mayor de las amenazas en el seno de lo que el legislador califica como «violencia de género», que es un desvalor relativo a la igualdad, a la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, es el que hace que desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y que en el control de la pro-

porcionalidad estricta de la pena se reduce a constatar si existe un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, no pueda afirmarse la desproporción en la que sustenta su duda la Magistrada cuestionante. No conduce a tal conclusión ni la comparación de la pena de las amenazas leves con armas en los supuestos del artículo 171.4 del CP con la misma pena de las amenazas leves sin armas en los mismos supuestos; ni la comparación de la pena de las amenazas leves sin armas en los supuestos del art. 171.4 del CP con la menor pena de las amenazas leves con armas en otras relaciones de pareja (art. 171.5 del CP); ni la comparación de la pena del delito de amenaza leve sin armas en los supuestos del art. 171.4 con la pena de la falta de amenaza leve sin armas en otras relaciones familiares o de guardia y custodia (art. 620, párrafo 3); máxime, en todos los casos, si se recuerda tanto que la pena del artículo 171.4 del CP puede serlo de trabajos en beneficio de la comunidad, como que puede convertirse en la inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho» (art. 171.6 del CP).

En suma, en línea con lo resuelto por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, y en atención a la cuantía de la pena de la norma cuestionada, a sus posibilidades de adaptación a la gravedad del hecho y a sus importantes finalidades —la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y la lucha contra la desigualdad de la mujer en el mismo [supra FJ 4 a)]—, hemos de concluir que los argumentos expuestos por la Magistrada cuestionante no son bastantes para apreciar la desproporción inconstitucional que centra la segunda y última duda de constitucionalidad de sus Autos. Tal como hicimos en el ATC 332/2005, de 13 de septiembre, procede concluir que «a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la

idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas (nada de lo cual se cuestiona tampoco en el presente caso), y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador (respecto de lo cual el órgano judicial no menciona medida alguna, limitándose a referirse a la antigua regulación, que la práctica ha demostrado palmariamente ineficaz,...), ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta» (FJ 5).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON VICENTE CONDE
MARTÍN DE HUJAS

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de la STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que en su día también discrepé con formulación de Voto particular, en lógica coherencia con mi posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el artículo 90.2 de la LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto.

La base fundamental tanto de la precedente, como de la actual Sentencia, aunque cada una de ellas se refiera a distintos preceptos del Código penal, 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 se

circunscribe. En el Voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamao 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

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 de la LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada, por razones sustancialmente coincidentes con el Voto particular que formulé a la STC 59/2008, de 14 de mayo, que resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del CP.

Creo conveniente recordar que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El artículo 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 artículo 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 artículo 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

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

¿Respetan estos principios el párrafo primero del artículo 171.4 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 artículo 171.4 del CP y los fundamentos que recoge 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 artículo 171.4 del CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala, en su artículo 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 artículo 171.4 del 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 profiera una amenaza, 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 artículo 25.1 de la 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 amenaza. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las meras amenazas que hombre y mujer pueden proferirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer párrafo del artículo 171.4 del CP lesiona el artículo 14 de la CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la amenaza intimidante) 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 o intimidatorio 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 de la CE) es la presunción adversa de que toda amenaza proferida 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 artículo 171.4 del 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 en relación con la que tipifica el apartado siguiente» [FJ 4 b)]. 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 artículo 171.4 del CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de intimidación 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 del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 4), 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 amenaza que profirió obedezca 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 artículo 171.4 del 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 artículo 171.4 del 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 artículo 171.4 del 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 artículo 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 tipos 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 artículo 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.

Expreso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sue-

ño 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

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

1. He de recordar que en la Sentencia dictada por el Pleno, en fecha 14 de mayo de 2008, en la cuestión de inconstitucionalidad núm 5939-2005, planteada en su día por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el artículo 153.1 del Código Penal, reformado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya formulé Voto particular.

Mi discrepancia se fundaba en que, aunque aceptaba la posibilidad de una interpretación conforme sobre la existencia de un especial desvalor, cuando la conducta del varón está inspirada en la secular situación de sometimiento de la mujer en las relaciones de pareja, lo que lleva consigo una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitimaba la diferencia de trato penal, sostuve que la mayor sanción procedía del establecimiento de una agravante específica en el artículo cuestionado, cuya concurrencia había de probarse en el conjunto de los hechos denunciados y que, como no estaba expresada en el precepto, exigía una interpretación conforme a la Constitución que, figurando en los fundamentos de la Sentencia, debía de haber tenido su reflejo en el fallo de manera expresa.

2. En el caso del artículo 171.4 del CP, objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este caso, la cuestión es aún más aguda, porque no se trata de una pena mayor para un mismo hecho, según se cometa por la mujer, o por el hombre, sino de que esa misma conducta en un caso cons-

tituye falta y en el otro delito, lo que, aparte de otras consideraciones respecto a que de por medio está el empleo de armas, hubiera exigido una mayor ponderación respecto a la proporcionalidad y la igualdad, y en todo caso, una interpretación conforme expresa, llevada al fallo.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 16 de diciembre de 2008

Primer asunto: Apropiación indebida y deslealtad profesional: concurso de delitos o concurso de leyes. Subtipo agravado de estafa o apropiación indebida: compatibilidad del artículo 250.7 del Código Penal y delito de deslealtad profesional.

Acuerdo:

I. El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del artículo 252 del Código Penal, comete delito de apropiación indebida.

II. La aplicación de la agravación prevista en el artículo 250.7 del Código Penal se ajustará a las reglas generales.

III. Además cometerá un delito del artículo 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado.

Segundo asunto: Alcance del artículo 386.2 del Código Penal con respecto a la tenencia de tarjetas de crédito falsas para su expendición.

Acuerdo:

La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamentos en el artículo 386, párrafo 2.º del Código Penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión.

Tercer asunto: Validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado.

Acuerdo:

La persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad.

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, del TS de 27 de enero de 2009

Asunto: Compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4 del Código Penal.

Acuerdo:

La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda, TS de 26 de febrero de 2009

Asunto: Alcance del artículo 370.1 del Código Penal: utilización de menores.

Acuerdo:

El tipo agravado previsto en el artículo 370.1 del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación o de cualquier forma de autoría mediata.

Asunto: Recurso de revisión. Alcance que debe darse a la doctrina constitucional posterior a la sentencia a revisar, en cuanto al acceso a la tutela judicial efectiva concernida por la pretensión de revisión.

Acuerdo:

La Sentencia del Tribunal Constitucional proclamando cómo se integra el contenido de una norma legal, acerca del momento interruptivo de la prescrip-

ción, que resulta diversa como venía siendo entendido, no constituye un hecho nuevo de aquellos a los que se refiere el artículo 954 de la LECrim., como requisito del recurso de revisión.

Sentencia 595/2008, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2008

VEREDICTO DEL JURADO

Art. 60 LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Frente a la sentencia de apelación que, estimando el recurso de la acusación imponía la repetición del juicio con nuevo Jurado, la Sala comparte el criterio del Magistrado-Presidente que no exigió a los Jurados en el momento de la devolución del acta de votación y veredicto la obligación del necesario y expreso pronunciamiento sobre la culpabilidad o inculpabilidad del ahora recurrente, al faltar el número de votos necesario para tener por acreditado el hecho desfavorable que podría sustentar la culpabilidad (y no llegar tampoco al número de cinco votos precisos para afirmar posteriormente la inculpabilidad).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

En efecto, la situación procesal que dará origen a la ulterior controversia, resumidamente expuesta, no es otra que la derivada del hecho de que el Magistrado Presidente del Jurado no exigiera al Cuerpo de Jueces legos, mediante el mecanismo de devolución del Acta de votación y veredicto (art. 63 de la LOTJ), la obligación, en principio establecida en el artículo 60.1 de la Ley procesal especial, del necesario y expreso pronunciamiento sobre la culpabilidad o inculpabilidad del ahora recurrente.

(...)

1) Para el Presidente del Jurado la improcedencia de la devolución del Acta en la

que se declaraba la falta de acreditación de la participación en los hechos enjuiciados del acusado Federico y su consiguiente absolución, a pesar de no incluirse en ella expreso veredicto de inculpabilidad referido a dicho acusado, se desprende de la incongruencia que supondría una interpretación literalista del artículo 63.1.b) de la Ley del Jurado, cuando parece exigir, en todo caso, la necesidad de un pronunciamiento expreso acerca del veredicto de culpabilidad o inculpabilidad del acusado, con sus lógicas consecuencias en la ulterior Sentencia, tanto para la primera (art. 68) como para la segunda (art. 67) de tales alternativas, toda vez que, aplicando un criterio sistemático a la hermenéutica de dicho precepto, habría que entender que la frase condicional que lo encabeza, a saber, “Si se hubiese obtenido la mayo-

ría necesaria en la votación sobre los hechos...”, no significa sino que en aquellos supuestos en los que, como en el presente, tal mayoría no se obtiene ni en uno ni en otro sentido, pues el resultado de la votación sobre la premisa fáctica inculpatória fue de seis favorables (menos de los siete necesarios para aceptarla) y tres contrarios (que no alcanzan tampoco los cinco que serían exigibles para la declaración de inculpabilidad), no es factible someter al Jurado el referido pronunciamiento acerca de la culpabilidad del acusado.

La devolución del Acta, por consiguiente, vendría obligada tan sólo cuando se diera esa condición, dado que la inclusión en el precepto habrá de responder a alguna razón lógica, de la previa existencia de una “... mayoría necesaria en la votación sobre los hechos...”.

Lo que, por otra parte, también resulta razonable, al tener en cuenta que el juego de las mayorías para tener o no tener “por probado” un determinado hecho, en el caso de las proposiciones desfavorables, no supone tanto la de alcanzar un determinado número de votos cuanto el de no obtenerse los siete exigidos por la Ley, de manera que con sólo alcanzarse el número de tres de carácter negativo, aunque fueran seis los miembros del Jurado partidarios de la aprobación, el hecho resulta no acreditado, según la doctrina de esta misma Sala (STS de 18 de febrero de 2002 y 11 de noviembre de 2004, a la que más adelante volveremos, entre otras).

De ello deduce nuestro Magistrado Presidente que esa “mayoría necesaria” a la que se refiere el artículo 60.1 como requisito para la obligatoriedad del pronunciamiento acerca de la culpabilidad/inculpabilidad del acusado, ha de ser distinta de la que determina que el hecho resulte probado o no probado, a la vista de que con tan sólo tres votos, el desfavorable es considerado como no acreditado.

De modo que la devolución del Acta al Jurado, una vez que no ha existido mayoría suficiente para declarar como probado el hecho desfavorable base en el que se apoya

inexcusablemente la tesis de la Acusación, cuando se advierte asimismo una división de criterio entre los miembros del Tribunal que tampoco permitiría alcanzar el número de cinco partidarios de la prosperidad de un ulterior veredicto de inculpabilidad, conduciría, se llevase a cabo una primera vez o hasta las tres que la Ley permite antes del acuerdo definitivo de la disolución de ese Jurado, a un verdadero “callejón sin salida” (sic) que, evidentemente, no puede constituir nunca un objetivo previsto ni buscado por la Ley.

Pues también nos recuerda en este supuesto el Magistrado que el hecho cuya acreditación no pudo afirmarse por insuficiencia de votos en su apoyo no hacía referencia a una cuestión accesoría, circunstancial o prescindible para la declaración de culpabilidad sino, antes al contrario, al hecho mismo sustentador de la responsabilidad criminal del acusado, en concreto el de si fue él precisamente quien entregó al autor material del homicidio el arma con la que éste lo cometió.

Y a partir de ahí, el propio redactor de la Sentencia se formula la siguiente e interesante, a la par que inquietante, pregunta:

“Si un Tribunal de Jueces profesionales dicta siempre sentencia absolutoria ante una imputación delictiva asentada en un hecho que no se considera probado por mor del juego del principio *in dubio pro reo* ¿cabría realizar una interpretación de la norma reguladora del procedimiento ante el Tribunal del Jurado que, por razones estrictamente formalistas, impidiese llegar a la misma solución jurídica en un caso en que dicho Tribunal, en su función soberana de valoración de la prueba, declarase no probado el hecho base de la posible responsabilidad criminal del acusado?”

Incluso se nos ofrece una posible solución que, desde el punto de vista interpretativo respetuoso con la norma, diera contenido a la literalidad del referido artículo 60.1, en el sentido de que por “... mayoría necesaria en la votación sobre los hechos...” para

conducir a un obligado pronunciamiento en el ámbito de la culpabilidad habría que entender la existencia de un reparto de votos que arrojaría un resultado de siete o más a favor de la admisión del hecho desfavorable, base de la responsabilidad criminal, o de cinco o más contrarios a esa admisión, lo que haría factible un pronunciamiento posterior congruente sobre la culpabilidad/inculpabilidad del acusado.

En cualquier caso, el Magistrado Presidente concluye insistiendo en que el veredicto del Jurado, lejos de ser defectuoso y por ello merecedor de devolución, fue del todo correcto al rehuir los Sres. miembros del Tribunal, con la escueta pero enjundiosa justificación de “no votado al no haberse probado el hecho base de esta culpabilidad”, un prácticamente inconcebible pronunciamiento de inculpabilidad, forzado por la ausencia de probanza del hecho base de la responsabilidad, pero incongruente a su vez con el resultado mayoritario, aunque legalmente insuficiente para producir efectos probatorios positivos, de seis votos frente a tres en relación con el hecho desfavorable para el acusado, que además no alcanzaría tampoco los cinco necesarios para ser aprobado como tal veredicto de inculpabilidad según las exigencias del propio artículo 60.2, o, lo que aún hubiera sido más extravagante y grave, una declaración de culpabilidad cuando tres de los nueve miembros del Jurado habían determinado ya la decisión de no poder tenerse por probado aquel hecho incriminatorio y, por cierto, como consecuencia de ello sin haber sido posible tampoco entrar a partir de allí en el análisis de las siguientes proposiciones encaminadas a centrar los aspectos relativos a la concreta calificación de la participación en el hecho del acusado que, siguiendo las instrucciones previas del Presidente, quedaron irresueltos al faltar aquella inicial y genérica premisa fáctica que habría necesariamente de servirles como base.

2) Por su parte, el Tribunal de Apelación, al estimar el Primero de los motivos que en su Recurso ante él formuló el Fiscal,

rectifica esa decisión del Magistrado Presidente del Jurado, revocando la absolución del ahora recurrente, anulando el Juicio celebrado, en lo que a él respecta, y ordenando la celebración de un nuevo Juicio ante un Tribunal con distinta composición (...).

3) Ante tales argumentos contradictorios, nuestra postura sin duda ha de aproximarse mucho más a los sólidos, pormenorizados y razonables argumentos de la Sentencia del Tribunal del Jurado, frente a la parca respuesta ofrecida en réplica de aquella (...).

Evidentemente, el objeto de nuestro debate es otro, más complejo y, por supuesto, inicialmente opinable, a saber, si el resultado de la votación acerca del hecho desfavorable que constituye la base imprescindible para la declaración de culpabilidad es contrario a tenerle por acreditado, de acuerdo con el régimen de mayorías del artículo 59.1, ello priva o no de sentido a la necesidad a que alude el artículo 60 de un pronunciamiento acerca de la culpabilidad/inculpabilidad del acusado, cuando se da además la circunstancia especial de que los votos contrarios a la consideración como probada de aquella proposición fáctica incriminatoria no llegan a los cinco precisos para afirmar posteriormente la inculpabilidad.

Y, en ese sentido, asumiendo, por consiguiente, el criterio de la Sentencia dictada en la primera instancia y los lógicos razonamientos en los que aquella se apoyó, tan sólo nos restaría aquí poner de relieve, para reforzar semejante conclusión, alguna de las graves consecuencias a las que nos conduciría las tesis de la del Tribunal Superior, secundadas por la Fiscalía y el resto de las Acusaciones.

En efecto, la anulación del Acta del veredicto y repetición del Juicio ante un nuevo Jurado, más allá de los graves inconvenientes de todo orden que ello reporta y lo contrario que resulta respecto del régimen propio del procedimiento seguido ante la Justicia técnica, habida cuenta de que el defecto apreciado se referiría, en ese caso, a un quebrantamiento formal “in iudicando”, no “in

procedendo”, y, por ello los efectos de tal anulación se retrotraerían, tan sólo, al momento de la comisión de ese vicio formal, es decir, al de la devolución del Acta por el Presidente al Jurado para que éste prosiguiera su deliberación respetando los pronunciamientos ya alcanzados correctamente en ella, constituye, no obstante, la solución prevista expresamente y de manera especial en la Ley del Jurado, aunque exclusivamente para el Recurso de Apelación [arts. 846 bis.f) en relación con el 846.bis.a)], toda vez que el correspondiente precepto de la Casación lo que establece, a semejanza de lo ya dicho para la generalidad de los procedimientos, es que “Cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho”.

Precepto que en principio es el que había que aplicar si fuera este Tribunal y no el de Apelación quien acordase la anulación del procedimiento de instancia

Solución ésta de la repetición íntegra del Juicio en casos como el presente, sin previsión expresa en la regulación del Recurso de Casación, que, no obstante, se vería por supuesto mucho más aconsejada y facilitada, a pesar de todos los inconvenientes legales y prácticos existentes, si la decisión última del Jurado hubiere conducido a una Resolución condenatoria pues, en ese caso, la expectativa de un resultado distinto y más favorable para el reo podría avalar su razón de ser, desde el reconocimiento a éste de su derecho a un Juicio con todas las garantías (art. 24 de la CE), para depurar la integridad del enjuiciamiento.

Pero no podemos olvidar que aquí nos hallamos ante una absolución, apoyada en el dato incontestable de un pronunciamiento sobre los hechos, ya correctamente alcanza-

do por el Juzgador legalmente constituido en el progresivo discurrir lógico de su decisión, que excluye la base fáctica necesaria para la declaración de culpabilidad y que las Acusaciones, en buena lógica y en el nuevo Juicio, pretenderían sustituir con la obtención de una futura condena.

Porque de optar por la repetición íntegra del Juicio ante un nuevo Jurado, como hace la Sentencia recurrida, sin duda en su caso y por tratarse de una Apelación aplicando con la previsión de la Ley especial para esta clase de supuestos, nos encontraríamos con que quien ya fue juzgado, con todas las garantías y requisitos legales para ello, tanto materiales como formales, obteniendo un indiscutible pronunciamiento fáctico, adoptado también de acuerdo a los requisitos establecidos en la propia Ley, que declaraba la insuficiencia de acreditación de su participación delictiva en los hechos enjuiciados, todo ello conforme a la convicción de un Jurado compuesto expresamente para ese enjuiciamiento, ahora se enfrentaría a la eventualidad contradictoria de ser hallado partícipe en ellos, por un nuevo y distinto Tribunal, y lo que pudiera resultar aún más insoportable, incluso con una nueva calificación jurídica de lo acaecido como delito de Asesinato, cuando dicha hipótesis, que era la inicial de las Acusaciones, ya se encuentra rechazada con plena firmeza para el otro acusado, objeto de condena como autor material de un Homicidio.

(...)

Razones, en definitiva, que nos llevan a confirmar, aún más si cabe, el acierto del Magistrado-Presidente del Jurado en el criterio aplicado para la resolución de un problema procesal tan complejo y difícil como el abordado en esta ocasión.

Por ello, el Segundo motivo como ya quedó dicho y, con él, el Recurso parcialmente, deben estimarse, procediendo, como consecuencia de tal estimación, el dictado de la correspondiente Segunda Sentencia.

Sentencia 611/2008, Sala de lo Penal del TS, de 10 de octubre de 2008

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 789.3 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Desvinculación jurisdiccional del módulo cuantitativo empleado por las acusaciones que no vulnera las exigencias del principio acusatorio tal y como viene siendo entendido tras el Acuerdo Plenario de 20 de diciembre de 2006.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La vinculación cuantitativa del órgano decisorio a la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones ha sido objeto de consideración en numerosas ocasiones por esta Sala, habiendo dado lugar a un acuerdo de Pleno no jurisdiccional, fechado el 20 de diciembre de 2006, con el fin de unificar criterios en materia tan ligada al principio acusatorio y, como consecuencia de ello, al derecho de defensa y a los principios de contradicción y seguridad jurídica.

La impugnación del recurrente, sin embargo, se mueve exclusivamente en el ámbito de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación. Tal enfoque se justifica argumentando que "... no desconoce esta parte que todo Tribunal sentenciador en su función de individualizar la pena, tiene la facultad de hacerlo sin estar vinculado por la solicitada por la acusación, siempre que no se aparte del marco impuesto por el principio de legalidad e imponga una pena que responda a la previsión legal. Precisamente por ello, el presente motivo no se fundamenta en una vulneración

del derecho a la tutela judicial efectiva por violación del principio acusatorio".

B) No es éste, sin embargo, el criterio proclamado por esta Sala que, después de algunas vacilaciones, ha despejado cualquier duda al respecto, abarcando en el contenido del principio acusatorio la prohibición de imponer una pena superior a la instada por las acusaciones, incluso, aunque en el proceso de individualización de la pena, no se apartare del marco legal definido por las partes.

De ello nos hacíamos eco en nuestra STS 504/2007, de 28 de mayo. Allí razonábamos que la propia Sala Segunda, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la discrecional facultad de la Sala sentenciadora (...).

En la jurisprudencia constitucional tampoco han faltado pronunciamientos que excluyen del contenido del principio acusatorio la fijación del "quantum" de la pena. Tal principio —razona el Tribunal Constitucional— no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al

“petitum” de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un *factum*, que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia procesal, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal (...).

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: “El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. Así, la STS 393/2007, de 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio.

(...)

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al “factum” sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurispru-

dencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda fijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: “... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...” (...).

Este es, en fin, el actual estado del debate y a la solución mayoritaria de la Sala hemos de atenernos. Con ello nuestra jurisprudencia, a partir del tantas veces mencionado Acuerdo de 20 de diciembre 2006, ha ganado en firmeza, eliminando algunas dudas nada favorables a la vigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Se ha logrado, además, la coincidencia, siempre deseable, con alguno de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que sugerían similar criterio a la tesis ahora proclamada por la Sala Segunda.

No es, desde luego, el único entendimiento posible del principio acusatorio. Su vigencia mira de modo preferente a la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo y, al propio tiempo, a la indispensable y nítida separación funcional entre la tarea de acusar y la labor decisoria. Son estos pilares básicos, concebidos como presupuestos inderogables para eliminar cualquier riesgo de indefensión, los que han de servir de referencia para deducir los enunciados inherentes al principio acusatorio. Y resulta más que conveniente que los postulados que luego se revisten de carácter axiomático, presentados como obligada consecuencia de aquel principio, no sean, en realidad, el re-

sultado de una interpretación extensiva ajena a su verdadero significado histórico e innecesaria desde el punto de vista estrictamente constitucional. La vinculación del Tribunal a los términos en que el objeto del proceso ha sido definido por las partes no se establece para mantener al órgano decisorio en el reducido espacio que le reserve la voluntad de las partes, sino para asegurar una posición de neutralidad e independencia respecto de las respectivas posiciones de la acusación y defensa. Y es que, admitido que el objeto del proceso es un “factum”, no un crimen, tan grave para el justiciable es que el Juez se convierta en Fiscal, difuminando su estatuto constitucional de imparcialidad, como que el Fiscal se convierta en Juez, asumiendo el ejercicio de funciones decisorias que deberían seguir siendo estrictamente jurisdiccionales. Desde este punto de vista, sería perfectamente razonable entender que la individualización de la pena, siempre que los presupuestos fácticos sobre los que aquélla ha de apoyarse —las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, ex art. 66.6 CP—, sean objeto de debate y están abarcados en la motivación judicial, debería reservarse a la tarea jurisdiccional. La decisión acerca de la pena procedente no tiene por qué generar una coincidencia valorativa entre el Ministerio Fiscal —órgano constitucional cuyo espacio funcional y principios rectores define el art. 124 de la CE— y los Jueces y Tribunales que ejercen la genuina función jurisdiccional. Lo contrario implica imponer a estos últimos la resignada aceptación de un desenlace punitivo que, dentro del margen posible, puede estar inspirado en coyunturales razones de política criminal, tan legítimas como ajenas a los parámetros valorativos que, conforme a las reglas de individualización de la pena, han de ponderar los órganos jurisdiccionales.

Sea como fuere, el criterio proclamado por esta Sala en el acuerdo de 20 de diciembre de 2006 —luego completado mediante el posterior acuerdo de 27 de noviembre de

2007— delimita los términos de nuestra solución al supuesto sometido a juicio.

C) Según puede leerse en el acta del juicio oral, el Ministerio Fiscal, en el momento de la formulación de sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de denuncia falsa —por el que solicitó un año de prisión y 12 meses de multa a razón de 12 euros por día—, en concurso medial con un delito de estafa procesal, por el que interesó una pena de 11 meses de prisión y multa de 5 meses a razón de 12 euros diarios. La Audiencia Provincial absolvió al acusado del delito de estafa procesal y condenó a éste, como autor de un delito de denuncia falsa, previsto y penado en el art. 456.1.2.º a la pena de 15 meses de multa a razón de 30 euros la cuota diaria.

Esta Sala no puede compartir la argumentación del recurrente acerca del supuesto exceso cuantitativo en el que habría incurrido el Tribunal “a quo”. No existió tal. Formulada acusación por un delito de acusación y denuncia falsa del art. 456.1.1 del CP —que sanciona la mendaz imputación de un delito grave con la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses—, si el órgano decisorio estima que los hechos han de ser calificados con arreglo al art. 456.1.2.º —que castiga con pena de multa de 3 a 6 meses, si se imputare un delito menos grave—, ninguna quiebra del principio acusatorio se produce. En efecto, alterado el marco punitivo previsto para la sanción más grave, el Tribunal puede individualizar la pena pecuniaria sin la referencia que ofrecía la inicial petición del Ministerio Público. Y es que conviene tener presente que los parámetros valorativos con los que ha de concretarse la pena de multa, pueden experimentar una alteración cuando esa respuesta pecuniaria deja de ser una pena compuesta —sumada a la de prisión— para convertirse en pena única. De ahí que mal pueda hablarse de exceso del órgano decisorio al convertir los 12 meses iniciales en 15 me-

ses y al sustituir los 12 euros diarios por 30 euros de cuota.

En el presente caso, además, se da una circunstancia añadida que refuerza, si cabe, la conclusión de esta Sala acerca de la procedencia de la desvinculación jurisdiccional respecto del módulo cuantitativo empleado por las acusaciones. En efecto, en el FJ 4.º de la sentencia de instancia se desliza un error en el razonamiento que inspira el proceso de individualización de la pena que, ahora, en sede casacional, ha de jugar a favor del recurrente, pero del que no puede prescindirse en el momento de valorar si existió o no error en la determinación final de la pena. Afirma la Sala de instancia que “... en cuanto a las consecuencias penales derivadas del hecho delictivo, debemos significar que, concurriendo los requisitos del art. 456, tal y como se ha significado, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular se ha procedido incorrectamente a solicitar una pena de prisión por aplicación de la penalidad establecida en el art. 456.1.1.º, más lo cierto es que los delitos que se imputan en la querella, falsedad documental del art. 392 en relación con el art. 390 del CP, y delito societario del art. 290 y ss del CP, llevan aparejada una pena menos grave (prisión de seis meses a tres años y multa el primero, y prisión de hasta tres años el segundo), ex art. 33 del CP, por lo que la pena a imponer será, por aplicación del art. 456.1.2 de multa de 12 a 24 meses” (sic).

Mal se entiende por qué la Sala de instancia ha tomado como referencia para definir los límites de su capacidad decisoria, la calificación jurídica de los hechos tal y como fueron considerados en la querella. El objeto del proceso se formaliza mediante las

conclusiones definitivas. Es más, los arts. 277 y concordantes de la LECrim. exigen que la querella contenga “... la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren”, pero no impone, por más que sea práctica habitual en el foro, que incorpore una calificación jurídica de los mismos. En consecuencia, para decidir sobre la correcta calificación de los hechos por las acusaciones, el Tribunal “a quo” no debió atender a la querella, sino a las conclusiones definitivas. Y en el juicio oral —así se desprende de la lectura del acta y de los propios antecedentes de hecho de la resolución impugnada— el Ministerio Fiscal propugnó una calificación jurídica que estimaba los hechos constitutivos de un delito de acusación y denuncia falsa en su modalidad de imputación de un delito grave (art. 456.1.1.º). Así resultaba obligado, en la medida en que también se consideraban los hechos como constitutivos de un delito de estafa procesal de los arts. 248 y 250.1.2.º del CP. Con arreglo a este último precepto, el delito de estafa procesal, habida cuenta de su configuración típica como forma agravada de estafa, se castiga con la pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. Y está fuera de dudas que esa pena privativa de libertad excede sobradamente el tope de los 3 años, en los que se define la frontera entre el delito grave y menos grave (art. 33 CP).

Cuanto antecede refleja que, ya sea por la vía del genuino significado del principio acusatorio, ya por la verdadera definición de los límites cuantitativos en los que podía moverse el Tribunal “a quo” para individualizar la pena, no existió exceso alguno sancionable ahora en vía casacional.

Sentencia 644/2008, Sala de lo Penal del TS, de 10 de octubre de 2008

VIDEOCONFERENCIA

Arts. 731 bis LECrim.; 230 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el uso de la videoconferencia en el proceso penal que, aplicada en el caso de autos, conduce a negar la pretendida indefensión alegada por el recurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. Vulneración de los principios de intermediación, publicidad, contradicción y oralidad por haberse utilizado la videoconferencia para tomar declaración a algunos testigos. Todo ello contradice, según su opinión, el derecho a un juicio público y con todas las garantías consagrado en nuestra Constitución y en los textos internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por España.

Subraya que el principio general establece la comparecencia en el juicio oral de los testigos, si bien reconoce que el artículo 410 de la LECrim. establece una excepción genérica para todos aquellos que no estén impedidos de declarar, sin distinguir entre impedimento derivado de enfermedad, ausencia o cualquier otra circunstancia que por su específica naturaleza haga sumamente difícil la presencia corporal del testigo. Cuando el testigo o testigos residan en el extranjero, además de las normas derivadas del auxilio judicial multilateral o bilateral, se ha instaurado la posibilidad de que se utilicen las modernas tecnologías de la comunicación que permiten la comunicación en

tiempo real de una persona con sus interlocutores a través de la videoconferencia.

2. Un sistema procesal moderno no puede desconocer estas técnicas si bien, como es lógico, debe agotar todas las posibilidades de lograr la presencia real y de utilizar estas alternativas cuando sea prácticamente imposible la comparecencia por hallarse en lugares remotos o cuando lo aconsejen incluso razones de seguridad del testigo o también cuando la causa se ha demorado en exceso por incomparecencia o trabas reiteradas que la Sala puede valorar como obstruccionismo procesal.

3. Después de varias decisiones judiciales acordando este método y los reproches formulados a su legalidad y constitucionalidad, el legislador por LO 13/2003, introduce en la LECrim. el artículo 731 bis, cuyo texto conviene transcribir. “El Tribunal de oficio o instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema

similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ”.

El artículo citado de la LOPJ, siguiendo la pauta constitucional (artículo 120.2 CE) dispone que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

Asimismo la cobertura legal se encuentra reforzada en el artículo 230 de la LOPJ (modificada por LO 16/1994, de 8 de noviembre) que autoriza la utilización de “cualesquiera medios técnicos, electrónicos e informáticos”.

4. Desde la perspectiva del Derecho comparado, en países también sometidos a estatus jurídicos internacionales como los nuestros, se encuentran regulaciones muy anteriores a la nuestra. En Italia se admite de forma genérica en 1992 y, posteriormente, por leyes de 7 de enero de 1998 y 19 de enero de 2001, se contempla de manera específica, para detenidos y presos que, por su acreditada peligrosidad, no sea aconsejable someterlos a un traslado arriesgado. Así se regulan, entre otros países, en Francia y Estados Unidos. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona en sus reglas de procedimiento y prueba admite y utiliza, por razones obvias con mayor frecuencia, la técnica de la videoconferencia como sistema aceptable para celebrar diversos actos procesales.

5. De manera más específica, el Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial en materia penal (29 de mayo de 2000, art. 10.1.^o) dispone que “Cuando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, este último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición, se realice por videoconfe-

rencia tal como se establece en los apartados 2 a 8”.

A continuación desarrolla en estos apartados la forma de llevarla a cabo que sintéticamente se reducen a los siguientes pasos: a) Que contravenga los principios del derecho nacional; b) Que en la solicitud se explícite el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito; c) Presencia durante la audición de un funcionario judicial del Estado requerido; d) Presencia directa del funcionario judicial que ha solicitado la diligencia; e) Que se levante acta de lo acontecido con todos los datos necesarios para la identificación de los participantes; f) Regulación de las excusas para declarar y falso testimonio por el derecho nacional del Estado requerido.

En el apartado 9 se extienden estas previsiones a las declaraciones de los acusados, se aplicarán las normativas de protección de los derechos fundamentales incluido el derecho a no declarar, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

6. La cuestión, por tanto, no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías.

7. La validez de la videoconferencia tiene distinta dimensión cuando se trata de la utilización de esta tecnología sustituyendo la presencia de los acusados en el momento del juicio oral por su declaración a través de la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, que cuando se emplea para las manifestaciones de testigos y peritos. Como se puso de relieve en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 2005, el acusado debe tener un papel activo en el juicio oral por lo que adquiere relevancia su presencia física e incluso la posibilidad de la comunicación constante con su Abogado,

que no sólo se debe cumplir en los procedimientos de la Ley del Jurado, sino en toda clase de juicios orales.

No por ello se debe descartar totalmente la celebración de juicio por videoconferencia con los acusados y así lo contempla el Convenio Europeo antes citado, cuando lo exijan razones de seguridad derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los

alrededores de la sede del tribunal. En estos casos, si que debe motivarse las razones que se alegan para justificar esta decisión excepcional.

8. En consecuencia, estimamos que no existe ninguna irregularidad ni ha producido indefensión la utilización de la videoconferencia para celebrar las declaraciones testimoniales ni tampoco se han quebrantado los principios de publicidad, inmediación, oralidad y contradicción de los que ha dispuesto el acusado en toda su integridad durante la celebración del juicio.

Sentencia 686/2008, Sala de lo Penal del TS, de 18 de octubre de 2008

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. SENTENCIA DE CASACIÓN ANULADA EN AMPARO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Art. 5.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo Plenario de 15 de diciembre de 2000 (reproducido en el número 3 de la Revista) se dicta sentencia absolutoria a consecuencia de la dictada en amparo por el Tribunal Constitucional apreciando la vulneración de la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. La respuesta que los Tribunales penales de instancia dan a la pretensión punitiva sostenida en el proceso penal puede ser cuestionada mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo en los casos establecidos por la ley. Esta Sala puede inadmitir a trámite el recurso por alguna de las causas establecidas en la ley. En su caso, la sen-

tencia dictada al resolver el recurso puede ratificar los pronunciamientos de la dictada en la instancia o bien, en caso de estimación, y tratándose de un motivo por infracción de ley, puede anularlos, sustituyéndolos por otros diferentes al dictar una segunda sentencia, previa la casación y anulación de la recurrida, conforme al artículo 901 de la LECrim.

En cualquiera de los casos, la decisión definitiva en el orden jurisdiccional penal,

en caso de que haya sido interpuesto recurso de casación corresponde al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior, según el artículo 123 CE.

2. En los casos en los que el Tribunal Constitucional anula un Auto o una Sentencia de esta Sala, o los pronunciamientos de condena contenidos en la misma, por apreciar vulneración de derechos fundamentales, no pone adecuado fin a la cuestión suscitada en el proceso penal, ya que en realidad no se ha producido una respuesta definitiva en derecho a la pretensión punitiva ejercitada en la instancia, respuesta que no puede ser otra que la condena o la absolución de los acusados. La anulación de una condena puede suponer, implícitamente, una absolución, en cuanto que aquella deja de existir como tal. Pero en numerosas ocasiones, es posible que, tanto los pronunciamientos de condena subsistentes, como los de absolución, en el ámbito de la jurisdicción penal deben atender a otras cuestiones añadidas a los mismos, cuya resolución no corresponde, ni puede corresponder, al Tribunal Constitucional, y deben ser examinados para determinar su alcance, en casos de recurso de casación, por esta Sala, la cual, aplicando al caso el contenido de la resolución de aquel, dictará la resolución definitiva en el orden jurisdiccional penal.

3. Las respuestas definitivas a la cuestión penal planteada mediante el ejercicio de las acciones penales, resultan competencia y responsabilidad de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, a los que corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de forma exclusiva y excluyente, según el artículo 117 de la Constitución.

Por lo tanto, admitiendo a trámite el recurso de casación interpuesto por Lucio, procede ahora dar respuesta adecuada, expresa y firme, a la pretensión de condena mantenida por el Ministerio Fiscal en el proceso penal, dictando una sentencia que, acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el caso en relación a los derechos fundamentales afectados, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ, acuerde la condena o la absolución del acusado, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que a este Tribunal corresponde por mandato constitucional, como Tribunal Supremo del Estado, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

En este mismo sentido, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 15 de diciembre de 2000, adoptó el siguiente acuerdo: “En los procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por el Tribunal Constitucional”.

Segundo.—La sentencia del Tribunal Constitucional dictada en relación al caso actual, declara la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado que interpuso en su momento el recurso de amparo, como consecuencia de la inexistencia de pruebas válidas de cargo, en cuanto no consideró suficientemente corroborada la declaración del coimputado, única prueba incriminatoria.

Consecuentemente, aceptando expresamente el contenido de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el derecho fundamental afectado en el caso, procederá estimar ahora el único motivo del recurso de casación interpuesto por el condenado, declarando la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, y dictando a continuación segunda sentencia en la que expresamente se acordará su absolución.

Sentencia 668/2008, Sala de lo Penal del TS, de 22 de octubre de 2008

FALSEDAD DE CERTIFICADO Y DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Arts. 275 y 399 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se admite la compatibilidad entre los delitos de falsificación de certificado y contra la propiedad industrial, en un caso de botellas de vino a las que se pegan etiquetas falsas de denominación de origen.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. En orden a la compatibilidad de los delitos contra la propiedad intelectual y falsedad, la sentencia recurrida y el propio recurrente invocan la sentencia de esta Sala n.º 357 de 19 de marzo de 2004 que resolvía el recurso 813/2003, en la que se venía a establecer la separación entre ambas infracciones, que sólo en parte se solapan, pero que en cualquier caso atacan a bienes jurídicos diferentes, aunque repetimos, ello se consigue a través de la misma conducta (en todo o en parte coincidente). Decíamos en aquella ocasión y mantenemos ahora que “el legislador quiso robustecer la protección de la propiedad industrial con la introducción en el Código de 1995 del nuevo tipo previsto en el art. 275, pero no eliminar el delito de falsedad”. Hay en estos dos casos dos bienes jurídicos distintos, cada uno de ellos amparado por una norma penal diferente. El artículo 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo

de esa denominación de origen. Sin embargo, el artículo 399 ampara la confianza que el ciudadano tiene en una clase particular de documento oficial: el correspondiente certificado”.

Prueba de su compatibilidad es que se puede cometer un delito y no el otro y viceversa. Así, se incurría en delito de uso indebido de denominación de origen sin necesidad de cometer falsedad de la contraetiqueta, si, por ejemplo, se comercializa una botella con etiqueta que indique la denominación Rioja, sin serlo, pero sin añadir ninguna contraetiqueta; o también en un caso en que una bodega de Rioja perdiese todo el vino y embotellara otro de distinto origen, pero con las etiquetas auténticas en su momento facilitadas por el Consejo Regulador de la denominación de origen. E inversamente se cometería falsificación sin incidir en delito contra la propiedad industrial si una bodega, pongamos por caso, perdiese las contraetiquetas auténticas y las sustituye por otras falsificadas, pero los coloca en auténtico vino de Rioja. Los ejemplos serían innumerables.

Sentencia 657/2008, Sala de lo Penal del TS, de 24 de octubre de 2008

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY (ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA). ASESINATO CON AGRAVANTE DE PARENTESCO

Arts. 847 y 849.2 LECrim.; 23, 139 y 153 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo Plenario de 22 de julio de 2008 (reproducido en el número 25 de la Revista de Derecho Penal) y tras recordar los límites que deben observarse cuando al amparo del motivo de infracción de ley del 849.2 LECrim. se impugna una sentencia de apelación en causa con jurado, la Sala desestima el motivo por carecer de carácter documental lo aportado por el recurrente. Por otra parte, se ratifica el criterio jurisprudencial que hace de la muerte de un niño de pocos meses siempre un asesinato, por concurrencia de alevosía, además de apreciar la circunstancia agravante de parentesco. También, se determina el alcance de los malos tratos en el medio familiar, previstos como delito en el artículo 153 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Sin necesidad de abundar en citas jurisprudenciales, la simple lectura del *factum* pone de manifiesto la corrección del criterio que considera aplicable la agravante de alevosía. Reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda —de la que las SSTS 357/2005, de 22 de marzo y 49/2004 de 22 de enero son fieles ejemplos— incluye entre las modalidades de ejecución alevosa —junto a la alevosía proditoria y la alevosía súbita o inopinada— la llamada alevosía de desvalimiento que, en palabras de la Sala Segunda, es apreciable cuando el sujeto agente aprove-

cha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.

A partir de esa idea, es ciertamente difícil negar el carácter alevoso a la muerte de un recién nacido, de apenas 3 meses de edad, ocasionada —según declaró probado el Jurado— después de que el acusado estrellara a su hijo “... contra la pared u otra superficie dura golpeándole, al menos, en dos ocasiones, lo que le produjo traumatismo craneoencefálico con fractura de la base del cráneo y hemorragia subaracnoidea, determinando tales lesiones su fallecimiento...”.

Y la claridad de esa conclusión no puede empañarse, desde luego, con apoyo en la controversia dogmática acerca del carácter objetivo-subjetivo-mixto de la agravante de alevosía. En el mundo real lo objetivo y lo subjetivo no aparecen seccionados artificialmente, hasta el punto de negar cualquier interferencia entre ambos planos. Quien acaba con la vida de un niño de tres meses, es cierto que no tiene que desplegar un esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también está fuera de dudas que es su propia y exclusiva selección de la víctima la que le proporciona una ejecución sin riesgo.

La STS 756/1993, de 2 de abril, ya se hacía eco de la doctrina de la Sala Segunda y, aun reconociendo la existencia de pronunciamientos en los que esta doctrina había sido cuestionada, admite de manera general la alevosía como aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento, en el caso de niños, enfermos graves y ancianos debilitados. Más recientemente, las SSTS 119/2004, de 2 de febrero, 433/2004, de 2 de abril y 2047/2000, de 28 de diciembre, son fiel exponente de una línea jurisprudencial que —salvo en supuestos absolutamente excepcionales— ha venido considerando la muerte de un recién nacido como constitutiva de un asesinato, precisamente, por la concurrencia de alevosía.

(...)

Tercero.—(...)

II. El tercero de los motivos estima indebidamente aplicado el art. 153 del CP, en relación con el art. 173.2 del mismo texto legal.

Una vez más, el recurrente se aparta del presupuesto que impone la vía exigida por el art. 849.1 de la LECrim., esto es, la aceptación del “factum” como premisa para discutir el juicio de subsunción efectuado por la Sala. En él se dice que “... en fecha no determinada pero posterior al nacimiento del hijo y anterior a los hechos que han dado lugar a esta causa, Carlos Francisco la gol-

peó en el ojo de su esposa causándole lesiones apreciables a simple vista y por las que no solicitó asistencia médica”.

Esta secuencia fáctica ha sido calificada, con evidente acierto, como integrante de un delito del art. 153 del CP. En este precepto, en la redacción operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se castiga a quien por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad. Es cierto que la catarata legislativa con la que, en los últimos años, ha pretendido hacerse frente al fenómeno de la violencia doméstica, ha complicado sobremanera el proceso jurisdiccional de aproximación a unos tipos que, olvidando elementales exigencias de técnica legislativa, son objeto de rectificación antes de su efectiva aplicación por los Tribunales. La reforma antes apuntada —desplazada en su vigencia por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, todavía no vigente en la fecha de comisión de los hechos enjuiciados—, procedió a la agravación de las penas a partir de la consideración como delito de agresiones aisladas, con independencia de su resultado que, de no haberse producido entre el círculo de sujetos a que se refiere el art. 173.2 del CP, serían constitutivas de una falta de maltrato del art. 617.1 y 2.

Conforme a su literalidad, parece fuera de dudas que propinar un golpe en el ojo a la propia esposa, ocasionándole lesiones apreciables a simple vista, integra el delito allí descrito. Ese golpe, más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de Almudena, se produce en un contexto familiar de degradación de los principios y valores que han de regir la convivencia, aspectos que el precepto aplicado pretende tutelar penalmente y cuya constitucionalidad ha sido ya avalada (cfr. ATC 233/2004, de 7 de junio y STC 100/2008, de 24 de julio y demás resoluciones dictadas en la misma fecha por el

Pleno del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas referidas al art. 153 del CP).

En definitiva, tanto si entendemos que se trató de una agresión directa como si atendemos al testimonio del acusado y declaración complaciente de la lesionada y consideramos que se trató de un empujón con posterior golpe contra una puerta, estaríamos ante el delito consumado del art. 153 del CP.

Tiene también razón el Ministerio Fiscal cuando advierte, por motivos de estricta legalidad, la existencia de un error jurídico en la determinación de la pena. En efecto, la sentencia de instancia condena por un delito del art. 153 del CP y, de forma improcedente, considera que concurre la circunstancia agravante de parentesco, razón por la cual impone la pena en la mitad superior y en su cuantía mínima, al no concurrir ninguna circunstancia de agravación que prevé el precepto en su segundo párrafo, en la redacción operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Sin embargo, se ha apreciado incorrectamente la circunstancia de parentesco en relación con este delito de maltrato. Y es que el parentesco representa un elemento del tipo objetivo previsto en el art. 153, al requerir que la violencia se ejerza, entre otros posibles sujetos, sobre su cónyuge. Es claro, pues, que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *non bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opondría, por lo demás, el mandato del art. 67 del CP.

(...)

En suma, las dos atenuantes que reclama la representación legal del acusado son de imposible aplicación. Y la agravante de parentesco —cuestionada en su procedencia— ha sido valorada con acierto por el órgano de instancia. La pretendida exclusión de esa agravante se fundamenta —a juicio del recurrente— en que éste “... amaba a su hijo, fue un bebé buscado (de hecho, su mujer ha

vuelto a ser madre) y querido, no deseándole en momento alguno ningún mal”.

Esta línea de razonamiento, no sólo se aparta del *factum*, sino que es contraria a lo que esta misma Sala ha declarado de forma reiterada respecto del fundamento de esa agravación. En efecto, la circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del Código Penal está fundada en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio “*pietatis*” causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación (cfr. STS 147/2004, de 6 de febrero). Esta circunstancia, en fin, resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su inaplicación práctica como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley, dirigido a evitar esa clase de conductas en tales casos (cfr. SSTS 1153/2006, de 10 de noviembre y 682/2005, de 1 de junio).

(...)

Cuarto.—El quinto de los motivos se articula con fundamento en el art. 849.2 de la LECrim, denunciando infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador.

Los documentos que demostrarían el error decisorio están representados, en opinión del recurrente, por las declaraciones que obran en la causa y por el informe pericial prestado por los doctores Eusebio y Jesús Ángel.

El motivo no puede ser atendido.

La impugnación de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver la apelación entablada en un procedimiento por Jurado, por la vía del art. 849.2 de la LECrim., reabre el debate dogmático y jurisprudencial acerca del alcance y límites de la revisión casacional del criterio valorativo del Jurado. Es cierto, como se ha encargado de reiterar la jurisprudencia de la Sala Segunda —no sin alguna inicial excepción—, que el objeto del recurso de casación es la sentencia emanada del Tribunal Superior de Justicia. También lo es, con toda claridad, que el art. 847 de la LECrim. admite el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra aquellas sentencias, no cuestionándose en la actualidad la posibilidad de impugnación casacional encaminada a demostrar un error en la valoración de documentos que obren en la causa (cfr. SSTs 16 de octubre de 1998, 1 de octubre de 1999, 3 de noviembre de 2001, 8 de mayo de 2002 o 2 de enero de 2003). Así se pronunció también esta Sala en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008.

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina la visible contradicción que representa el hecho de que, mediante la impugnación autorizada por el art. 849.2 de la LECrim., se contribuya a crear un recurso de casación de un ámbito cognitivo más amplio que el que define el singular recurso de apelación regulado por el art. 846 bis c) de la LECrim. Con ello se intro-

duciría una quiebra estructural en el significado mismo del procedimiento del jurado y, al propio tiempo, en el significado conceptual de los recursos de apelación y casación.

No es descartable que una copia precipitada por parte del legislador de 1995 del art. 116 de la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888 esté en el origen de la confusión padecida. En efecto, en aquel precepto se admitía sin ambages que contra la sentencia dictada por la Sección de Derecho en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, podía interponerse el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma. Esa impugnación se completaba con la férrea tutela jurisdiccional de la congruencia técnica del veredicto, tal y como prevenían los recursos de reforma y revista al alcance de la Sección de Derecho para devolver aquellas decisiones del órgano popular que adolecieran de conclusiones probatorias inaceptables (arts. 107 y ss. Ley 20 de abril de 1888). Sin embargo, en lo que se refiere al ámbito casacional, conviene no perder de vista que el recurso de casación por infracción de ley en el que pensaba el legislador de 1995 nada tenía que ver con el recurso de casación por infracción de ley que tuvo presente el legislador de 1888. Y es que la versión histórica del recurso de casación por infracción de ley no incorporaba el error de hecho como motivo de impugnación. El art. 849 de la redacción originaria de la LECrim. era fiel a la configuración tradicional del recurso de casación como un medio impugnativo encaminado exclusivamente a examinar, con riguroso respeto al hecho probado, la calificación jurídica llevada a cabo por el Tribunal. Fue mucho más tarde cuando el legislador ensanchó las posibilidades de ponderación y examen de la apreciación probatoria llevada a cabo en la primera instancia por el órgano decisorio.

Cuanto antecede abona la conclusión de que el respeto a la conclusión probatoria forma parte del sistema de jurado, sin perjuicio de admitir, claro es, vías de impugnación frente a conclusiones irrazonables o irrespetuosas con el derecho constitucional

a la presunción de inocencia, tal y como hoy autorizan los arts. 846.bis.c) apartado e) y 852 de la LECrim.

Sea como fuere, en el presente supuesto el motivo ha de ser rechazado por la simple aplicación de la doctrina jurisprudencial que niega a las actas de juicio y a las declaraciones de los testigos el carácter de documento a efectos casacionales (...). Tampoco tiene el carácter de documento y por tanto carece de virtualidad impugnatoria, el soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, de 14 de febrero y 284/2003, de 24 de febrero).

De ahí que el esfuerzo argumental encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio esté condenado de antemano a ser inatendido.

La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado de forma reiterada —cfr. SSTS 434/2007, 16 de mayo y 485/2007, de 21 de mayo, con cita de la STS 601/2003, de 25 de abril—, la excepcional virtualidad de la prueba pericial para modificar los hechos, siempre y cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere levemente su sentido originario; o b) cuando se cuenta sólo con dicho dictamen, o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclu-

siones divergentes con los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS 1498/2000, de 30 de septiembre y 1873/2002, 15 de noviembre).

El examen de los documentos invocados, sin embargo, evidencia que ninguno de ellos cumple con el requisito de la literosuficiencia para acreditar el error que se pretende justificar. Y es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En el presente caso, el Jurado expresó con plausible rigor las razones por las que descartaba que las lesiones padecidas por el hijo del acusado se hubieran originado como consecuencia de una caída accidental —folios 214 y ss.—. En definitiva, esa opción valorativa, que antepuso las conclusiones del informe médico-forense a las consideraciones vertidas en el acto del juicio oral por don Eusebio y Jesús Ángel, no es sino la genuina expresión de la soberanía decisoria del Jurado. Esta conclusión, además, es razonable y lógica, sin que pueda ser tachada de arbitraria o contraria a las reglas que rigen la valoración racional de la prueba.

El motivo carece de fundamento y ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim.).

Sentencia 696/2008, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2008

PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET

Arts. 14, 189.1.b) y 3.a) Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

A efectos de determinar la existencia del delito de difusión de pornografía infantil y, a la vista de la alegación de error por parte del sujeto en relación a la ilicitud de su conducta, se recuerda el alcance y la relevancia del almacenamiento de información en la carpeta (de archivos) “Incoming” del programa informático “Emule” (en el mismo sentido, la STS 739/2008, de 12 de noviembre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En primer lugar, debemos recordar que el error en derecho penal, viene a ser la foto en “negativo” del dolo. Si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía. Por ello, el error puede afectar bien al conocimiento, o bien al consentimiento, y ello da lugar a dos tipos de error, error de tipo y error de prohibición, el primero es un error sobre la tipicidad y por tanto sobre la antijuridicidad, el sujeto concernido ignora que la acción que ejecuta está prohibida por la Ley. El segundo es un error sobre la culpabilidad o capacidad de reproche. El sujeto concernido ignora que está ejecutando la acción antijurídica.

En definitiva tanto el error de tipo como el de prohibición son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad penal en distinta medida según que se trate de creencia vencible en invencible, por eso el error es un estado psicológico del sujeto que tiene una relevancia normativa —SSTS de 11 de septiembre de 1996 y 826/2003 de 9 de junio—.

Ahora bien, tanto el dolo como el error en cuanto se remiten al conocimiento y consentimiento del sujeto no son objetivables de una manera directa, no son hechos físicos, son hechos psíquicos cuya acreditación lo es por vía indirecta, son de alguna manera, más aprehendidos que comprobados, dada su naturaleza interna.

El hecho psíquico, salvo declaraciones del propio autor del hecho psíquico debe ser reconstruido mediante una constelación de indicios —por eso hemos dicho que los hechos psíquicos se aprehenden más que se demuestran— pero de esa forma indirecta se

llega al verdadero objeto de la determinación probatoria: si conoció o no, si quiere o no, si tenía esta intención u otra, etc. etc.

Por eso el verdadero objeto de la prueba son esos datos objetivos que permite trazar el juicio de inferencia para arribar a la conclusión de que existió ese hecho subjetivo ya conectado con el conocimiento con la voluntad.

Esta labor de aprehensión del dolo o de su negativo, el error corresponde al Tribunal sentenciador ante el que se reprodujo la prueba, se escucharon los testimonios, las alegaciones de la acusación y defensa.

Cuando se impugnan las conclusiones, vía recurso, y en concreto, ante esta sede casacional en el ámbito del recurso de casación, el control que debe efectuar esta Sala es el de verificar los juicios de inferencia y de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal sentenciador para comprobar si estas se sustentan en una suficiente prueba así como la razonabilidad de la argumentación para alcanzar el canon de certeza más allá de toda duda razonable y si, en definitiva, el modelo de argumentación utilizado está aceptado por la comunicacional jurídica —STC 262/2006—, lo que garantiza la interdicción de toda arbitrariedad, lo que es de especial exigencia es el quehacer judicial, singularmente en el orden penal por la incidencia de las decisiones judiciales en el derecho fundamental de la libertad. Con ello se impide que prospere toda decisión fundada en una argumentación ilógica, extravagante o contraria a los valores constitucionales —SSTS 956/2000, 751/2002, 1260/2006 o 120/2008—.

La tesis del recurrente es que ignoraba que al descargarse archivos de contenido pedófilo con empleo de niños menores de 13 años —lo que no se niega, sino que se dice que eran para su visionado privado—, automáticamente tales archivos en la medida que se almacenaban y allí quedaban en la carpeta Confing e Incoming estaban a disposición de otros usuarios del programa Emule. Es decir, el recurrente viene a reco-

nocer que no ignoraba la antijuridicidad de distribuir material pedófilo. Lo que dice es que ignoraba que estaba ejercitando esa acción, esto es, alega un error de prohibición porque el error afectaba a la culpabilidad, y por tanto, al ignorar el hecho de la distribución, estima que no puede ser condenado por dicho delito al no existir culpabilidad en su acción. Por eso acepta solo la comisión de la figura del n.º 2 del art. 189 —posesión de material pornográfico para uso propio—.

Pues bien, esta tesis es rechazada por el Tribunal de instancia en los términos ya expuestos. En este control casacional tales razones aparecen consistentes y suficientes para rechazar la tesis de la ignorancia y al respecto, es preciso recordar que el error ha de ser demostrado de forma indubitada, por quien lo alega. En el presente caso, el recurrente no es un principiante en informática para el Tribunal de instancia y ello lo funda en los siguientes datos:

- a) En el Plenario reconoció estar conectado a Internet unas cuatro horas diarias y en los fines de semana más tiempo.
- b) Había participado en redes de hackers, leído libros sobre el tema y a través de este foro se introdujo en el tema de la pornografía infantil.
- c) Tenía instalado el Emule desde hacía unos tres años.
- d) Se trata de una persona socializada y con un nivel cultural, al menos con un estándar medio, nació en el año 1977, vive en Madrid y es de profesión auxiliar administrativo.

En este escenario y con estos datos, el Tribunal sentenciador entendió que la alegación de ignorar que la carpeta Incoming de Emule en el que tenía los archivos pedófilos que se había descargado y que permitía que fueran compartidos por terceros usuarios de Emule, no es creíble, y en esta sede casacional estimamos que esta conclusión es de una razonabilidad extrema.

En efecto, para cualquier persona usuaria de las herramientas informáticas y que en

concreto tenga instalado el programa Emule y lo haya utilizado, al menos el tiempo que el propio recurrente reconoce haberlo hecho, sabe que al descargarse ficheros en la carpeta Incoming (lo que se efectúa automáticamente), tales ficheros quedan a disposición de otros usuarios que de esta forma acceden a los mismos ya que, precisamente, la característica del programa estriba en que se trata de archivos compartidos de forma y modo que todo usuario de Emule que se descarga archivos, bien en este caso de contenido pedófilo o de materias inocuas, tales como películas, música, etc., en el momento de la descarga en el fichero Incoming puede hacer tres cosas:

a) Dejarlo en dicho fichero con lo que está permitiendo explícitamente el compartir estos archivos con terceros usuarios del programa porque el fichero Incoming es un acceso transparente a terceros.

b) Borrarlo si lo desea.

c) Llevarlo de dicho fichero Incoming a un disco duro externo, pasarlo a un CD etc., con lo que se impide la difusión a terceros.

Estas posibilidades y la consecuencia de compartir con terceros los archivos incluidos en la carpeta Incoming es de general conocimiento para cualquier usuario del programa.

Precisamente, al ser el Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso a él, el solicitante debe compartir los archivos que pone en la carpeta Incoming; de suerte que cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de tener acceso a otros archivos porque la esencia del programa es precisamente el intercambio de archivos. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros archivos y, así, sucesivamente.

La esencia del programa es el intercambio, y para intercambiar hay que compartir.

Sentencia 724/2008, Sala de lo Penal del TS, de 4 de noviembre de 2008

LESIONES. DISTINCIÓN DELITO-FALTA

Arts. 147 y 617 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia de la fluctuante línea de separación delito-falta en el delito de lesiones, en relación con dos casos como la prescripción de fármacos y el tratamiento ortopédico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El delito de lesiones, tal y como lo describe el art. 147.1 del CP, ha dado lugar a una amplia jurisprudencia de esta Sala, tratando de precisar el alcance de los elementos que definen el tipo. La interpretación de lo que por tratamiento médico deba entenderse no es, desde luego cuestión pacífica. Se trata de un concepto normativo que no puede identificarse, sin más, con la simple prescripción médica ni, por supuesto, con la intervención de un facultativo, más allá de su estricta y objetiva necesidad para la curación de las heridas. De ahí que, en términos jurídicos, aquella noción pueda hacerse equivalente con la idea de una asistencia facultativa, sumada a la primera atención médica, y que resulte objetivamente necesaria para la curación del lesionado.

Hemos dicho que por tratamiento médico hay que entender aquel que parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerle remedio (SSTS 1681/2001, de 26 de junio, 1221/2004, de 27 de octubre y 1469/2004, de 15 de diciembre, por citar sólo algunas).

En el presente caso, lo que se trata de discernir es si la aplicación de un tratamiento farmacológico —prescrito a ambos policías lesionados— o de un tratamiento ortopédico —aplicado a uno de ellos— integra o no la noción legal de tratamiento médico.

En relación con la primera de las cuestiones, esta Sala ha proclamado, por ejemplo, que tomar analgésicos durante tres

días no se considera tratamiento médico (cfr. STS 894/2006, de 13 de septiembre y 914/1998, de 6 de julio). No faltan, sin embargo, resoluciones que estiman que la ingesta de fármacos o analgésicos sí puede integrar el concepto de tratamiento médico, si bien en la mayoría de los casos se trata de lesiones acompañadas de otros menoscabos físicos objetivados mediante el oportuno dictamen médico (cfr. SSTS 91/2007, de 12 de febrero, 38/2005, de 4 de marzo, 1469/2004, de 15 de diciembre, 1049/2004, de 1 de diciembre, 523/2002, de 22 de marzo y 1632/1999, de 14 de enero).

Cuanto antecede obliga a estimar que el juicio de tipicidad formulado por la Sala de instancia respecto de las lesiones padecidas por el agente de policía núm. NUM000, ha de ser rectificado, en la medida en que la aplicación de tratamiento farmacológico, sin otro sustento fáctico que permita determinar el verdadero alcance del quebranto físico sufrido por la víctima, no puede ser equiparada a la noción de tratamiento médico, como elemento normativo del tipo previsto en el art. 147 del CP. Es cierto que el *factum* alude a la existencia de 14 días “de impedimento y asistencia”. Sin embargo, no hay datos que permitan aclarar si esa expresión encierra una fórmula forense —idea sugerida por el Fiscal— o si tiene apoyo en una efectiva asistencia prolongada durante todo el tiempo de impedimento físico. La ausencia de motivación fáctica y jurídica no deber ahora perjudicar al reo.

En relación con las lesiones padecidas por el segundo de los agentes, ateniéndonos al relato de hechos probados, tanto en su contenido actual, como si se añadiera el calificativo “protector” al tratamiento ortopédico, los hechos habrían de ser calificados con arreglo a la falta descrita en el art. 617.1 del CP, no encajando en la porción de injusto que ofrece el art. 147.1 del CP.

La parquedad del relato de hechos probados no permite calificar el verdadero alcance de ese tratamiento ortopédico. La ausencia del médico forense en el acto del juicio oral impidió someter a contradicción el parte definitivo de sanidad, tarea indispensable a la hora de traducir en términos jurídicos su significado. De ahí que la fijación del sentido de lo que por “tratamiento ortopédico” o “tratamiento ortopédico reparador” haya de entenderse, deba realizarse sin más apoyo que lo que sugieren esas locuciones.

El *factum*, conviene insistir en ello, no explica en qué consistió ese tratamiento rehabilitador. No se alude ni a escayolas, ni férulas. En relación con éstas, por cierto, la jurisprudencia de esta Sala no ha dudado en afirmar la existencia de tratamiento médico y, por consiguiente, en calificar con arreglo al art. 147.1 del CP, la utilización de escayolas o férulas (cfr. STS 403/2006, de 7 de abril; 1783/2002, de 2 de noviembre y 1454/2002, 13 de septiembre, entre otras muchas). En tal sentido, hemos dicho que la colocación y necesaria y posterior eliminación de una escayola o férula constituye tratamiento médico, en tanto que aparece objetivada una necesidad de reducción de la fractura y eliminación del elemento reductor bajo control facultativo (STS 1835/2000, de 1 de diciembre). En la misma línea, hemos reputado tratamiento médico la prescripción de un collarín cervical (cfr. SSTS 523/2002, de 22 de marzo; 346/2001, de 25 de abril y 299/2001, de 23 de febrero).

La falta de riqueza descriptiva empleada por los Jueces de instancia nos obliga a movernos en el ámbito de la descripción gra-

matikal de la voz ortopedia. Pues bien, conforme al Diccionario de la Real Academia, por ortopedia se entiende “... el arte de corregir o de evitar las deformidades del cuerpo humano por medio de ciertos aparatos o de ejercicios corporales”. Más allá de la distancia entre el significado gramatical del vocablo deformidad y la dimensión jurídica que esta Sala ha atribuido a esa palabra al interpretar el art. 149 del CP, lo cierto es que, con arreglo al concepto gramatical del término ortopedia, en su noción se incluye, tanto la utilización de ciertos aparatos, como la de ejercicios corporales. Y si bien podría discutirse si la fijación de aparatos ortopédicos, siempre y en todo caso, integra el concepto de tratamiento médico que exige el tipo objetivo del art. 147 del CP, lo que parece fuera de dudas es que una ortopedia que consista en la prescripción de determinados ejercicios corporales, no debería colmar aquel tipo penal.

En el presente caso no existe dato alguno en el *factum* que permita discernir en qué consistió ese tratamiento ortopédico reparador. De ahí que no pueda descartarse, sobre todo a la vista del contraste entre la levedad inicial del parte de asistencia y el informe definitivo, que la práctica de unos ejercicios corporales fue suficiente para la curación. Tampoco ahora la ausencia de motivación puede jugar en contra del imputado.

Cuanto antecede, pues, obliga a la estimación del recurso y a la anulación de la sentencia, calificando los hechos como integrantes de una falta de lesiones del art. 617 del CP, con la consecuencia penológica que se expresa en nuestra segunda sentencia.

Sentencia 703/2008, Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2008

RESPONSABILIDAD CIVIL. INCONGRUENCIA

Arts. 108, 112 y 794.1 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Desestima la Sala la petición de incongruencia de la sentencia porque si bien ésta declaró la reserva de las acciones civiles para los perjudicados pese a que habían sido ejercitadas por el Ministerio Fiscal en la causa, había pedido el aplazamiento de la determinación del quantum indemnizatorio a la fase de ejecución de sentencia, posibilidad restringida al procedimiento abreviado. Se reproduce, asimismo, el voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Al amparo del art. 5.4 LOPJ se alega infracción del art. 24.1 CE “en su vertiente del principio de congruencia de las sentencias con las pretensiones de las partes”.

Señala el recurrente que en el Fundamento séptimo se dice “se acuerda reservar las acciones civiles que pudieran corresponder a los herederos del fallecido Narciso”. Esta circunstancia de reservarse las acciones civiles no ha sido solicitada por la familia, que no intervino como acusación en la causa. El Ministerio Fiscal ejerce conjuntamente las acciones civiles y penales por imperativo legal, art. 108 de la LECrim., y así lo hizo, como lo prueba el escrito de conclusiones provisionales y definitivas y el hecho de que el acusado fuera condenado en sentencia a pagar 860 euros a Ángeles. Y en relación con la víctima mortal solicitó que “el procesado indemnizará a los posibles herederos del fallecido en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia...”.

La crítica del recurrente es asumida por el Ministerio Público, como parte recurrida, exponiendo que el Fiscal, conforme al art.

108 de la LECrim. estableció acertadamente la acción civil junto con la penal ya que por parte de los perjudicados no hubo ni renuncia de esa acción ni reserva de su ejercicio conforme al art. 112 de la LECrim. Por ello, señala, la reserva de acciones civiles, concedida por la Sentencia recurrida, es incongruente y contraria a la rogación. Consta en las actuaciones (folio 117) que la hermana del fallecido, en comparecencia ante el Juez de Instrucción ni renunció a la acción civil, ni hizo reserva de ésta para su ejercicio ante la Jurisdicción de este orden. Por el contrario, en dicha diligencia formuló expresamente reclamación por las indemnizaciones que pudieran corresponderle derivadas del delito objeto del procedimiento penal.

Como declara la STS de 24 de julio de 2001 “Ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1.º CP), es en el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 109.2.º y concordantes del CP 111 y concordantes de la LECrim. y art. 742.2.º del mismo texto

legal), sin perjuicio del efecto que dicho resarcimiento pueda tener en otros procedimientos de otro orden que se susciten entre querellante y querellado. Los perjudicados no sólo no se han reservado la acción civil para ejercitarla separadamente (arts. 110, 111, 112 y 114 de la LECrim.), sino que de modo expreso han optado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción penal (art. 109.2.º del CP 1995), sin perjuicio de suscribir otras cuestiones relacionadas ante la Jurisdicción Civil (S. 1490/2001, de 24 de julio)”.

No obstante todo lo cual, en el presente caso y a pesar de las anteriores consideraciones, hay que tener en cuenta la falta de datos y de concreción suficiente de la pretensión deducida en materia de responsabilidad civil por el Ministerio Público, que al propio Fiscal le llevó a solicitar que se aplazase la determinación del *quantum* indemnizatorio hasta la fase de ejecución de Sentencia, mediante un pronunciamiento que no estando expresamente establecido para procedimientos como el presente, a diferencia de lo que acontece con las previsiones legales para la ejecución de Sentencias dictadas en el Procedimiento Abreviado (art. 794.1.ª LECrim.), ha de ser aplicado con carácter de verdadera excepcionalidad y tan sólo cuando las bases esenciales para la determinación final de la indemnización, la identidad de los acreedores de la misma, etc., hayan podido ser suficientemente debatidas en el juicio, teniendo muy presente la ulterior imposibilidad de Recurso de naturaleza devolutiva contra la decisión que pudiera adoptarse en fase de ejecución de una Sentencia, como la recurrida, dictada en Procedimiento ordinario.

Por lo que, ante todo ello, ha de considerarse como plenamente razonable la mención llevada a cabo por la Audiencia, concretamente en el apartado de fundamentación jurídica de su Resolución (ni siquiera en su parte dispositiva), acerca de la posibilidad que les queda a los perjudicados de hacer valer sus pretensiones resarcitorias en el correspondiente procedimiento civil, me-

dante la acuñada expresión de la “reserva de acciones civiles”, con lo que no se viene sino a confirmar algo tan obvio como el que los perjudicados, que no han renunciado a la reparación de su perjuicio, al no obtener respuesta en ese punto por las razones ya dichas en la Resolución de carácter penal, sí que conservan su derecho a ejercer las correspondientes acciones ante los Tribunales civiles.

No pudiendo, en consecuencia, afirmarse la incorrección de esa simple mención, efectuada al hilo de la argumentación destinada a desestimar la incorrecta pretensión del Fiscal deducida en materia de responsabilidad civil en el caso que nos ocupa, respecto de algo que no se instituye a partir de la Resolución recurrida, sino que es derecho anterior y subsistente, en forma autónoma, de los propios perjudicados, el motivo ha de desestimarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ
GARCÍA A LA SENTENCIA DEL RECURSO DE
CASACIÓN N.º 11265/2007P, SENTENCIA
N.º 703/2008, PONENTE D. DIEGO RAMOS
GANCEDO

El presente voto particular discrepante se refiere a la solución dada por la mayoría de la Sala al motivo sexto formalizado por la representación del acusado José Francisco en el que denuncia incongruencia de la sentencia sometida al control casacional en relación a los pronunciamientos sobre la acción civil *ex delicto*.

En síntesis, el Ministerio Fiscal que ejerció simultáneamente la acción penal y la civil solicitó en sus conclusiones definitivas —antecedente segundo— que la indemnización fuese fijada en ejecución de sentencia. La sentencia recurrida acordó en el último de sus fundamentos —el séptimo—, de forma muy esquemática que se reservan las acciones civiles a los herederos del perjudicado. El recurrente estima que ha habido una incongruencia en relación a lo peticionado por el Ministerio Fiscal.

La argumentación de la sentencia para estimar que no existe tal incongruencia es doble. Primero que no existen bases para fijar el cuadro indemnizatorio y segundo que al tratarse de Sumario Ordinario no está prevista expresamente que se deje para la ejecución de sentencia dicho pronunciamiento, como ocurre con el Procedimiento Abreviado en su art. 794.1.º LECrim.

Discrepo de esta doble argumentación, en cuanto a la ausencia de bases para la fijación de la indemnización si bien es cierto que su consignación es preceptiva de conformidad con el art. 115 CP, cuando ello no pueda ser posible, esta imposibilidad no puede convertirse en obstáculo a que se deje la cuantificación a la ejecución de sentencia incluso sin señalamiento de bases, en concreto esta fue la decisión que se adoptó por esta Sala en la sentencia n.º 662/2008, de 14 de octubre.

En cuanto a la falta de previsión legal específica para el Sumario equivalente a la prevista para el Procedimiento Abreviado,

tampoco la comparto en la medida que por el principio de unidad del ordenamiento jurídico no me parece defendible que posibilidades legales previstas en el Abreviado, posterior en el tiempo al Sumario Ordinario, no puedan extenderse a éste y como referente análogo se puede citar la propia doctrina de esta Sala que viene admitiendo que la Audiencia Preliminar del art. 786 LECrim. prevista en el Procedimiento Abreviado, puede también llevarse a cabo en el procedimiento de Sumario Ordinario. En tal sentido, SSTS de 17 de diciembre de 1998, 2/1998, 10 de octubre de 2001 y más recientemente 1060/2006.

Por lo expuesto, estimo que debió haberse admitido el motivo y sustituir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que incluso no está en la parte dispositiva sino en la motivación de la sentencia, y en consecuencia, dejar para la ejecución de sentencia tal y como lo solicitó el Ministerio Fiscal la cuantificación de la indemnización *ex delicto* a los herederos del fallecido.

Sentencia 706/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2008

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Arts. 138 y 142 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar

SÍNTESIS

En un caso de homicidio preterintencional (bofetón que produce la muerte), se debate sobre los criterios de separación entre dolo e imprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Contra la Sentencia de 23 de octubre de 2007 dictada por la Audiencia

Provincial de La Coruña (Sección Sexta, con sede en Santiago de Compostela), que condena al acusado, por un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, y como

autor de un delito de lesiones dolosas en concurso con un delito de homicidio imprudente, formaliza el presente recurso de casación el Ministerio Fiscal, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 142.1 (homicidio imprudente) y 147.1 (lesiones) e inaplicación del art. 138 (homicidio doloso) del Código Penal.

Frente al razonamiento de la Sala, que rechaza pudiera el agresor representarse la muerte de la agredida como probable por no ser un golpe con la mano abierta idóneo para tan letal resultado, sostiene el Ministerio Fiscal que ese golpe fue idóneo y que pudo el acusado representarse la posibilidad de la muerte actuando con dolo eventual, suficiente para integrar el homicidio doloso del art. 138 del CP.

Queda fuera de la impugnación —aparte del delito de maltrato habitual— los aspectos objetivos de la relación causal y de la imputación objetiva comunes al homicidio doloso, que la acusación postula, y al homicidio imprudente por el que ha sido condenado el acusado. Lo que se debate es, por tanto, el elemento subjetivo, doloso o culposo de la acción mortal, y su revisión en este recurso como juicio de inferencia, que en todo caso debe despejarse con riguroso respeto a los hechos declarados probados.

Segundo.—Este planteamiento exige primero perfilar las exigencias propias del dolo eventual y de la culpa consciente, para después comprobar la razonabilidad de apreciar la concurrencia de aquél o de ésta en la acción cometida, tal y como se narra en el relato histórico de la Sentencia impugnada.

1. En el dolo eventual la realización de los elementos del tipo —en este caso la muerte de una persona— es considerada o percibida por el sujeto como un resultado de producción posible junto a la consecución del fin propuesto, de modo tal que queda abarcado por lo querido aquello mismo que el autor asume. Más exactamente concurre

dolo eventual cuando el sujeto, conociendo la probabilidad de producción de los elementos de otro tipo delictivo —distinto de aquél que pretende cometer—, pese a ello actúa, asumiéndolos junto a la consecución del fin propuesto.

2. La distinción entonces con la culpa consciente o culpa con representación exige introducir un criterio diferenciador, que permita separar los límites de uno y otra.

A) Para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persigue la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la consecución del objetivo propuesto, sí “consiente”, “acepta”, “asume” o “se conforma” —según la terminología de los distintos autores— con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio hipotético de lo que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible: si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero si actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia consciente.

B) Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectual o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no sólo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiéndose como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante.

3. Aunque la doctrina de esta Sala ha seguido una y otra teoría en distintos momentos de su evolución, actualmente su posición es favorable a una postura ecléctica. En efecto, por una parte, una vez adoptada para la caracterización del tipo objetivo la teoría de la imputación objetiva y ser condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, obrará consecuentemente con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido entonces el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Pero por otra parte quien actúa, no obstante tal conocimiento, asume con su decisión la producción del resultado, pues en definitiva la aceptación de éste se encuentra implícita en el hecho de haber preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Como señala la Sentencia de 17 de octubre de 2001 “no se rompe del todo con la teoría del consentimiento aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción”. La posición ecléctica de esta Sala conjuga la tesis de la probabilidad con la del consentimiento considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado, que su acción contiene, y además que se conforme, asuma, o acepte esa eventualidad decidiendo ejecutar la acción.

Esta orientación ecléctica ha sido recogida en numerosas Sentencias como la de 10 de febrero de 1998, 14 de mayo de 1998, 21 de junio de 1999, 21 de octubre de 2002, 24 de mayo de 2004 y 28 de febrero de 2005 entre otras.

Tercero.—A la luz de esa doctrina los hechos probados no permiten inferir la concurrencia de un dolo eventual homicida en la acción del acusado, como atinadamente

razona en su Sentencia la Audiencia Provincial en su extensa y bien construida fundamentación.

De su comportamiento, tal y como éste se describe en el relato histórico, no cabe deducir racionalmente que, al propinar el golpe con la mano —no un puñetazo— en la parte media de la frente de la víctima, se representara una seria probabilidad de matarla, asumiendo con el golpe esa eventualidad. Y ello por las siguientes razones:

A) La muerte se produjo al amanecer del día tres de septiembre por un hematoma subdural resultante de un golpe recibido en la noche del día 31 de agosto. El golpe fue con la mano, y no fue un puñetazo con los nudillos. Una bofetada puede producir la muerte de una persona, y de hecho en este caso la produjo. Pero es un resultado que por insólito y extraordinario no se percibe en principio como eventualidad probable. Sólo excepcionalmente puede preverse en tal caso un riesgo serio de muerte para el agredido en presencia de circunstancias tales como la especial debilidad o vulnerabilidad de la víctima —un niño por ejemplo— o una excepcional fortaleza física del agresor dotado de fuerza extraordinaria; datos estos que aquí no constan porque no se describe ni la envergadura del acusado ni sus características físicas, ni las propias de la agredida. También puede percibirse la probabilidad de la muerte si el golpe se propina en una serie continuada de ellos, concentrados en una acción única —una paliza— en la que existe, por el continuo golpear del ataque mantenido, un progresivo incremento de la potencialidad lesiva de cada golpe por la acumulación del efecto lesivo de los anteriores. Tampoco este es el caso ya que solo consta en el hecho probado que el acusado dio a la víctima “varios golpes con la mano. Entre ellos uno intenso en la cabeza”. Es cierto que el comportamiento se había repetido ya antes porque en el mes de agosto “en reiteradas ocasiones golpeó a Paula con la mano en la cara y en los brazos, dándole también alguna patada en las piernas, que

produjeron como resultado múltiples equimosis en esa parte del cuerpo". Este maltrato frecuente dentro del ámbito familiar, realizado en períodos de tiempo distintos y en días diferentes, castigado por la Sala como un delito de lesiones y otro del art. 173.2 del CP por sí mismo no altera la apreciación de la muerte como un resultado que, siendo posible, no era sin embargo el resultado probable de un golpe propinado con la mano, cuando, como en este caso sucede, no se daban otras circunstancias personales y objetivas que intensificaran extraordinariamente la potencialidad lesiva de un golpe de esa naturaleza.

B) El Ministerio Fiscal en su recurso sostiene que el permanente maltrato y las condiciones inhumanas a que sometía a la víctima, haciéndole dormir en el cuarto de la lavadora, permiten deducir el desprecio del acusado por la vida de ésta, dado que todo ello no podía determinar sino un final letal. El argumento no puede compartirse: el referido maltrato físico por los golpes que habitualmente propinaba, y que integra el delito de maltrato habitual y el de lesiones por los que ha sido condenado, aun repetidos en un comportamiento perseverantemente violento a lo largo del tiempo, no por ello incrementan la lesividad del concreto golpe del que resultó la muerte de la víctima días después. El evidente desprecio manifestado lo era a su integridad física, y a su dignidad, y lo inhumano de las condiciones en que dormía, haciéndolo en el cuarto de la lavadora, lo era por humillante y contrario a

las más elementales normas de respeto y dignidad, algo que, aunque reprobable, no puede confundirse con el tratamiento inhumano que lo es por incompatible con condiciones mínimas de supervivencia. En este segundo caso el trato inhumano sería apto para inferir la conciencia de un resultado mortal, como probable eventualidad derivada de la acción. Pero lo mismo no es predecible de lo que es inhumano moralmente, por humillante e incompatible con la dignidad que cualquier persona merece en cuanto tal.

C) Finalmente debe significarse que entre el golpe propinado con la mano y la muerte transcurrieron más de dos días, sin que conste que la víctima presentara, o que el agresor se percatara, de síntomas anunciadores de un fatal desenlace próximo, lo que sería relevante para inferir el conocimiento por el sujeto de la probabilidad del resultado mortal y la aceptación o asunción de ésta por su comportamiento pasivo ante el riesgo percibido de una probable muerte de la víctima. Nada hay sin embargo en el relato fáctico que permita tal apreciación, ni por tanto tal inferencia.

Por todo lo expuesto, como razona acertadamente la Sala de instancia no hay criterios de inferencia mínimamente sólidos que permitan determinar que el acusado golpeó a Paula aceptando, consintiendo o representándose como altamente probable la muerte de la víctima. Razón por la cual se ha de descartar la existencia de dolo eventual.

Sentencia 734/2008, Sala de lo Penal del TS, de 14 de noviembre de 2008

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Arts. 73, 75 y 76 Código Penal; 988.3.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Se ratifica la Sala Penal en su forma de interpretar la imputación de beneficios penitenciarios, sentada en la STS 197/2006, de 28 de febrero (recogida y comentada en el número 18 de la Revista de Derecho Penal), con la particularidad de que se anula ahora un auto de la Sala de instancia en el que se aprobaba el licenciamiento de un violador en serie. Recogemos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Las claves para la resolución de la cuestión suscitada nos las ofrece, en primer término, las disposiciones del Código Penal. En efecto, el art. 75 CP (equivalente al art. 69 del CP anterior) establece el sistema de cumplimiento de las penas impuestas a un mismo acusado por las “diversas infracciones” cometidas, y ordena el cumplimiento sucesivo de cada una de ellas comenzando por la de mayor gravedad y cumplida ésta, continuando con las restantes siguiendo siempre el orden de su respectiva gravedad, siempre, claro es, que se trate de penas, como las de prisión, que no pueden ser cumplidas de manera simultánea.

Este mecanismo legal supondría, de hecho, la derogación del art. 15 CE que, por los principios humanitarios que la inspiran, proscribía las penas inhumanas o degradantes, entre las que se considera la cadena perpetua, que no figura en el catálogo penológico de nuestras leyes penales. Consciente el legislador de que en no pocos casos el sistema de cumplimiento sucesivo de todas las

penas impuestas a una persona equivaldría a la reclusión perpetua, ha establecido un sistema de limitación temporal de dicho cumplimiento, que regula el art. 76 CP en el que el cumplimiento efectivo de las penas en que haya incurrido no podrá exceder de 20 años, como regla general, y como excepciones de 25, 30 y 40 años tras la modificación del precepto operada por la LO 7/2003, de 30 de junio.

El mismo régimen de cumplimiento efectivo limitado se seguirá respecto de las distintas penas impuestas en diversos procesos, que sean acumuladas, según el art. 76.2 CP.

Adviértase que también en este caso, se trata de fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo de privación de libertad de las distintas penas impuestas en distintos procesos, pero en ningún caso —y esto debe quedar meridianamente claro—, ese límite máximo de privación efectiva de libertad resultante de la acumulación, debe ser considerado como una nueva pena que sustituya las anteriormente impuestas por los órganos jurisdiccionales sentenciadores. Una pena nueva es la que se impone al acusado por un

Tribunal de Justicia o un Juez de lo Penal en una sentencia que culmina un procedimiento judicial con imputación de hechos delictivos, que son objeto de enjuiciamiento, de prueba de cargo y de descargo, de debate en el juicio oral y de calificación jurídica y condena por el Tribunal sentenciador, excepto en caso de sentencia de conformidad, pero siempre sobre unos hechos no enjuiciados hasta entonces, calificados delictivos y sancionados con una pena. Es obvio, que en nada se parece a esto, el límite máximo de cumplimiento efectivo de penas anteriormente impuestas que se acumulan precisamente para establecer ese límite o el que se señala en una sentencia en la que el acusado ha sido condenado a una pluralidad de penas por diversos delitos.

Cuarto.—Pues bien, si como hemos tratado de explicar, ese tan repetido límite máximo de privación de libertad, en cualquiera de los dos casos mencionados, no es una pena, ningún beneficio penitenciario puede repercutir en el mismo. Y, si como también ha quedado expuesto, las diversas penas acumuladas o impuestas en un solo proceso, deben cumplirse sucesivamente por su orden de gravedad hasta el límite máximo establecido en el Auto de acumulación o en la sentencia, ninguna duda cabe que los beneficios y redenciones que se haya hecho acreedor el reo deberán ser aplicados a dichas penas que el penado esté cumpliendo.

De este modo, condenada una persona a doce penas (en el mismo o distintos procesos) que sumen 100 años de prisión, y establecido el límite máximo de cumplimiento por vía del art. 76.1 o 2 CP, en veinte años, habrá de empezar a cumplir la más grave de aquéllas, a la que le serán aplicables los beneficios correspondientes a la misma. Si transcurren veinte años de cumplimiento efectivo de esa primera pena con el descuento de los beneficios que le correspondan, sin haberlo extinguido, el resto pendiente y las demás penas “se declararán extinguidas”. Pero si, cumplida en su totalidad (con el descuento de los beneficios que pro-

cedan) esa primera pena, no se ha alcanzado todavía el límite máximo establecido, se continuará con el cumplimiento de la siguiente pena más grave, con sus beneficios, y así sucesivamente hasta cubrir dicho máximo de veinte años de cumplimiento efectivo de privación de libertad, quedando entonces extinguidas las demás penas.

Quinto.—Es cierto que, como señala la resolución recurrida, la liquidación de condena del penado practicada tras el Auto de acumulación de condenas que estableció el límite máximo de cumplimiento efectivo en 20 años, se ajustó “a la legislación entonces vigente y conforme a la orientación jurisprudencial imperante en la época” (1999).

Al respecto, cabe señalar que la legislación vigente entonces era esencialmente la misma que la actual, que hemos analizado precedentemente. Y que la jurisprudencia en torno a la interpretación del art. 76.1 y 2 CP ya había sido declarada en el Pleno Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, reiterándose y consolidándose después en diversas resoluciones de esta misma Sala. Y, desde luego, era sobradamente conocida por la Audiencia de Barcelona cuando desestimó las sucesivas pretensiones del Ministerio Fiscal en orden a practicar una nueva liquidación de condena conforme a esos criterios jurisprudenciales.

Para rechazar la pretensión del Ministerio Fiscal de que se elaborase una nueva liquidación de condena, el Auto objeto del presente recurso de casación aduce, entre otras razones, que en el caso debatido “no pende la aplicación de ninguna norma legal que permita u obligue a la modificación de la liquidación de condena del reo de que se trata”.

No opina lo mismo esta Sala. La norma legal existe, y se concreta en los citados artículos 75 y 76 CP y en la interpretación que de estas disposiciones ha acuñado desde hace años este Tribunal Supremo en el ejercicio de su función como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en

materia de garantías constitucionales, que le asigna el art. 123 CE y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de manera que la unidad material del Poder Judicial se hace posible, a pesar de ser múltiples los titulares de la potestad jurisdiccional, por medio de la jurisprudencia informadora sobre los criterios de interpretación y aplicación de las normas; lo que sirve, a su vez, a los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley. Y la elaboración de esa jurisprudencia está encomendada al órgano constitucionalmente ubicado en la cúspide de la Organización Judicial: el Tribunal Supremo.

Por ello mismo, no podemos compartir el razonamiento de la resolución impugnada cuando sostiene que “la introducción de una nueva doctrina jurisprudencial, o el cambio de criterio del Tribunal Supremo, no es equiparable a nuestro juicio a los casos que citaba el Fiscal. Todos ellos, todos los casos que implican imperativamente la necesidad de modificar una determinada liquidación de condena obedecen a supuestos ‘previstos por la ley’. Aquí no ha habido ninguna nueva norma legal o incidente previsto por la ley que haya que poner en marcha o que permita revisar o reelaborar en estos momentos la liquidación de condena que fue aprobada en su día”.

Lo que aquí ha habido es una norma legal, no nueva, sino preexistente cuya actual interpretación, repetida y reiterada desde el Pleno de la Sala Segunda antes mencionado y aplicada en las sentencias resolutorias de diferentes recursos de casación, justifica sobradamente la modificación de la anterior liquidación de condena practicada conforme a unos criterios que en la actualidad son considerados contrarios a derecho.

Sexto.—Tampoco cabe aducir como justificación de la decisión de no modificar la liquidación de condena inicial y adecuarla a los vigentes criterios jurisprudenciales en la interpretación de las disposiciones legales en la materia, que las sentencias dictadas por esta Sala que establecen el modo de computar y determinar el máximo de cum-

plimiento efectivo de la condena cuando ésta incluya una pluralidad de penas, acumuladas o no, de que habla el art. 76 CP, no son de aplicación al supuesto de hecho, porque el Tribunal Supremo se pronunció, aplicando el nuevo criterio interpretativo “en el marco de un recurso de casación contra una sentencia...” Lo que aquí no sucede. Ni es posible aceptar la inaplicabilidad del Auto del TS de 29 de marzo de 2007 —precedentemente comentado— porque “... un ‘auto’ no coadyuva a la formación de la jurisprudencia”.

El Auto es una resolución judicial que decide sobre incidentes o puntos esenciales (art. 141 LECrim.), que se redactan con arreglo a antecedentes de hecho y fundamentos de derecho y que, por lo mismo, requiere el mismo grado de motivación jurídica que las sentencias y que, dictados por el Tribunal Supremo, han de ser necesarios el mismo número de Magistrados que para el dictado de las sentencias (art. 145 LECrim.).

No se puede negar que el Auto de 29 de marzo de 2007 invocado por el recurrente en apoyo de su pretensión, aborda, analiza y resuelve cuestiones de particular relevancia en la materia que se debate en este recurso de casación, a alguna de las cuales ya hemos hecho la oportuna referencia. Por consiguiente, dicha resolución tiene la misma aptitud y capacidad para recopilar jurisprudencia que las sentencias dictadas por esta misma Sala sobre esa misma materia.

Séptimo.—Se prodiga la resolución objeto de este recurso en razonar que la pretensión del Fiscal de modificar la liquidación de condena del penado efectuada en 1998, no resulta posible al estar aquélla aprobada y consolidada definitivamente desde aquel año, sin que exista un “procedimiento vivo” o un trámite procesal previsto en la Ley que permita u obligue a esa modificación. Este argumento requiere para adquirir eficacia el complemento de que aquel Auto que resuelve sobre el licenciamiento definitivo del penado carece —en rigor— de relevancia jurí-

dica. Expone la AP que el auto de licenciamiento definitivo y la consiguiente excarcelación de un penado, es “un acto automático u obligado, que tiene su origen o es consecuencia de una liquidación de condena consolidada tiempo atrás con su correspondiente aprobación judicial que no pende de ningún trámite procesal o incidente previsto por ley que permita u obligue a su modificación”. Incluso llega a afirmar que “no es propiamente un acto o resolución (su aprobación) de naturaleza sustancial para la propia jurisdicción penal que requiera una decisión interpretativa o propia del debate jurisdiccional de un órgano colegiado” y continúa diciendo que “se trata de un acto de mero control rutinario de la ejecución de una pena... pero no es... una decisión jurisdiccional que requiere de especial deliberación y, por tanto, que se trate de una decisión que haya de ser necesariamente motivada” insistiendo en que la aprobación de la liquidación del penado es el acto verdaderamente trascendente a estos efectos, y donde supuestamente se produciría la verdadera deliberación y votación del Tribunal.

No es este carácter de irrelevancia el que este Tribunal Supremo atribuye al Auto de licenciamiento definitivo del penado. En nuestro Auto de 7 de abril de 2008, sosteníamos —al referirnos precisamente al Auto de la Audiencia de Barcelona de 21 de septiembre de 2008, que es el objeto de este recurso de casación— que dicha resolución tiene por objeto determinar el máximo de cumplimiento de las penas que ya había sido adoptado de forma apriorística en la anterior acumulación. Ahora bien... determinar el máximo exige fijar cuanto se cumple y además, comprobar la forma en que se cumple, es decir, el cuánto y el cómo, por lo que ambos Autos (el de acumulación y el de licenciamiento, nos permitimos precisar) aparecen relacionados entre sí, llegando a afirmar el Alto Tribunal que los autos que resuelven sobre el licenciamiento definitivo en estos expedientes de acumulación de condenas son “resoluciones que afectan a la

esencia de la ejecución penal como es la concreción de la determinación del máximo de cumplimiento”, al comprenderse también en el contenido de esta expresión el cómo del cómputo de las penas acumuladas, y ser este cómo del cómputo o forma de cumplimiento de las penas acumuladas uno de los objetos o materias del control judicial a realizar a través del Auto de licenciamiento o libertad definitiva.

Y añadíamos que “en el supuesto de autos, la resolución objeto del recurso de casación, el licenciamiento definitivo, se refiere a la forma en que se ha de cumplir el tiempo previamente fijado. Ello determina, a su vez, el período máximo de cumplimiento”, añadiendo más adelante que “la determinación del máximo de cumplimiento es fijada en la misma resolución de acumulación de manera apriorística que se concreta, antes del término de la ejecución, en el Auto de licenciamiento definitivo”.

Por ello, tiene razón el Fiscal recurrente al señalar que “de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo, a los Autos que resuelven sobre el licenciamiento definitivo en expedientes de Acumulación de Condenas les corresponde la esencial función de comprobar antes del término de la ejecución el cómo del cómputo de las penas acumuladas o forma de cumplimiento de las mismas a fin de constatar si tal forma de cumplimiento se ha ajustado a la legalidad vigente y ha podido suponer una modificación del límite establecido en el Auto de Acumulación”.

Por consiguiente, y como corolario de estas consideraciones, el expediente histórico-penal del recluso en el que se recojan las acumulaciones de condenas y cuantas vicisitudes puedan afectar a la liquidación en su día practicada, ha de considerarse “vivo” en tanto no recaiga Auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza, lo que evidencia su importancia y, por otro lado, la existencia de un trámite procesal con intervención del Ministerio Fiscal que, en su caso, podrá impugnar la resolución. Con esta

última afirmación se pone de manifiesto que la resolución recurrida carece de razón cuando sostiene que después de practicada la liquidación de condena ya no existe ningún trámite legal que permita la modificación de dicha liquidación. El trámite legal es el Auto de licenciamiento, que no es en absoluto baladí, automático o meramente ritual, sino que tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de efectuarse ese cómputo. Buena prueba de ello, es que se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informara.

Octavo.—En definitiva, y como razonada y fundadamente argumenta el recurrente, el Auto de licenciamiento definitivo dictado por el Tribunal de instancia, de 21 de septiembre de 2007, al concretar y fijar definitivamente al término de la ejecución el máximo de cumplimiento respecto de las penas que se habían acumulado, manteniendo antiguos criterios y liquidaciones, afectó sustancialmente, modificándolo, el límite de cumplimiento efectivo de 20 años que de forma apriorística fue fijado en el Auto de 30 de noviembre de 1998, pues, al hacer aquella concreción definitiva, comprobando la forma de cumplimiento, debió aplicar y no lo hizo la norma penal vigente —arts. 75 y 76.1 del Código Penal de 1995, equivalentes a los arts. 69 y 70 del anterior Código— interpretada conforme a doctrina jurisprudencial vigente en el momento en que se dictó, sin que desde luego ello suponga ningún tipo de retroactividad penal infractora del art. 25 de la Constitución.

Noveno.—Por todo lo expuesto, el motivo casacional debe ser estimado, casada y anulada la resolución recurrida y devolviéndose las actuaciones al Tribunal remitente a fin de que, previos los trámites y diligencias pertinentes, se practique nueva liquidación de condena al penado José Francisco de las penas que le fueron acumuladas en su día, de manera que, manteniéndose el límite máximo en veinte años de privación de liber-

tad, el cumplimiento de la condena total se efectuará principiando por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los benéficos y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 76 del Código Penal. Llegados a este estado, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO.
SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO A LA
SENTENCIA N.º 734/2008, RECURSO DE
CASACIÓN N.º 10566/2008 -P

Hay una primera razón por la que me siento obligado a disentir, con todo el respeto que me merecen siempre las decisiones de mis compañeros de Tribunal, de la resolución que en este caso adopta la mayoría. Y es que su criterio implica, en mi modesta opinión, una flagrante vulneración, no solamente del derecho a la tutela judicial efectiva, al imponer la cesación de efectos de una decisión jurisdiccional firme, sino del derecho a la libertad, pues aquella implica un plus de condena de varios años a quien el Estado, a través del Poder Judicial había decidido fijar el día en que había de ponerse en libertad. Decisión del Poder Judicial que contaba con la más plena y expresa aquiescencia del Ministerio Fiscal tan sorprendente como arbitrariamente mudada.

Se trata por ello de cuestión en la que este Tribunal, siendo Supremo en lo demás, carece de la última palabra que el art. 123 de nuestra Constitución atribuye al Tribunal Constitucional. En el caso decidido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1999 se había dictado una decisión jurisdiccional por la que, habiéndose dictado resolución aplicando los beneficios de redención de penas a la que se estaba ejecutando, tras la revisión de una pena por la sobrevenida vigencia del actual Código Penal de

1995, se dicta nueva resolución, aprobando liquidación de la pena revisada, por la que se dejaba sin efecto de hecho aquellos beneficios y no se aplicaban para decidir cuando había de considerarse extinguida la pena revisada.

Lo que se discutía por tanto era si la decisión sobre aplicación de los beneficios penitenciarios era revisable en una resolución ulterior.

El propio Tribunal Constitucional advertía que el objeto de nuestro análisis no es la interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en la disposición transitoria segunda del Código Penal de 1995, cuestión esta de estricta legalidad penal que corresponde resolver en exclusiva a los órganos competentes de la jurisdicción penal. Tampoco se trata de corregir o revisar, desde la perspectiva de legalidad ordinaria, la liquidación de condena del recurrente aprobada por la Audiencia Provincial, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. La función de este Tribunal ha de limitarse a comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas, contra las que no cabe recurso ordinario alguno, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE).

Fijado así el objeto de la decisión constitucional propia de su función de garante de derechos fundamentales, añadió el Tribunal Constitucional que En relación con la redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos, que preveía el art. 100 del derogado Código Penal, Texto Refundido de 1973, es doctrina de este Tribunal, sentada a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, la de que el reconocimiento de dicho beneficio penitenciario, que afecta directamente a la libertad de los penados, corresponde en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria para ser tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador para la liquidación de condena.

Y a tal proclamación siguió la que estimo relevante en el caso que ahora hemos juzgado con criterio dispar, diciendo un auto del

Juez en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, salvo que sea recurrido o sea revisado en los supuestos legales en que así se prevea, deviene firme e intangible.

No era esta una doctrina aislada. Porque, como en al misma se cita, ya había sido proclamada con anterioridad en la n.º 174/1989. En esta había dicho que, respecto al carácter de las resoluciones de “aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena” y sobre los recursos que cabían respecto a ellas. Nada dice, sin embargo, la Ley Orgánica General Penitenciaria añadiendo que Esta laguna fue subsanada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que, en su Disposición adicional quinta, señala que puede interponerse recurso de reforma contra todos los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el de apelación (y el de queja, en caso de inadmisión de la apelación) en determinados supuestos, entre los que se cuentan las decisiones sobre beneficios penitenciarios (Disposición adicional quinta, ap. 3), ante la Audiencia Provincial en cuyo territorio esté ubicado el establecimiento penitenciario. Finalmente, el apartado 5 de la Disposición adicional que se comenta se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) para la normativa aplicable a los citados recursos, con la única excepción de que limita la legitimación al Ministerio Fiscal —que en todo caso ha de ser parte— y al interno o liberado condicional...

... Ello significa que un Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, si no es recurrido en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal o por el propio penado, deviene firme e intangible, salvo que se den una de estas dos posibilidades: una, de naturaleza procesal, la de que la ley no atribuya expresamente de firmeza a dicha resolución, excepción que en todo caso debería ser compatible con el principio de seguridad jurídica; otra, de carácter sustantivo, la de que

el beneficio en cuestión no sea definitivo, sino condicional, pudiendo ser revisado en los supuestos legales en que así se prevea.

Y de la misma manera que el Tribunal Constitucional estimó que ninguna de dichas circunstancias concurre en relación con la redención de penas por el trabajo, cabe afirmar que tampoco hay precepto legal alguno que torne en meramente provisional la decisión de aplicar los beneficios penitenciarios a la PENA a cumplir y no a TODAS las impuestas, porque no es una decisión condicionada, ni siquiera la ley podría hacerlo sin inconstitucional merma de la seguridad jurídica más elemental.

Y con esa Sentencia del Tribunal Constitucional tengo también yo que convenir en que en cuanto a la LECrim., ya se ha dicho que el régimen general de los términos en ella previstos es el de preclusividad, por lo que una resolución no recurrida en su momento deviene necesariamente firme salvo disposición expresa en contra, lo que no es sino expresión de un principio básico de derecho procesal que responde a exigencias de la seguridad jurídica. Es, en efecto, indiscutible que resulta contrario a la seguridad jurídica que una resolución judicial cualquiera pueda ser modificada sin más en cualquier momento. La inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria relativas a la redención de penas por el trabajo. En efecto, dicho beneficio afecta directamente a la libertad personal, derecho fundamental del que se encuentra transitoriamente privado un penado en aplicación de la ley penal, ya que el período de privación depende en definitiva de diversos factores, entre los que está, en el actual sistema penal español, la redención de penas por el trabajo contemplada por el art. 100 del Código Penal. Y no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por

la ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, ya sea por subsanación de presuntos errores —como en el caso presente— o por variación de criterios del Juez responsable.

Y es de subrayar que en el caso decidido por el Tribunal Constitucional era un órgano diverso el que dejaba sin efecto una resolución anterior. La Audiencia en relación a la decisión del Juez de Vigilancia. Cuanto más habría de vetarse la revocación cuando el órgano que entienda de la liquidación y de los efectos de ella sea la misma Audiencia.

Aquí, como allí, había sido dictada una resolución jurisdiccional relativa al modo y consecuencias de aplicación de los beneficios de redención de pena. La de la Audiencia de Barcelona de fecha 30 de noviembre de 1998. En ella el Tribunal decidió: a) que la duración máxima de cumplimiento pasaría a ser de 20 años y no de 30 por aplicación del Código Penal de 1995, y b) que le serían de aplicación los beneficios penitenciarios consolidados a la fecha de entrada en vigor del dicho Código Penal pero sin que pudiera obtener otros a partir de esa fecha.

Consecuencia de esa doble resolución era la de ordenar la práctica de la correspondiente liquidación por la que se realizase un cómputo de la fecha de comienzo de cumplimiento, del total de tiempo a cumplir y, finalmente, de la fecha en que la pena habría de tenerse por extinguida.

Cuando la Audiencia dicta esa resolución de 1998 podía optar por la tesis que los Tribunales españoles en su totalidad, incluido el Tribunal Supremo, de manera constante, venían interpretando la consecuencia de la fijación del tiempo máximo de cumplimiento. Esto es: que el mismo tendría un posible doble límite: ni más de 30 años antes de 1995 o 20, después, ni más del tiempo que resultase de multiplicar por tres la pena más grave, si dicho múltiplo era inferior a esos 30/20 años. Y, tras fijarse así la duración, se reduciría dicha cifra resultante por aplicación de los beneficios penitenciarios. Sólo excepcionalmente, y de optarse por aplicar el Código Penal de 1995, como así había

optado, en cuanto tribunal sentenciador, ordenar que los beneficios se aplicarían no a la pena a cumplir sino a la totalidad de las penas impuestas.

Y también podía la Audiencia haberse anticipado en aquel año 1998 al criterio que, rompiendo con la unidad de doctrina y Jurisprudencia, introdujo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 2006. Pero entonces, además de demostrar una clarividencia que al Tribunal Supremo no le advino hasta varios años después, tendría que haber dictado una resolución distinta de la que dictó. Y debería haber proclamado que los beneficios, de los que el penado venía disfrutando bajo el régimen del Código Penal de 1973, durante el cual cometió los delitos, se aplicarían a cada pena que sucesivamente iría cumpliendo, hasta el total de 30 años de efectivo cumplimiento.

En cualquier caso la Audiencia optó por no hacer esta segunda declaración. Muy al contrario, estableció que los beneficios redundarían en la reducción de la pena a cumplir.

Y esa decisión fue aceptada expresamente por la representación del Ministerio Fiscal. En consecuencia, al practicar la liquidación que ejecutaba la decisión de revisión de penas, fijó como fecha de extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de todas las penas impuestas el 22 de septiembre de 2007.

Y no cabe, en mi modesto entender, considerar que, al tiempo de declarar extinguida por cumplimiento la pena, se revisen los criterios ya decididos sobre aplicación de beneficios so pretexto de que, en tal momento del proceso de ejecución, han de valorarse determinados factores.

Es verdad que el propio art. 78, en su apartado 3 manda examinar —por cierto por el Juez de Vigilancia y no por el Sentenciador— los pronósticos de reinserción, atendiendo a circunstancias personales del reo y a la evolución del tratamiento.

Pero nótese que esa nueva valoración lo es precisamente para reconducir la situación

de excepción (recuérdese: remitir a la totalidad de las penas los beneficios) a la aplicación del régimen general de cumplimiento. Es decir para referir los beneficios a la pena a cumplir.

Y lo que se pretende en este caso es, nada menos, que hacer esa valoración para que el régimen general —el que había acordado años antes de manera definitiva y firme la Audiencia—, se transforme en el de excepcional agravación del régimen de extinción de penas con remisión de beneficios a la totalidad de las impuestas. Posibilidad absolutamente ausente del régimen del art. 78 del Código Penal de 1995.

La decisión de la Audiencia mandando revisar las penas conforme al Código Penal de 1995 y aprobando la subsiguiente liquidación, es, en mi modesto entender, en todo parangonable a los efectos de generar cosa juzgada, a la que dio lugar a las antes citadas Sentencias del Tribunal Constitucional. Y por las razones que expone dicho Tribunal Constitucional, que también por la autoridad que le incumbe en exclusiva como garante de derechos fundamentales, estimo que no era posible dejar de ejecutar en sus propios términos una decisión jurisdiccional que, equivocada o no, había reconocido el derecho del penado a obtener la libertad no más tarde del día 22 de septiembre de 2007.

Una segunda razón me lleva a discrepar de mis compañeros. Cuando el Tribunal Supremo adoptó el criterio, por ahora vigente, conforme al cual en ningún caso se aplicarían los beneficios a la pena a cumplir, como única, sino sucesivamente a la que en cada momento se encuentre cumpliendo, ya se habían producido dos hechos: a) por supuesto la comisión de los delitos y el comienzo de ejecución de las penas del aquí condenado y b) la decisión jurisdiccional que interpretaba en el sentido de la recurrida el modo en que dichos beneficios debían aplicarse.

Es el Ministerio Fiscal quien desencadena un incidente el 16 de julio de 2007 —véase el auto de la Audiencia de 27 de julio de 2007 que narra tal antecedente—

pidiendo que se revise la liquidación efectuada varios años antes. Y lo hace fundándose exclusivamente en la nueva doctrina jurisprudencial. No, por tanto, en la consustancial inexistente provisionalidad de la liquidación, sino en que la misma habría devenido “errónea”. Y la decisión de la mayoría ahora lo que hace es aceptar la pretensión y el fundamento citados.

La tesis del escrito por el cual el Ministerio Fiscal interpone recurso de súplica, introduce, al haber sobrevenido a su petición inicial la reclamación por el Tribunal de informe sobre el licenciamiento, otra cuestión diversa: la provisionalidad de la liquidación que no quedaría consolidada hasta esa decisión, al final ya del cumplimiento.

La endeblez del argumento es clara. Por supuesto que la liquidación es provisional y la definitiva exige valorar los avatares durante el cumplimiento (si el cumplimiento fue continuado o no, en este caso, o por ser o no merecedor de beneficios que influyan en la reducción, en otros casos, ya que en éste se habían ya excluido los diversos de los obtenidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995). Pero lo que no es revisable es la fijación del criterio con que la liquidación debe hacerse. Por ello, la cuestión de la aplicación de los beneficios penitenciarios, criterio fundamental para decidir la liquidación, quedó definitivamente fijada muchos años antes con la conformidad del propio Ministerio Fiscal. Como definitivamente fijada quedó la fecha máxima de permanencia en prisión, a salvo del hecho nuevo de un eventual quebrantamiento de la pena por el condenado.

Pues bien, cuando dictamos esta nueva decisión de la que discrepo, acogiendo la pretensión del Ministerio Fiscal, se confiere retroactividad contra reo a la nueva doctrina jurisprudencial. Lo que me parece difícilmente aceptable. Ni siquiera para el caso, es de suponer que, al menos, posible, de que ese criterio de este Tribunal Supremo sea variado antes de que el penado cumpla la nueva pena y también entonces se esté dis-

puesto a dar fuerza retroactiva al nuevo criterio, entonces a favor del reo.

En cualquier caso, hay una segunda razón para mi discrepancia con el parecer mayoritario. Siquiera ésta se reconduce no tanto al caso concreto que juzgamos, cuanto al criterio mantenido por la mayoría del Pleno del Tribunal que dictó la Sentencia de 20 de febrero de 2006. Pero al respecto mi parecer es en todo coincidente con el que entonces expusieron los tres compañeros que discreparon en un voto particular de la decisión de la mayoría. A él me remito.

Pero no sin reiterar aquí otra razón esencial para tener por profundamente incorrecta la doctrina de la Sentencia de 20 de febrero de 2006, en cuanto que el Código Penal que en este caso se aplica al penado es el de 1995, por lo que no hago ya referencia a lo que ocurriría bajo el Código Penal de 1973 (que por lo demás no implicaría variación).

En efecto, el art. 78 del Código Penal de 1995 establece como excepcional que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieren a la totalidad de las penas. Y lo establece como excepcional pues ese modo de actuar se atribuye al juzgador con el sintagma podrá acordar, que se trueca en modo imperativo en el apartado 2 del citado precepto solamente en los supuestos concretos de las letras a) y b) [inicialmente y, desde la Ley Orgánica de 2003 también c) y d)] del art. 76 del mismo Código Penal. Aun más, esa facultad excepcional exige un presupuesto: que el triple de la pena más grave sea inferior a la suma de la totalidad de las penas impuestas.

De suerte que, si el triple de la pena más grave no es inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas o, aún en tal caso, si el sentenciador no hace uso de aquella posibilidad, la referencia será en relación a la pena a cumplir, expresión usada por el citado art. 78 en el inciso inicial del precepto.

Por ello, discrepo de la tesis de la Sentencia de 20 de febrero de 2006 del Pleno de

este Tribunal, ya que la misma supone negarle al Tribunal sentenciador la posibilidad que el art. 78 le otorga fuera de los casos excepcionales, e incluso le obliga a hacer la

referencia a la totalidad de las penas impuestas fuera del caso de que el triple de la más grave no alcance a la mitad de la suma de las penas impuestas.

Sentencia 736/2008, Sala de lo Penal del TS, de 17 de noviembre de 2008

ENTRADA Y REGISTRO. NULIDAD

Arts. 11.1 LOPJ; 569, párrafo cuarto LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Se declara la nulidad del registro practicado por no constar la presencia del Secretario Judicial, puntualizándose además, a diferencia de lo sostenido en jurisprudencia precedente de la Sala, que esta falta no puede suplirse con la declaración posterior de los agentes en el acto del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Se ha cuestionado la legitimidad del registro del domicilio de la calle José María Mortes Lerma, de Valencia, porque no consta la preceptiva presencia del secretario judicial en su realización. Al respecto, la Audiencia entiende, de una parte, que esa ausencia no sería obstáculo para que pudiera hacerse constar por otra vía el resultado de la actuación y que éste fuera valorable como prueba; y, además, que los funcionarios que lo practicaron acudieron al juicio para dar cuenta de lo hallado en el curso de tal diligencia.

Luego, en todo caso, razona que la presencia del fedatario podría inferirse del dato de que el juzgado dispuso que los registros autorizados en Valencia fueran simultáneos; que el acta de que se trata está redactado en

papel de oficio, que en él se hace referencia a los funcionarios policiales en tercera persona, y al final consta un “doy fe”; que la secretaria del juzgado devolvió el exhorto en el que se había solicitado la práctica de esa intervención con la apostilla de que había sido cumplimentado conforme a las exigencias legales; y, en fin, que los agentes funcionarios policiales confirmaron la presencia del secretario judicial.

El art. 569.4.º LECrim. prescribe de manera imperativa esta presencia, con una clara finalidad, la consistente en dar constancia fiable del resultado de una intervención, sin duda relevante para el curso de la causa, y a efectos de una posible imputación. Vistos los términos legales y la naturaleza de la garantía es exigible la máxima claridad en lo relativo a su prestación, sobre la que no tendría que existir el más mínimo asomo de duda. Esto es, la presencia del funcionario

garante debería resultar acreditada por el propio acta de constancia, por figurar en él de manera expresa.

Pues bien, basta leer la sentencia para advertir que no es el caso. Y que, no obstante el esfuerzo del tribunal, su razonamiento no sirve para despejar la duda, por demás razonable, con la que argumenta el recurrente. En efecto, ni del uso de la tercera persona en el relato, ni del empleo de la cláusula de estilo aludida en la devolución del exhorto, ni de que las diligencias hubieran sido acordadas para su realización simultánea, se sigue, y menos necesariamente, el resultado de la cuestionada intervención del encargado de dar fe. Más bien al contrario, todo, comprendida la compleja naturaleza del discurso de la sentencia, indica que se trata de un extremo sobre el que no hay seguridad bastante. Y no cabe aceptar que la falta de ésta pueda suplirse con la mera declaración de los agentes en el acto

del juicio. Porque, ciertamente, así se entendió en jurisprudencia de esta sala que cita el que recurre. Y por el argumento de que admitir semejante posibilidad, esto es, que quienes se hallan implicados en un probable incumplimiento, pudieran conferir, retroactivamente, marchamo de legalidad a la actuación razonablemente sospechosa de irregularidad, con un mero acto declarativo, supondría tanto como convertir en facultativo o discrecional lo que la LECrim. prescribe de manera incondicionada.

Siendo así, se impone, pues, la conclusión de que el registro en cuestión se llevó a cabo sin presencia del secretario, lo que invalida el acta relativa al mismo; y también, por lo que acaba de exponerse, acarrea la inatendibilidad de la testifical de cargo de los propios funcionarios sobre tal aspecto concreto. Y, de este modo, y en este punto, el motivo debe ser estimado.

Sentencia 728/2008, Sala de lo Penal del TS, de 18 de noviembre de 2008

REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

Arts. 163, 172 y 455 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Tras ofrecer la doctrina jurisprudencial relativa al delito de detención ilegal y su separación frente a las simples coacciones, termina la sentencia entendiendo que estamos en realidad ante un delito de realización arbitraria del propio derecho, dado que la actuación coactiva del sujeto activo fue dirigida en todo momento al objetivo del cobro de la deuda preexistente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—Los motivos cuarto en cuanto denuncia la indebida aplicación del art. 164

y quinto por indebida inaplicación del art. 455 CP deben ser analizados conjuntamente partiendo de la estimación del motivo precedente.

Reiteradamente hemos declarado, por todas SSTS 803/2005, de 24 de junio, 1507/2005, de 19 de diciembre, 346/2007 de 27 de abril, que tanto el delito de detención ilegal (art. 163 CP) como el delito de coacciones (art. 172 CP) son delitos “contra la libertad” (Título VI del Libro II del Código Penal). El bien jurídico protegido por ambos tipos penales lo constituye, por tanto, la libertad individual. Se distinguen, no obstante, porque el segundo delito, consistente en impedir a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sin estar legítimamente autorizado para ello, viene a constituir el género dentro de este tipo de conductas injustamente restrictivas de la libertad del individuo, y el primero, consistente en encerrar o detener a otro, privándole de su libertad, es una conducta específica dentro de aquel género, pues afecta concretamente a la libertad deambulatoria de la persona. Su forma comisiva está representada por los verbos nucleares de “encerrar” o “detener” que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 de nuestra Constitución. Libertad que se cerceña injustamente (STC 178/1985) cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado (“encierro”) o se le impide moverse en un espacio abierto (“detención”). El tipo penal del art. 163 del CP no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas, por tanto, son irrelevantes los móviles (SSTS 1075/2001, de 1 de junio, 1627/2002, de 8 de octubre).

Consiguiente, no es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta (SSTS 1964/2002, de 25 de noviembre, 135/2003, de 4 de febrero).

Por lo demás, debemos decir también que el delito de detención ilegal es una infracción penal de consumación instantánea no

obstando a su consumación el mayor o menor lapso de tiempo que la víctima estuvo sometido a la voluntad de su secuestrador, porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (SSTS 1400/2003, de 28 de octubre, 1548/2004, de 27 de diciembre), aunque el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica (STS 48/2005, de 28 de enero). Es un delito permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima por lo que admite la participación posterior a la consumación (STS 59/2001, de 22 de enero), y no admite la figura del delito continuado, por atacar su bien eminentemente personal, debiendo apreciarse tantos delitos como detenidos (SSTS 1261/1997, de 15 de octubre, 1397/2003, de 16 de octubre). Cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas se cometen otros tantos delitos de detención ilegal en concurso real, pues se estima que se realizan varias acciones (STS 788/2003, de 29 de mayo).

La detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comitiva, encerrar o detener, afecte al derecho a la libertad deambulatoria (SSTS 1122/1998, de 29 de septiembre, 610/2001, de 10 de abril, 44/2002, de 21 de enero, 2/2003, de 9 de enero). Cuando ello no ocurre la calificación debiera ser coacciones (SSTS 540/2006, de 17 de mayo, 654/2006, de 16 de junio).

En definitiva el hilo de la distinción entre acción coactiva y detención ilegal reside en que mediante la primera se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante “vis compulsiva” a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; y en la segunda, detención ilegal, no se doblega sino que se impone o se obliga imperativamente, imposibilidad alguna de defensa la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad deambulatoria porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos.

Por otra parte, el dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuáles sean los móviles o ulteriores intenciones del agente, de la misma forma que la detención admite varias formas comitivas, no requiriendo necesariamente, fuerza o violencia (STS 53/1999, de 18 de enero), ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo (STS 1045/2003, de 18 de julio), incluido el intimidatorio (STS 1536/2004, de 20 de diciembre) y también el engaño (STS 8 de octubre de 1992).

Undécimo.—Pues bien ya hemos dicho antes que a pesar de lo que dice el hecho probado, en realidad las pruebas obrantes en la causa no han podido acreditar que la víctima fuese obligada a subir en su vehículo y ser trasladado a un piso donde fue esposado y retenido por un tiempo no determinado, por lo que la redacción resultante del relato fáctico permitiría considerar los hechos dentro de la figura de las coacciones, pues la intimidación, compulsión e incluso agresión realizadas sobre la persona del a víctima fue encaminada para obtener el dinero que violentamente se le reclamaba, pero no quedan datos en los hechos que debemos considerar probados que permitan afirmar más allá de toda duda que en ese tiempo la víctima se encontró privada de libertad, más allá de la compulsión que representaba la exigencia violenta del pago de la cantidad adeudada (ver STS 16 de junio de 2006), transcrita por el recurrente en su escrito de alegaciones a la impugnación del Ministerio Fiscal).

Sentencia ésta que igualmente señala que establecido que se trata de un delito de coacciones, la finalidad con la que se ejecutan, conduce a la aplicación del principio de especialidad dentro del concurso aparente de normas del art. 8 CP por lo que la condena únicamente se producirá por un delito del art. 455 CP por cuanto cuando los requisitos del tipo están contenidos en el precepto general y en el especial, añadiendo éste elementos que contiene aquél, se aplica el prin-

cipio, constantemente proclamado por la jurisprudencia *lex specialis derogat legi generale*, lo que puede ocurrir entre preceptos de una misma Ley o de distintas leyes, considerándose (art. 9) la prevalencia de la Ley especial y ello con independencia de que la especialidad suponga la imposición de una pena mayor o menor.

En efecto el propósito de realizar un derecho propio es un elemento subjetivo del injusto que determina la eliminación del ánimo de lucro y la aplicación de otras figuras delictivas, como el robo e incluso las coacciones, así la STS 1 de marzo de 1999, subsume los hechos en el delito del art. 445 CP y no en el de coacciones del art. 172 porque en esta figura delictiva no está previsto ningún elemento subjetivo del injusto ni, por lo tanto, el propósito de restaurar derechos patrimoniales, bien entendido, de una parte, que el alcance de la conducta que se sanciona penalmente, si se atiende a la ubicación del precepto de un título referente a delitos contra la administración de justicia y a la redacción del propio art. 455, en su primer párrafo, permite comprender que la efectiva consecución del propósito de realizar su derecho propio no es un elemento de este tipo penal, sino que el delito se consuma por el mero empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, actuando fuera de las vías legales. Por tanto, en el caso de autos, aunque no se haya alcanzado el propósito que guiaba a los agentes del hecho, el delito ha de entenderse consumado por la violencia e intimidación empleada (STS 20 de marzo de 2002); y de otra, que aunque el autor del delito descrito en el art. 455 es quien ostente la condición del titular del derecho que se trata de realizar fuera de las vías legales, mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas, esto es quien ostente la cualidad o condición de acreedor, por lo que el extraño que coopera no puede reputarse autor directo, nada impide la participación de terceros extraños conforme al art. 28.2 (cooperador) o art. 29 (cómplice) manteniendo el título de imputación.

(...)

Sentencia 790/2008, Sala de lo Penal del TS, de 18 de noviembre de 2008

“DOLUS GENERALIS”

Art. 139 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

En una hipótesis de dolus generalis dada la incertidumbre sobre el momento de la muerte, rechaza la Sala la solución de concurso de delitos entre tentativa de asesinato y homicidio imprudente, entendiéndose que la desviación en el curso causal tiene carácter inesencial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—(...)

1. El recurrente explica que de los hechos probados de la sentencia no se colige el momento de la muerte, y, en consecuencia, si ésta tuvo lugar cuando Cornelio realizó la acción dolosamente dirigida a tal fin, o si, por el contrario, el óbito ocurrió durante las maniobras de ocultamiento de lo que se creía cadáver.

A lo largo de la sentencia del Tribunal del Jurado (fundamentos jurídicos 2.º y 3.º) se pone reiteradamente de manifiesto un hecho: no se ha podido precisar en qué momento se causó la muerte de la víctima. Obviamente ante una ausencia de datos que permitan determinar con la precisión necesaria el cuándo de la producción de la muerte y, paralelamente, la comprobación de que ésta se ha causado bien debido a la agresión inicial o a las maniobras de ocultamiento, se impone, en aplicación del principio pro reo constitucionalmente garantizado, la interpretación más favorable al acusado, y esa

es, como se argumenta a continuación, la que señala que la muerte se produjo durante las maniobras de ocultamiento.

A la vista de las consideraciones de naturaleza fáctica realizadas en la fundamentación jurídica, se aprecia una diseminación de datos, todos los cuales pueden contribuir a integrar el “factum”, según doctrina de la Sala 2.ª, especialmente en los casos en que la cointegración es favorable al reo.

Recuerda las soluciones doctrinales manejadas para resolver el caso, que las reduce a dos:

a) El sujeto quería matar y ha conseguido de una u otra forma la muerte, o el sujeto ha integrado previamente las maniobras de ocultamiento del cadáver en el diseño de su conducta y en ellas se produjo la meta buscada. Su calificación sería de asesinato u homicidio consumado.

b) Concurso de delitos, combinando el homicidio doloso en grado de tentativa, que es lo que el sujeto quería realizar y no consiguió, con un homicidio imprudente, que se produjo después en las maniobras de desprendimiento del cadáver.

Concluye que esta última tesis es la que se propugna por ser más conforme con el principio de culpabilidad.

2. Ciertamente las características del crimen, la ausencia de autopsia y la aparición de los restos cadavéricos en las aguas del Cantábrico impidieron constatar con absoluta certeza la causa y momento de la muerte. No obstante, el Tribunal popular consideró probado (recordemos el apartado 9.º del objeto del veredicto) que el acusado utilizó la cuerda para provocar la muerte de Luis Pablo y que el recurrente había expresado a su cómplice, tras este primer episodio de estrangulamiento, que la víctima había muerto. Es decir, el Tribunal popular acogió como cierto el hecho de que el estrangulamiento con la cuerda fue la causa inmediata de la muerte. Ello obviaría cualquier discusión, porque cualquier otra alternativa dejaría de respetar los hechos probados, como impone el art. 884.3 LECrim.

En cualquier caso, la fijación de la muerte en momento secuencial posterior —colocación de la bolsa de plástico rodeando la cabeza o despeñamiento del cuerpo por el acantilado— nunca podría servir para construir el concurso que sugiere el recurrente ni para descartar la concurrencia de la alevosía.

Partiendo de la hipótesis (sólo a efectos dialécticos) de que tal muerte hubiera ocurrido por anoxia ante la acción asfixiante de colocar la bolsa de plástico en la cabeza del ofendido o por el brutal despeñamiento por el acantilado, suponiendo que se hallara vivo, todavía existiría una prolongación del inicial dolo de muerte de carácter alevoso o en el peor de los casos surgiría renovado con especial intensidad.

Para caso de renovación del dolo (dolo reduplicado y directo de matar), ora de primer grado o de consecuencias necesarias (asfixia o despeñamiento), en este último supuesto con probabilidad rayana en la certeza, la acción resultaría idónea y apta para provocar una muerte segura, siempre dentro de la misma hipótesis (sólo teórica) de que el estrangulado conservase un hálito de vida.

3. Si seguimos acudiendo a las hipótesis y nos situamos en la posición que pretende el recurrente, esto es, si presumimos que el autor del hecho cuando ejecutó los episodios segundo y tercero (asfixia por anoxia o despeñamiento) creía por error vencible que la víctima había muerto, sin ser cierto, faltaría el elemento objetivo del tipo (“ser vivo”), en cuyo caso la muerte final sólo le podrá ser imputable a título de homicidio imprudente.

Sin embargo, tal construcción no podría prosperar si acudimos, como es de lógica, al concepto de “*dolus generalis*”, según el cual la segunda acción y la tercera en su caso estarían comprendidas por el dolo genérico de matar, que perduró de forma sostenida hasta que los acusados se desprendieron del cuerpo de la víctima. Se trataría de una desviación del curso causal absolutamente inercial.

Pero aunque descompusieramos las conductas, y se pudiera considerar aisladamente (repetimos que sólo lo hacemos a efectos dialécticos) en las tres acciones de estrangulamiento con la cuerda, asfixia con embolsamiento de la cabeza o muerte traumática por despeñamiento, existiría voluntad inequívoca de matar a un tercero y concurriría la alevosía, en el primer caso sorpresiva o inopinada y en los otros dos de prevalimiento.

Sentencia 768/2008, Sala de lo Penal del TS, de 21 de noviembre de 2008

DECLARACIONES SUMARIALES

Arts. 24.2 CE; 448 y 730 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar

SÍNTESIS

Se resumen sistemáticamente las excepciones en que las diligencias sumariales pueden ser susceptibles de valoración como verdaderas pruebas de cargo, considerándose a continuación que en el caso de autos concurra una de ellas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo segundo, apoyado en el art. 849.1.º y en el art. 5.4 de la LOPJ, denuncia simultáneamente la indebida aplicación de los arts. 730 y 448 de la LECrim. y la vulneración del art. 24 de la Constitución que consagra el derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva con la prohibición de indefensión.

La tesis del recurrente es que su condena se apoya en una prueba insuficiente de cargo, que es la lectura en Juicio Oral de la declaración prestada por la víctima durante el sumario, sin intervención alguna de la defensa.

El motivo debe desestimarse por las siguientes razones:

1. El valor probatorio de la declaración testifical prestada durante el sumario no está totalmente excluido en nuestro ordenamiento, dado que se admite en algunos casos, como excepción a la regla general contraria. La regla general es en efecto que los medios de prueba válidos para desvirtuar la presun-

ción de inocencia son en principio los utilizados en el Juicio Oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción. Pero esto no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 17 de junio de 1986, 1 de octubre de 1987, 23 de febrero de 1988, 4 de mayo de 1990, 24 de mayo de 1990, 15 de abril de 1991 y 23 de febrero de 1995; igualmente STS 4 de julio de 1997, 24 julio de 1997, entre otras muchas).

2. Las excepciones en que las diligencias sumariales son valorables como pruebas verdaderas son:

A) Las pruebas preconstituidas: de irproductibilidad originaria, es decir las que por su naturaleza no pueden repetirse en el juicio oral y que por lo mismo han de practicarse en el período sumarial con todas las garantías excluyentes de la indefensión (es-

cuchas telefónicas, registros domiciliarios, etc.).

B) Las pruebas anticipadas: en ellas la irreproductibilidad es sobrevenida, pero es previsible al tiempo de practicarse en el sumario (testigo en peligro de muerte, o de previsible ausencia o ilocalización). Se rigen, siendo pruebas testificales, por lo dispuesto en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los arts. 657.3, si es procedimiento ordinario, y los arts. 781.1 punto tercero y 784.2, si es procedimiento abreviado. El art. 448 exige proveer de Letrado defensor al reo y darle intervención en la práctica del interrogatorio del testigo junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular. Todo ello sin perjuicio de que potencialmente en el Juicio Oral se lea el resultado de la prueba anticipada conforme al art. 730 de la LECrim.

C) Las pruebas mal llamadas anticipadas, o anticipadas en sentido amplio: como las anteriores son irreproducibles por causas sobrevenidas pero en cambio estas causas resultan imprevisibles al tiempo de practicarse como diligencia sumarial (testigos que terminan en paradero desconocido, o que fallecen por causa no previstas, entre otros casos). Cabe en tales supuestos dar lectura de la declaración sumarial, por así permitirlo el art. 730 de la LECrim. a condición de que la misma haya sido prestada ante la presencia judicial con cumplimiento de todas las garantías procesales según la regulación de la diligencia practicada.

D) La confrontación entre la declaración sumarial y la prestada en el Juicio Oral cuando haya contradicción entre ellas. En tal caso puede manifestarse la contradicción por la lectura de la declaración sumarial para pedir se expliquen las razones de las diferentes declaraciones, como dispone el art. 714 de la LECrim., en cuyo caso puede el Tribunal dar credibilidad a una u otra según sea lo razonable.

3. Dejando aparte el primero y el cuarto de los supuestos, la cuestión planteada se

centra en determinar el valor de la declaración sumarial de la víctima, en el ámbito del segundo y tercer caso: El examen de la declaración testifical prestada por ella evidencia que se practicó con el título de “prueba anticipada” que figura en el encabezamiento de la declaración. Sin embargo el testimonio se prestó sin cumplir lo dispuesto en el art. 448 de la LECrim. porque se hizo en presencia judicial y con intervención del Ministerio Fiscal pero sin designarles Letrado a los denunciados, ni posibilitar su participación en el interrogatorio de la víctima denunciante. No obstante, esa declaración no se propuso luego por el Ministerio Fiscal como “prueba anticipada”, sino que, obviando ese carácter, en su escrito de acusación propuso la declaración testifical del denunciante a practicar personalmente en el Juicio Oral previa citación del mismo, y sólo subsidiariamente, y para el caso hipotético de que no pudiera localizársele, interesó la lectura de su declaración sumarial. Lo mismo propusieron las defensas de los acusados, incluida la del hoy recurrente. La Sala acordó practicar esa prueba para lo cual ofició a la Policía para la búsqueda y localización del testigo. Contestó ésta comunicando que las gestiones habían resultado infructuosas, de lo cual se dio traslado al Ministerio Fiscal y defensas, que nada alegaron al respecto. En el Juicio Oral fue llamado el testigo y ante su incomparecencia el Ministerio Fiscal y las defensas estuvieron conformes en que se procediera a la lectura de su declaración sumarial obrante a los folios 47 y 48 de las diligencias. Se leyó su declaración según lo previsto en el art. 730 de la LECrim. y las defensas hicieron sobre su contenido las consideraciones que estimaron oportunas.

En consecuencia resulta irrelevante el incumplimiento de las normas condicionantes de la “prueba anticipada” en sentido propio, porque no se practicó con ese carácter, sino de acuerdo con el art. 730 de la LECrim. por sobrevenida e imposible irreproductibilidad según lo previsto en ese precepto, por encontrarse el testigo ilocalizable y en parade-

ro desconocido y resultar infructuosas las gestiones hechas para su localización.

En tal caso como señala la Sentencia de 15 de octubre de 2001 “Nada impide —desde una perspectiva constitucional y procesal— que el juzgador incorpore al material probatorio las declaraciones y testimonios previos al juicio a través del art. 730 de la LECrim. siempre y cuando las diligencias precedentes se hayan practicado ante la autoridad judicial de modo inobjetable y que el contenido de las mismas se incorpore al debate que se desarrolla en el juicio (ordinariamente mediante su lectura) en condiciones que permitan a las partes contradecir, refutar o impugnar dichas manifestaciones, en cuyo caso en estos excepcionales supuestos, se puede considerar respetado el derecho a la contradicción”. La lectura de la declaración sumarial durante el juicio oral se hace “con el fin precisamente de permitir a la defensa del acusado someter las actuaciones sumariales a una efectiva contradicción en el acto de la vista” (STC 16 de enero de 1992). La reproducción de la declaración

sumarial, dice la Sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1998, mediante su lectura en el acto del Juicio Oral se efectúa “en condiciones que permiten a la defensa del acusado someterla a contradicción”.

4. No hay pues vulneración alguna en la incorporación de esa declaración testimonial al Juicio Oral. Ni es de apreciar infracción de la presunción de inocencia porque, además de lo expuesto, contó la sala con otras pruebas de cargo válidas, lícitas y de contenido incriminador más relevantes y eficaces que aquella declaración de la víctima: la declaración sumarial, y en Juicio Oral, de los otros acusados que, señalaron al recurrente en el sumario y en el Juicio Oral, como uno de los que intervino en la agresión contra el denunciante. Y la declaración misma del propio Raúl Hamidchu que reconoció haberle atacado con un cristal, tanto en el Sumario como en el Juicio Oral.

Por consiguiente dispuso la Sala de pruebas de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Sentencia 766/2008, Sala de lo Penal del TS, de 27 de noviembre de 2008

TRÁFICO DE DROGAS. ENTREGA VIGILADA

Arts. 16, 368, 369.1.10.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

En un delito de tráfico de drogas, analiza la sentencia (entre otros), los problemas de la existencia de delito consumado o simple tentativa en los supuestos de “entrega vigilada” y el alcance de la causa de agravación de introducción de la droga en el territorio nacional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

La solución al supuesto sometido a nuestra consideración obliga a distinguir dos planos diferenciados. El primero, el relativo a la consumación del delito de tráfico de drogas, tal y como lo define el art. 368 del CP; el segundo, el que se refiere a la aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.10.^a del CP.

A) La consumación del delito del art. 368 del CP, en los casos en los que la distribución clandestina de la droga se haya llevado a cabo por correo, ha sido analizada en numerosas ocasiones por esta Sala.

En relación con la consumación o no del delito contra la salud pública, esta Sala ya ha indicado en repetidas ocasiones (cfr. SSTS 1697/2001, de 3 de diciembre y 1265/2002, de 1 de julio, entre otras muchas), que la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha sido admitida por la jurisprudencia con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de “promover”, “facilitar” o “favorecer” el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aun sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado.

Excepcionalmente, se ha admitido la imperfección en el supuesto de actos de tráfico

verificados por el adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa civil de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse (cfr. SSTS 2455/1992, de 11 de noviembre, 497/1996, de 24 de mayo y 1000/1999, de 21 de junio, entre otras muchas).

Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (la STS 989/2004, de 9 de septiembre, se refiere a un supuesto de entrega vigilada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993, de 27 de septiembre, 383/1994, de 23 de febrero, 947/1994, de 5 de mayo, 1226/1994, de 9 de septiembre, 357/1996, de 23 de abril, 931/1998, de 8 de julio y 1000/1999, de 21 de junio). Reitera la STS 1594/1999, de 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994, de 12 de septiembre, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico. Según se afirma en la STS 162/1997, de 12 de febrero, el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito, y en la STS 887/1997, de 21 de junio, se

razona que el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido.

Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga —mediante su transporte— o posesorio —mediante la transmisión—, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario.

Volcando este cuerpo jurisprudencial sobre el hecho probado, es evidente que el acusado tuvo la disponibilidad abstracta del envío y poseyó la droga de forma mediata. El juicio histórico afirma que Agustín "... se concertó con terceras personas no identificadas para introducir sustancia estupefaciente en territorio español para su ulterior distribución a terceras personas". La vía casacional seleccionada por el recurrente impone el respeto al "factum" proclamado por la Sala. Si en él se alude a la existencia de un acuerdo previo, se está colmando el presupuesto sobre el que la jurisprudencia de esta Sala ha construido la línea fronteriza entre el delito consumado e intentado. Y pese a las dudas que arroja la defensa del acusado sobre el respaldo probatorio a esa afirmación, lo cierto es que él se hizo cargo del paquete y él firmó con un nombre falso el resguardo de recepción. Además, como explica la Sala a la hora de fundamentar la autoría del acusado, en poder de éste "... había una anotación numérica que se correspondía con el número del paquete entregado, así como un número de teléfono, el NUM002, que es el mismo que aparecía en la etiqueta identificadora del paquete referenciado".

B) Respecto del art. 369.1.10.^a del CP, hemos de anticipar que la Sala, en coincidencia con el Fiscal, se inclina por el rechazo a su aplicación en el presente caso.

En efecto, este precepto, en la redacción dada por LO 15/2003, de 24 de noviembre, autoriza la imposición de la pena superior en grado cuando "... el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas". Su vigencia sólo es explicable por el deseo legislativo de neutralizar la interpretación jurisprudencial proclamada en el acuerdo del Pleno de la Sala de 24 de noviembre de 1997. En él se abandonó el criterio interpretativo precedente, que estimaba que entre el delito de contrabando de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, y el delito de tráfico de drogas, existía un concurso ideal de delitos, afirmando que se trata de un concurso aparente de normas, que ha de resolverse con arreglo a un elemental principio de consunción.

El propósito legislativo de cerrar esa vía interpretativa ha introducido serios problemas hermenéuticos. Además, ha conducido a una situación fronteriza con las exigencias constitucionales de proporcionalidad en la definición de los tipos penales. Y es que, incluso vigente la solución del concurso ideal de delitos, ésta implicaba la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior (art. 71.1 CP). Ahora, en cambio, ha de imponerse la pena superior en grado, con las consiguientes dificultades derivadas del hecho de que el Tribunal ha de operar con una franja mínima de 9 años de prisión. Decíamos en la STS 30/2008, de 22 de enero, que se trata de una sanción especialmente grave, similar en su extensión a la señalada al homicidio (de diez a quince años de prisión), o a la violación agravada (artículo 180, de doce a quince años de prisión), y superior a la señalada, por ejemplo, al tipo básico del delito de violación (de seis a doce años de prisión). Lo cual no impide, desde luego, reconocer los graves efectos que estas conductas delictivas producen en el ámbito social, que se ven incrementados en los supuestos agravados.

No es éste el único problema que, desde la perspectiva de la pena imponible, sugiere

el nuevo precepto. Si se estimara que ese tipo agravado admite formas imperfectas de ejecución —criterio no compartido por todos— aunque en el Código Penal anterior la cuestión era puramente especulativa, pues la subida y sucesiva bajada de grado dejaba la penalidad en términos iguales, en el vigente Código, han variado las reglas dosimétricas, no faltando ocasiones en que —como recuerda el Fiscal— cuando se sube la pena uno o varios grados, la posterior rebaja en el mismo número de grados paradójicamente no deja las cosas como estaban. Pueden variar y a veces mucho. En supuestos como éste la pena del tipo básico oscila entre 3 y 9 años —dejando ahora a un lado la pena de multa—. La pena agravada por virtud del art. 369.1.10.³ estará comprendida entre 9 años y 1 día y 13 años y 6 meses (art. 70). Si a continuación degradamos esas penas un grado por virtud de la tentativa tendremos una penalidad comprendida entre 4 años y 6 meses y 9 años (art. 70). Por tanto, una pena superior en su duración mínima a la pena base. Y si la degradamos de nuevo como permite la tentativa (art. 62) tendremos una pena que oscilará de los 2 años y 3 meses a los 4 años, 5 meses y 29 días. No tiene sentido que, por aplicación de la tentativa, la pena pueda ser inferior a la del tipo base que ha sido colmado plenamente.

Las dificultades expuestas han llevado a propugnar soluciones de diverso signo para evitar tan indeseables efectos. Así, por ejemplo, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2005, 31 de marzo, concluye que “La aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.10.³ solo podrá fundamentarse en la introducción o salida efectivas de tales sustancias del territorio nacional, al objeto de evitar respuestas punitivas manifiestamente desproporcionadas al grado real de antijuridicidad material de las mismas, de manera que cuando tales conductas tengan lugar en los recintos aduaneros únicamente la superación de tales controles permitirá considerar consumada tal agravación específica. Por tanto, si

no se produce dicha circunstancia no será de aplicación el subtipo que examinamos al no haberse ejecutado efectivamente el comportamiento agravatorio consistente en la introducción o salida ilegal del territorio nacional de las sustancias sometidas a restricción, subsistiendo no obstante plenamente consumada la acción integradora del delito básico previsto en el artículo 368 CP, respecto de la cual habría, en su caso, de haberse construido la agravación si se hubiera perfeccionado el comportamiento especialmente sancionado. Abundan en ello razones penológicas porque la posibilidad que ofrece la tentativa de rebajar en dos grados la pena prevista para el subtipo determinan que de estimarse la existencia de un concurso de normas resulte en abstracto más grave la pena correspondiente al tipo básico en grado de consumación que la que pudiera imponerse por el subtipo intentado del artículo 369.1.10.³”.

El criterio institucional de la Fiscalía General del Estado —que conduce a la práctica inaplicación del precepto en los casos en los que la droga es interceptada en el control aduanero— coexiste con el de aquellos otros que entienden que la redacción del art. 369.1.10.³ del CP, ha convertido en un delito de resultado lo que antes se configuraba como un delito de mera actividad. De ahí que sea perfectamente aplicable el tipo agravado en grado de tentativa, en función de que se hayan o no traspasado los controles aduaneros. Este Sala, sin embargo, en aplicación del tipo agravado previsto en el actual núm. 8 del art. 369, ha considerado improcedente la fórmula de estimar la concurrencia de un delito de tráfico de drogas, en su modalidad básica, que estaría consumado y una modalidad agravada que sería aplicada en tentativa (cfr. SSTS 675/1996, de 9 de octubre; 527/1998, de 15 de abril y 1553/2003, de 11 de marzo, entre otras).

Con el fin eludir algunos de los inconvenientes apuntados, se ha propugnado también un entendimiento del art. 369.1.10 del CP basado en su estricta significación gra-

matal. En él se sanciona con mayor gravedad aquellos casos en que "... el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de dichas conductas". Así, esta agravación tendría por objeto concretar una forma específica de los actos de favorecimiento descritos en el tipo básico. De ahí que resultaría aplicable sólo a quien realiza o favorece, a título de autor, la introducción o la salida de esas drogas. En definitiva, sólo a aquellos que facilitan la circulación ilegal de drogas entre España y un tercer país o viceversa, no a los que se limitan a la realización de actos de tráfico "stricto sensu", que favorecerían la circulación de la droga ya introducida por otros.

C) Sea como fuere, lo cierto es que la aplicación, con carácter general, de los tipos agravados previstos en el art. 369 del CP sólo se justifica por la mayor peligrosidad de tales conductas respecto del bien jurídico protegido, por la mayor facilidad para la difusión de la droga —en atención a los lugares y a los potenciales destinatarios de aquella— y, en fin, por la facilitación de la impunidad en la ejecución de algunas de esas conductas.

En el presente caso, la inaplicación del art. 369.1.10.^a del CP se deriva de dos circunstancias básicas. La primera, de la propia configuración del tipo agravado, en el que no resulta fácil asociar esa más intensa antijuridicidad a una hipotética y formal vulneración de derechos arancelarios del Estado, cuya existencia, si bien se mira, sólo se justifica por el peligro que la libre circulación de tales drogas tóxicas tiene para la salud colectiva, único y verdadero bien jurídico protegido. Por otra parte, porque en supuestos como el que es objeto de enjuicia-

miento, no ha habido un incremento del riesgo para el bien jurídico, en la medida en que la interceptación en la frontera española neutralizó la efectiva potencialidad dañina de las sustancias tóxicas que fueron objeto de aprehensión.

En palabras de la STS 30/2008, de 22 de enero, es posible considerar que la imposición de una mayor pena resulta razonable cuando se trate de conductas que sean creadoras de un mayor riesgo para la salud pública. En definitiva es la presencia de ese riesgo, abstracto pero real, lo que explica la sanción penal de esas conductas con una pena superior a la del tipo básico sin afectar al principio de proporcionalidad. Y tal riesgo puede ser apreciado cuando se introduzca efectivamente en el país una sustancia de las prohibidas, especialmente cuando no sea producida aquí, pues en esos casos no cabe la menor duda de que se incrementa la variedad y, en todo caso, la cantidad de sustancias disponibles para el tráfico ilícito, y consiguientemente aumenta el riesgo de su circulación, tráfico y consumo ilegal, con la paralela ampliación de la posibilidad de una mayor producción de efectos negativos para el bien jurídico. Por lo tanto, para apreciar el supuesto agravado es preciso que se produzca no solo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que la posibilidad de circulación efectiva de la sustancia sea apreciable, pues en otro caso el riesgo ampliado, justificativo de la agravación, no podría ser afirmado. Consecuentemente, así como el tipo básico se consume cuando se establezca la posesión mediata o inmediata de la droga con una mínima posibilidad de disposición, el subtipo agravado solo se consumará cuando la introducción se haya realizado en condiciones de difusión o circulación de la sustancia introducida.

Sentencia 872/2008, Sala de lo Penal del TS, de 27 de noviembre de 2008

INDEBIDA DENEGACIÓN DE PRUEBA. AUDIENCIA PRELIMINAR

Arts. 24.2 CE; 786 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial que admite para el proceso ordinario la celebración de un trámite equivalente a la audiencia preliminar del abreviado, estima el recurso del Fiscal al que indebidamente se rechazó su petición de que se abriese dicho trámite interesando nueva prueba a practicar en el plenario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La sentencia de instancia condenó al acusado, Gaspar como autor de un delito de robo con violencia y de una falta de lesiones pero le absolvió de un delito de agresión sexual del que también acusaba el Ministerio Fiscal.

Alega el Ministerio Fiscal en referencia a esta absolución que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional en el que acusaba de tal delito a Gaspar, por error material del referido escrito, no propuso prueba de cargo que pudiera sostener la acusación por tal delito, constituido en la declaración de la presunta víctima.

Constatada la omisión, en tal situación el propio Ministerio cita telefónicamente el día 15 de enero de 2008 a la testigo en cuestión en la que coincidía la condición de posible víctima de dicha agresión, al objeto de que compareciera al Plenario. Llegado el día señalado para el inicio de las sesiones del juicio oral, el Ministerio Fiscal instó la apertura del trámite de Audiencia Preliminar del art. 786 LECrim., anterior 793.2.º hasta la Ley 32/2002, solicitando la apertura

del mismo, no obstante tratarse de una causa tramitada por las normas del Sumario, y, asimismo interesó que se admitiera como nueva prueba a practicar en el Plenario, la testifical de la persona concernida que, como ya se ha dicho, había sido citada por el Ministerio Fiscal y se encontraba en la sede judicial a disposición del Tribunal.

Como petición subsidiaria, caso de que no se admitiera la apertura del trámite de la Audiencia Preliminar, se interesó del Tribunal que hiciese uso del art. 729.2.º de dicha Ley, y acordara él mismo la testifical interesada.

El Tribunal denegó las dos peticiones en el FJ primero de la sentencia y el Ministerio Fiscal efectuó la correspondiente protesta a los efectos de formalizar en su día recurso de casación, que es el ahora estudiado.

La argumentación del motivo tiene tres pilares fundamentales a los que dedica “in extenso” el Ministerio Fiscal la oportuna motivación: a) legitimación del Ministerio Fiscal para promover el recurso de casación alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: b) la posibilidad de extender el trámite de la Audiencia Preliminar previsto en el Procedimiento Abreviado al

Sumario y c) la validez del Tribunal para acordar por sí mismo la práctica de nuevas pruebas bajo el amparo del art. 729.2.º de la LECrim.

(...)

La segunda cuestión debe ser resuelta afirmativamente bastando para ello la doctrina de esta Sala referente a admitir en el proceso Sumario la Audiencia Preliminar del art. 786 LECrim. prevista inicialmente para el Procedimiento Abreviado, y, en consecuencia la posibilidad de proponer nuevas pruebas en dicho incidente con la única limitación de que deban practicarse en el acto, es decir, que la prueba nueva no suponga una suspensión de la vista porque así lo prevé el art. citado.

Como referente jurisprudencial de esta doctrina se pueden citar las SSTs de 17 de diciembre de 1998 —Caso Marey—, 6 de julio de 2000, 16 de julio de 2004, 30 de marzo de 2006 o 1060/2006, de 11 de octubre.

De esta última sentencia, acotamos el siguiente fragmento:

“... Una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad a la calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio Oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos —obvios—, de que esta nueva proposición de prueba no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes. En tal sentido, la STS de 14 de diciembre de 1966 prevé esta posibilidad en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión”.

Se trata, se insiste, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793.2.º de la LECrim., actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de enero de 1999:

“... El art. 793.2.º de la LECrim. permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral...”.

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuan-

to a la proposición de prueba, cuyo período se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

¿Es aplicable esta posibilidad al Procedimiento Ordinario por Sumario?

Sin duda, y ello por las siguientes razones:

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECrim. en la Ley con fecha de 14 de septiembre de 1882.

b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120.3.º de que el Procedimiento —sobre todo en material criminal— será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras ya citadas las SSTS de 10 de octubre de 2001, la 2/1998 de 29 de julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que

en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba...”.

A la misma conclusión se llega dada la perspectiva del elenco de derechos fundamentales que se estiman vulnerados por el recurrente.

Es evidente que en el presente caso, el error —olvido si se quiere— padecido por el Ministerio Fiscal al no citar el testimonio de la supuesta agredida sexualmente en su escrito de conclusiones provisionales, queda compensado con la diligencia de éste al advertir la situación, citar a la testigo al Plenario, acudiendo ésta, seguidamente la petición del Ministerio Fiscal de apertura de la Audiencia Preliminar del art. 786 de la LECrim. en cuyo seno se permite la proposición de prueba a practicar seguidamente, lo que en el caso de autos estaba garantizado con la presencia en estrados de la testigo, debió haber sido atendido de acuerdo con la doctrina de esta Sala, reiterada y constante desde hace años.

Por otra parte tal petición se justificaba por la realidad del error sufrido pro ese Ministerio, y, obviamente no entrañaba ningún fraude procesal ni obstáculo al principio de contradicción, pues es obvio, que dicha testigo sería interrogada por la acusación y la defensa y por otra parte consta la declaración de la citada persona en sede policial y judicial durante la tramitación de la causa, por lo que no se trataba de una testigo sorpresiva, u ocultada hasta ese momento.

Existió en consecuencia una lesión al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el aspecto concreto de proponer prueba, y por ello la denuncia debe prosperar y el motivo aceptarse.

Con lo dicho queda ya sin contenido ni interés la petición subsidiaria efectuada por el Ministerio Fiscal en el sentido de que hiciese uso el Tribunal de las facultades que le confiere el art. 729.2.º.

Sentencia 577/2008, Sala de lo Penal del TS, de 1 de diciembre de 2008

TRÁFICO DE DROGAS. EXTREMA GRAVEDAD

Art. 370 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Se aborda el alcance del concepto “extrema gravedad”, supuesto agravatorio del delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 370 del Código Penal y, en particular, el significado del término “buque” allí utilizado y aclarado por el Acuerdo de Sala de 25 de noviembre de 2008, recogido en el número 26 de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LE-Crim. por aplicación indebida del art. 370.3.º CP en cuanto no puede calificarse de buque la embarcación semirrigida, con dos motores Yamaha de 200 hp, marca valiant y modelo DR-750, a los efectos de dicho subtipo agravado.

Dado que la cantidad de droga objeto de la operación no superaría los límites cuantitativos señalados por la jurisprudencia (por ejemplo STS 410/2006, de 12 de abril; 352/2007, de 23 de abril), que lo cifran en 1.000 veces superior al límite que justifica la aplicación del art. 369.b) CP (notoria importancia) que en el caso presente dada la concentración del principio activo tetrahidrocannabinol (THC) 3%, la sustancia al ser grifa —porcentaje entre 0,4 y 4%— supondría una cantidad de 10.000 kg. Se cuestiona la aplicabilidad del subtipo agravado de utilización de buque previsto en el art. 370.3.º CP al referirse a la extrema gravedad de las

conductas cuando “se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico”.

El nuevo texto del art. 370 CP tras la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, tras disponer que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 cuando: (...) 3. Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad, da una definición auténtica de lo que deba entenderse por conducta de “extrema gravedad”, en materia de tráfico de drogas, al decirse que “se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo

369.1”. En tal caso, “se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito”.

Con anterioridad a la reforma de la LO 15/2003, el texto legal hablaba simplemente de conductas de “extrema gravedad”, expresión sumamente vaga e indeterminada que suscitó la crítica de la doctrina y la preocupación de la jurisprudencia (SSTS 309/2005, de 8 de marzo, 343/2003, de 12 de marzo, 2292/2002, de 29 de noviembre, 1095/2001, de 17 de julio), en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de “lex certa” y por ello se ha defendido una interpretación cuidadosa y restrictiva de la mencionada expresión legal.

Esta Sala en sentencias como la 343/2004, de 12 de marzo, y 1954/2000, de 1 de febrero, señaló que la extrema gravedad prevista en el subtipo hiperagravado del art. 370, se construye, no solamente sobre el aspecto meramente cuantitativo de la droga ocupada, aunque indudablemente es preciso partir como primer dato para el análisis, de la cantidad aprehendida por relación a las cantidades por encima de las cuales opera la agravación de notoria importancia; junto a este primer dato inicial, habrá que añadir el porcentaje de componente tóxico y la potencial capacidad de llegar a un mayor número de consumidores por lo que entraña un mayor riesgo para la salud pública; otros datos a tener en cuenta serán la posible concurrencia simultánea de varias agravaciones de las previstas en el art. 369 CP.

Es un dato de experiencia —siguen apuntando aquellas sentencias— que en estos casos la existencia de una organización viene a ser un presupuesto casi imprescindible. Otro dato sería el uso o empleo de medios especialmente idóneos y complejos para este tráfico, y por tanto dada la naturaleza clandestina de la red, la especial complejidad tendente a su opacidad, ocultación y a burlar su persecución.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o

al servicio de otra persona, para excluir tal extra agravación a estos últimos (STS 1177/2003, de 12 de septiembre). Por ello esta hiperagravación no es aplicable a los meros peones, a quienes se encomienda funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión (STS 1422, de 10 de julio de 2001).

En esta dirección la STS 24 de octubre de 2000 dice que la conducta agravada así definida en sí misma considerada una “figura cualificada de segundo grado” (una “hiperagravante”), que demanda una interpretación, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*. Por lo demás, “su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos”. “De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos”. Entre los primeros, debe tenerse en cuenta: la cuantía de la droga aprehendida (absolutamente excepcional) y su pureza, los instrumentos utilizados para llevarla a efecto y la organización previa (la “logística”). Y entre los subjetivos: el papel o rol desempeñado por los acusados en la operación (si se actúa en interés propio o al servicio de otra persona).

Por todo ello, la STS 265/2007, de 9 de abril, recordaba que la extrema gravedad no es sólo extrema cantidad, y ello en garantía de la no vulneración del principio *in dubio pro reo* y del respeto a los principios de seguridad y legalidad, de exigencia más cuidada en casos en los que, por decisión del Poder Legislativo, la precisa determinación de ciertos elementos normativos del tipo — como ocurre en el art. 370— quedan, en su determinación a la decisión judicial, y, singularmente, a la de esta Sala casacional en su papel de último intérprete de la legalidad ordinaria en materia penal (SSTS 1884/1999, de 31 de octubre, 791/1995, de 19 de junio, 128/1998, de 4 de febrero, 1954/2000, de 1 de julio, 29 de noviembre

de 2001, 14 de mayo de 2002, 22 de septiembre de 2003).

Es cierto que —como hemos dicho en las SSTS 75/2008, de 3 de abril y 576/2008, de 24 de septiembre— las críticas doctrinales formuladas con carácter general a la excesiva amplitud de la fórmula jurídica previniente —que no precisaba qué había de entenderse por “extrema gravedad”, con el consiguiente riesgo para la principios de legalidad y seguridad jurídica— han sido atendidas por el legislador con mayor o menor acierto, la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se ha ocupado de delimitar en el art. 370.3.º CP, los supuestos que justifican la concurrencia de estos dos tipos.

La STS 45/2008, de 29 de enero ha examinado la incidencia que la reforma ha de conllevar en nuestra jurisprudencia, por cuanto el legislador, concreta el concepto y los supuestos en los que debe considerarse que la conducta es de extrema gravedad. Pues bien el reiterado empleo por el legislador de la conjunción disyuntiva “o” viene a establecer las circunstancias descritas no como necesariamente concurrentes en número plural, sino como alternativas, de manera que la concurrencia de una de ellas lleva a permitir la aplicación de la figura agravada en cuestión.

El carácter disyuntivo de los presupuestos que delimitan la concurrencia de la agravación, ya fue advertido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 31 de marzo, y representa hoy una única jurisprudencial plenamente consolidada (SSTS 789/2007, de 2 de octubre, 658/2007, de 3 de julio, 631/2007, de 4 de julio).

Siendo así el problema está en determinar si la embarcación usada en la causa es un buque, a efectos del precepto que nos ocupa.

En principio es adecuado el razonamiento inicial que nos ofrece la sentencia impugnada al señalar que en sentido vulgar, el diccionario asocia la palabra “buque” con “barco con cubierta, que por su tamaño, solidez

y fuerza, es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia, distinguiéndole del término “barco”, esto es “el vaso de madera, hierro u otra materia, que flota y que impulsado y dirigido por un artificio adecuado, puede transportar por el agua, personas, animales o cosas”.

Pero no consideramos correcto —como señaló la STS 909/2007, de 3 de octubre, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera de 10 de junio de 2006, a la que se remite la recurrida, ampliar ese concepto en base a determinadas normas de derecho privado, como el Reglamento del Registro Mercantil o de derecho fiscal, como las referidas al Impuesto del Valor añadido —anexo Ley 37/1992, de 28 de diciembre— que tienen su específico ámbito de aplicación y cuya referencia a los efectos que estamos examinando contraria al principio de legalidad penal, al que acabamos de referirnos, que impide esta clase de interpretaciones extensivas para los conceptos que delimitan los tipos penales.

Por ello se debe acudir a un concepto propio e independiente del ámbito penal que integre criterios teleológicos en su definición. Se trata, en definitiva, de indagar el sentido de la agravante para reducirla a los términos estrictos que reclaman los criterios usuales de interpretación de las normas penales. En este sentido, del conjunto de circunstancias que se describen en el art. 370.3.º para agravar la conducta típica, lo que destaca es la disposición de una gran infraestructura delictiva por parte de los autores del delito de la que inferir una potencialidad criminógena mucho mayor de la ordinaria e incluso tanto la previa realización de otros actos similares como la posibilidad de que a su través se puedan continuar realizando actividades delictivas pese al parcial desmantelamiento de la organización que la sustenta: tales medios son, sin duda, necesarios, para transportar.

Por todo ello, debemos resaltar a un concepto extramercantil y estricto de “buque” que excluye a embarcaciones neumáticas o semirrígidas como la que sirvió de medio de

transporte en esta causa, en la que solo consta que tenía dos motores Yamaha de 200 hp. Y una eslora de unos 7,5 m pero sin describir su estructura, compartimentos o incluso camarotes que posibiliten la permanencia de la tripulación, autonomía de la misma, etc.

En efecto lo relevante es que el buque, entendido como embarcación con determinadas características y una relativa capacidad de carga, sea el medio específico de transporte. Es decir, que buque será un barco tanto con aptitud para cargas grandes de cantidades de sustancia como especialmente idóneo para cometer el delito y, no solo eso, que además ha de ser especialmente idóneo para evitar su descubrimiento. Esta última nota se pone de manifiesto a través de la interpretación de tanto aquello que dice el art. 370 CP, como lo que no dice.

Efectivamente, si observamos el contenido del precepto, vemos que equipara el uso de buques con el uso de aeronaves, cuando a través del uso de este último medio de transporte sería especialmente fácil cometer el delito y especialmente difícil descubrir su comisión. Y sin embargo, no recoge el uso de otros medios de transporte como es el de camiones de mediano o gran tonelaje, cuando son aptos para cargar grandes cantidades y cometer el delito. Sin embargo, el camión carece de una capacidad que sí tienen los buques o aeronaves: su aptitud para llegar hasta lugares en los que el control policial, fiscal o aduanero es defectuoso. Esto es, su aptitud para facilitar la distribución y evitar el descubrimiento de los hechos.

En definitiva el buque, desde un punto de vista jurídico, es una embarcación que debe reunir las siguientes notas:

1.º) Es una embarcación que tiene cubierta (definida esta por la Real Academia Española como cada uno de los pisos de un navío situados a diferente altura y especialmente el superior); cuenta con medios de propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.

2.º) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.

3.º) Es una embarcación que se usa como medio específico de “transporte” de la sustancia.

Ello supone que la agravación deriva de la utilización de dicho medio con el fin concreto de transportar la sustancia, aunque sea bajo la apariencia de un transporte lícito, quedando al margen de la agravación los casos en que el imputado para realizar el viaje, lleva la sustancia consigo y se sirve de estos sistemas como forma de transporte público.

4.º) Es una embarcación apta para realizar con mayor facilidad el transporte de la sustancia, mediante la realización de una travesía de cierta entidad, incluyéndose la utilización en vía fluvial.

5.º) Es una embarcación apta para fondear a una distancia de la costa o arribar a un punto determinado de ella, eludiendo los puertos y, por tanto, los controles policiales y fiscales que en ellos se establecen.

Siendo así parece que embarcaciones como lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs puedan ser consideradas buques a tales efectos, porque no puedan ser consideradas como tales desde un punto de vista gramatical y no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad, sin perjuicio de que el uso de estas embarcaciones pueda dar lugar (en su caso, a la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad en atención a la cantidad de sustancia incautada).

Criterio éste que ha sido aceptado en el reciente Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de noviembre de 2008, que adoptó el acuerdo de que: “a los efectos del art. 370.3.º CP no cabe considerar que toda embarcación es un buque. Lo será aquella embarcación que reúna una serie de elementos constructivos —cubierta— con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías marítimas o fluviales, de entidad, excluyéndose expresamente las lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs”.

Sentencia 884/2008, Sala de lo Penal del TS, de 3 de diciembre de 2008

DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LA TENTATIVA

Art. 16 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

SÍNTESIS

Amplia información en torno al “desistimiento” de la tentativa emprendida y su “voluntariedad”, en orden a exonerar de responsabilidad penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la indebida aplicación del artículo 16.2 y la indebida inaplicación de los artículos 248, 250.1.2.º y 6.º y 16.1 todos del CP. En síntesis, sostiene que el desistimiento no ha sido voluntario sino obligado ante el contenido de la contestación a la demanda al percatarse de que su intento no ha tenido éxito y que la demanda tiene muy escasas posibilidades de prosperar, pudiendo verse acusado en un proceso penal.

1. El artículo 16.2 del CP establece una exención de responsabilidad penal por el delito intentado para quien evite voluntariamente la consumación desistiendo de la ejecución ya iniciada o impidiendo la producción del resultado. En ambos casos, aunque aquí interese el primero, el desistimiento ha de ser voluntario. La jurisprudencia ha entendido que debe apreciarse la voluntariedad cuando la decisión es consecuencia de una reflexión del autor y no de la aparición de obstáculos a la continuación de la acción ya iniciada.

Así, en la STS n.º 1096/2007, de 19 de diciembre, se dice que “En cuanto se refiere al desistimiento propiamente dicho, el mismo dejará de ser libre y voluntario en todos aquellos casos en los que el abandono de la acción comenzada haya sido debido a la aparición de algún impedimento con el que el autor no contaba en su plan”.

En sentido similar, la STS n.º 197/2000, de 16 de febrero, señala que entre dos posiciones doctrinales extremas, la que tiene en cuenta la posibilidad objetiva de consumación para aceptar el carácter voluntario siempre que aquella exista, y la que sostiene que lo que debe tenerse en cuenta es la cualidad moral del impulso del desistimiento, se sitúa un tercer sector doctrinal, al que se adscribe la doctrina de esta Sala, que entiende que el desistimiento debe considerarse voluntario cuando “resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza ‘por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su

culminación o perfección' (sentencia de 21 de diciembre de 1983)".

También la STS n.º 146/2006, de 1 de febrero, en la que se dice que "... la huida y abandono del lugar de los hechos por parte del acusado no se debió al voluntario abandono del propósito de apoderamiento ilícito sino a la evidencia de las grandes dificultades que entrañaba su consumación sin ser descubierto por otras personas..."

La STS n.º 1124/2001, de 13 de junio, según la cual "El desistimiento sólo excluye la pena cuando es voluntario y esta voluntariedad sólo debe ser apreciada cuando no es producto de la imposibilidad de continuar con la acción delictiva cuya ejecución se ha comenzado".

O la STS n.º 1478/2001, de 20 de julio, en la que se puede leer que "Es pacífica la jurisprudencia de esta Sala que impone en el desistimiento la voluntariedad, sin concurrir obstáculos o impedimentos que fueren al delincuente a dar por terminada su acción".

2. Asimismo, la jurisprudencia ha entendido que la voluntariedad del desistimiento desaparece tanto si los obstáculos son absolutos o insalvables como si son relativos. La STS n.º 1096/2007, ya citada, señala en este sentido que "Si el impedimento que se interfiere en el desarrollo previsto por el sujeto activo puede calificarse de absoluto, estaremos, sin la menor duda, ante un desistimiento no voluntario. El problema surge, pues, cuanto el obstáculo debe calificarse de relativo. En estos supuestos, es preciso ponderar cuidadosamente el conjunto de circunstancias que lo definan. La doctrina de los autores no es, aquí, unánime; pero, para la doctrina jurisprudencial, este tipo de impedimentos, en principio, vienen considerándose excluyentes de la voluntariedad (v. SSTS de 7 de diciembre de 1987, 9 y 24 de octubre de 1989, 8 de octubre de 1991 y 24 de febrero de 2005, entre otras)".

La STS n.º 981/2006, en el mismo sentido, señala que "... el desistimiento se reputa involuntario y por ende ineficaz, no sólo cuando en la dinámica delictiva han surgido

al agente obstáculos insalvables que impiden la progresión en el delito, sino cuando los impedimentos son relativos, bien porque han aparecido nuevas dificultades o sobrevenido hechos nuevos inesperados, o bien por ser más arriesgada la consumación, o porque, finalmente, el infractor teme ser descubierto".

Por su parte, en sentido similar, la STS n.º 224/2005, de 24 de febrero, señala que "la doctrina entiende que el desistimiento no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque, en principio, tales impedimentos pudieran calificarse de absolutos o de relativos, la jurisprudencia viene considerando que en ambos casos debe excluirse, en principio, la hipótesis del desistimiento voluntario (v. SS. de 7 de diciembre de 1987, 6 de octubre de 1988 y 8 de octubre de 1991, y 9 de marzo de 1999)".

Y la STS n.º 1043/1999, de 25 de junio, en la que también se señala que "En relación a la nota de la voluntariedad, la jurisprudencia de esta Sala, fundamentalmente en relación al anterior Código Penal distinguía según que los obstáculos surgidos a la acción antijurídica emprendida impidiendo su continuación fuesen insuperables o relativos, es decir, según que hubiesen impedido de forma total la continuación del quehacer delictivo iniciado, o que hubieran podido ser superados por la persistencia en el mismo por parte del agente. No obstante, a efectos penales, ambos supuestos estaban sometidos a la misma regla de estimar ineficaz el desistimiento, y por tanto derivar la acción al delito en tentativa, en tal sentido se pueden citar las SSTS de 25 de febrero de 1950, 14 de octubre de 1957, 13 de octubre de 1970, 21 de diciembre de 1983, 27 de junio de 1988 y 9 de junio de 1992, entre otras. Más recientemente, se insiste en la misma interpretación, y así en la Sentencia de 26 de noviembre de 1997 —intento de forzamiento de un cajón cerrado sin conseguirlo al romperse la herramienta que llevaba el agente—, argumenta la Sala que aunque se dispusiera de

otro instrumento apto, ha de estarse por la ineficacia penal del desistimiento en tal circunstancia, y en el mismo sentido, la Sentencia de 19 de octubre de 1996 declara ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, a consecuencia "... de su propia, voluntaria, personal y espontánea conciencia...", y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior.

3. De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia se ha inclinado por excluir el carácter voluntario del desistimiento cuando pueda valorarse que no se origina en una reflexión y decisión autónoma del autor, sino que es una consecuencia de la aparición de obstáculos, sean absolutos o relativos, a la progresión de la conducta.

No obstante, este criterio admite alguna matización en el sentido ya señalado en la STS n.º 197/2000, ya citada, en la que se decía que "no puede aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso". Concluyendo posteriormente que "puede afirmarse: a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptar-

las. b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes —sean o no esos motivos éticamente valiosos— o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder 'irrazonable' desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad —sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal".

El desistimiento, pues, no será voluntario cuando se debe a un cálculo, efectuado por el autor ante la aparición de obstáculos a la acción iniciada, acerca de los riesgos que para él supone la continuación de la acción, con el resultado de considerarlos inasumibles o desproporcionados respecto del posible beneficio, lo que lo conduce al abandono de la ejecución ya iniciada. Dicho de otra forma, el desistimiento no será considerado voluntario a los efectos del artículo 16.2 del CP cuando, aun pudiendo alcanzar el fin inicialmente pretendido, los obstáculos que se le oponen conducen al autor a entender que los riesgos de sufrir perjuicios son tan altos que, valorados aquellos, hacen poco atractiva la eventual obtención de los beneficios perseguidos.

Cuando, dadas las circunstancias, pueda considerarse que el autor entiende que la finalidad es alcanzable y que los riesgos son asumibles y a pesar de ello desiste de la acción, su desistimiento deberá valorarse como voluntario.

Sentencia 944/2008, Sala de lo Penal del TS, de 3 de diciembre de 2008

DETENCIÓN ILEGAL

Art. 163.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia (y el voto particular, que también recogemos, de dos magistrados) del problema de en qué supuestos excepcionales cabe presumir la intención del autor de la detención ilegal de proceder a la liberación de la víctima en las primeras setenta y dos horas, a los efectos de apreciar el subtipo atenuado previsto en el artículo 163.2 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El Ministerio Fiscal, sin embargo, apoya el motivo entendiendo que de la redacción del factum no puede presumirse que el recurrente tuviera intención de prolongar el encierro más allá de tres días, por lo que el “favor rei” puede ser utilizado para calificar los hechos probados en el tipo atenuado que se tipifica en el apartado segundo del art. 163 del Código Penal, y acogiendo la voluntad impugnativa del recurrente (“que no el motivo planteado”, como expresamente señala el Ministerio Público en su informe ante esta Sala Casacional), solicita tal incardinación jurídica.

A tal efecto, cita —entre otras— la STS 1695/2002, de 7 de octubre, en donde se mantiene que “el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito

es indiferente, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla. Sin embargo, no puede ser indiferente para la calificación del delito el que se acredite que la decisión del autor está presidida de antemano por una limitación en la duración de la privación de libertad, pues el artículo 163.2 prevé una pena inferior cuando el culpable diera libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que había propuesto. Esta Sala ha establecido que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso. Pero ello no excluye que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la de-

tención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad”.

También puede citarse al efecto la STS 601/2005, de 10 de mayo, que si bien declara que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso... Pero ello no excluye, que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS 1400/2003, de 28 de octubre, 421/2003, de 10 de abril, 1499/2002, de 16 de septiembre).

En el presente caso la excepcionalidad resulta en el hecho probado desde las condiciones de la detención hasta el mantenimiento de un teléfono móvil con el que procurar, como lo hizo, su liberación, lo que supone, indirectamente, la liberación de la víctima. También concurre esa excepcionalidad con el apoyo del Ministerio fiscal, en el informe a la impugnación.

En atención a esta doctrina jurisprudencial, que debe ser aplicada, como decimos, excepcionalmente, pero entendiéndolo que no existen elementos de donde deducir una voluntad de privar a la víctima de su libertad por más de tres días, se está en el caso de estimar el apoyo deducido por el Ministerio Fiscal, casar la sentencia recurrida e individualizar la pena imponible en la segunda sentencia que ha de dictarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS
EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR Y DON MIGUEL
COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

Discrepamos, con todo nuestro respeto, de la Sentencia de la Mayoría, al entender que el supuesto de hecho de la jurisprudencia en que se apoya, y concretamente la STS 1695/2002, no es directamente aplicable al caso enjuiciado, en tanto que en ésta ya se dice, en lo fáctico, que de los hechos se desprende que el acusado, que convivía con la víctima, sin que consten episodios anteriores similares al enjuiciado, ni malos tratos, ni malas relaciones entre ellos, procedió a cerrar por la parte de fuera la puerta de la habitación donde convivían, en una casa que comparten con otras personas no identificadas, dejando encerrada a su compañera, antes de ausentarse a la realización de tareas agrícolas, de modo que la duración de la privación de libertad nunca se extendería más allá de su regreso, que se produciría siempre antes de doce horas, produciéndose entonces la liberación sin atender a la consecución de objeto alguno que no se había propuesto más allá de la propia detención. Aquí, sin embargo, no existe indicio alguno para presumir el tiempo que el acusado recurrente pretendía privar a la víctima del delito de su libertad de deambulación, pero está acreditado que el encierro fue efectivo y serio, impidiendo la salida de la habitación en donde la encerró, y que no pudo liberarse sino tras la intervención de la policía que requirió la ayuda de los bomberos, tras toda esa operación que se narra en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida. Consta igualmente que se ausentó del lugar y que, tras la liberación, volvió a repetir las amenazas. No existen, pues, elementos, que tampoco se alegan por el Ministerio Fiscal que apoyó el recurso, para deducir esa voluntad de liberar a la víctima al transcurso, como máximo, de las 72 horas siguientes al encierro, siendo esta circunstancia una incógnita, que no puede ser resuelta en su favor, ante la falta de tales elementos indiciarios, que desde luego no constan en el factum, como afir-

ma la jurisprudencia de esta Sala, que citamos más abajo. Por lo demás, no consta tampoco propósito alguno para la detención de la víctima, cuyo elemento pudiera hacer entrada en juego al párrafo segundo del art. 163 del Código Penal, junto a su voluntaria liberación.

La STS 574/2007, recogiendo nuestra jurisprudencia precedente (SSTS 695/2002, 674/2003 o 628/2004), señala que la aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal exige que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto activo, y, consecuentemente, niega la atenuación cuando haya sido el sujeto pasivo o terceras personas quienes, sin concurso del responsable del delito, han hecho cesar la situación ilegal. Es decir, la liberación del sujeto pasivo del delito, que premia una especie de arrepentimiento durante el “*iter criminis*”, en su fase comisiva, tiene que ser absolutamente espontánea por parte de su autor, sin venir mediatizada en modo alguno por el comportamiento del sujeto pasivo, de modo que los actos de liberación de éste, aun conocidos por quien le priva de libertad, no obedecen a su propia determinación, sino a la iniciativa de la víctima. Véase en este sentido también la Sentencia 674/2003, de 30 de abril. Ésta es la doctrina jurisprudencial que se ha seguido hasta el momento, sin perjuicio de la existencia de algún fallo aislado, que se basa en situaciones fácticas no completamente asimilables a este caso, y sin perjuicio de la jurisprudencia que aplica dicho tipo atenuado en supuestos de negligencia en la captura, para mantener la privación de libertad. A tal efecto, la STS 1108/2006, de 14 de noviembre, con cita de la 628/2004, de 17 de mayo, aplica el tipo atenuado al recurrente, que se quedó dormido, y ello permitió que la encerrada en el coche levantara el mecanismo de cierre de algunas de las dos puertas y así pudiera salir y pedir auxilio.

La STS 346/2007, de 27 de abril, tras un estudio minucioso de este delito (al que nos remitimos), declara que la detención ilegal

constituye una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla. Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención, no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que ésta alcance la relevancia necesaria. Esta Sala ha considerado que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso.

Citamos también la STS 1507/2005, de 9 de diciembre, que declara que el argumento relativo a «la escasa duración de los hechos» es irrelevante y también por alcance es evidente la consumación de la detención ilegal. Los hechos posteriores y la autoliberación de la víctima no influyen en la calificación por cuanto el delito ya se había cometido. Tampoco es de aplicación el tipo atenuado del art. 163.2 del Código Penal que como tipo privilegiado se fundamenta en premiar una especie de arrepentimiento en el hecho delictivo propiciando la libertad del detenido o facilitando su autoliberación sin riesgo para la víctima (STS 1400/2003, de 28 de octubre, y las que en la misma se citan).

Y en cuanto al dolo específico, el elemento subjetivo de este delito no requiere

que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio a la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona (STS de 5 de junio de 2003), consecuentemente, comprobada la existencia del dolo, ningún propósito es-

pecífico se requiere para completar el tipo subjetivo, y por lo tanto, la privación de libertad, reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevantes los móviles, pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas (SSTS 1075/2001, de 1 de junio, 1627/2002, de 8 de octubre).

Sentencia 822/2008, Sala de lo Penal del TS, de 4 de diciembre de 2008

TENTATIVA INIDÓNEA

Art. 16 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se ofrece un repaso a la doctrina jurisprudencial relativa a la denominada “tentativa inidónea” y su posible punibilidad. A tal efecto, parte la sentencia de la separación entre casos de inidoneidad absoluta o sólo relativa, siendo punibles estas últimas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Dicho esto, y en relación con el motivo casacional cabe manifestar que como modalidad de la tentativa puede considerarse la denominada por los penalistas franceses y los de habla hispana delito imposible, en tanto los alemanes utilizan la expresión de tentativa inidónea, aunque también suele, entre nuestros penalistas, reservar este término a los supuestos de inidoneidad de los medios y el de delito imposible, propiamente dicho, a la falta de objeto (en este sentido, STS de 16 de febrero de 1989, que apreció delito imposible de aborto, en mujer que se creyó embarazada). En definitiva, “en la práctica del Derecho penal, no puede terminantemente distinguirse entre tentativa inidónea por falta de medios adecuados de ejecución, de un lado, y

delito imposible por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo sobre los que recae la acción delictiva (S. 30 de enero de 1992) de otro” (STS 1718/1993, de 5 de julio; en STS 116/1994, de 26 de enero, indistintamente emplea ambos términos, abarcando las dos posibilidades). Pero el problema surge a la hora de determinar si la tentativa inidónea puede incluirse en el concepto de tentativa del art. 16, que se refiere a “actos que objetivamente deberían producir como resultado el delito”, en cuanto, por definición, por falta de objeto o por ser los medios inapropiados, en el delito imposible no se realizan tales actos. Y decimos que se suscita el problema, porque incluida la expresa punición del delito imposible en el CP de 1944, sacándolo del art. 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (cuya punición declaró la STC 70/1985, de 31 de mayo que no vulnera

el principio de legalidad), se dividió la doctrina al considerar o no como un precepto autónomo, respecto al art. 3, definidor de frustración y tentativa, el del art. 52. La jurisprudencia se ha inclinado por la autonomía de este artículo y así, en STS de 30 de enero de 1992 se afirma: “El delito imposible o tentativa inidónea, representa una excepción asistemática y opuesta al concepto de tentativa que, por definición, debe ser idónea. El art. 52.2 CP supone una causa imperativa de extensión de la pena convirtiéndose en típicos comportantes los que no lo son a tenor del art. 3 CP”. En consecuencia, no conteniendo los arts. 62 y 63 del actual Código referencia al delito imposible, similar a la del art. 52 del derogado, no será posible, conforme al art. 4.1, su punición. Esta tesis ha sido acogida por la Sala Segunda, al declarar que “el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 4.1 del CP vigente, que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas” (STS de 28 de mayo de 1999), insistiendo en la atipicidad no sólo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados “delitos putativos”, sino también en “los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de “inidoneidad absoluta”, aunque admitiendo la tentativa en los casos que denomina de “idoneidad relativa”, “en que los medios utilizados ‘objetivamente’, valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)” (SSTS 1000/99, de 21 de junio; 992/2000, de 2 de junio; 1243/2002, de 2 de julio; 1339/2004, de 24 de noviembre; 861/2007, de 24 de octubre), sin que sea necesario un peligro concreto (STS 77/2007, de 7 de febrero).

En la dicción del CP vigente, la acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del CP ex-

presa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

El CP de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2.^o del CP anterior, que sancionaba como tentativa “los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”, lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el art. 16 del CP de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella —como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre— “los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto

realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta”.

Por el contrario son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos

para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Como dice la sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

Sentencia 887/2008, Sala de lo Penal del TS, de 10 de diciembre de 2008

REVELACIÓN DE SECRETOS POR FUNCIONARIO PÚBLICO

Art. 417 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Realiza el tipo de violación de secretos por funcionario público o autoridad (artículo 417 del Código Penal) la conducta del miembro de un tribunal de oposiciones que divulga las preguntas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

III. El tercero de los motivos, con apoyo en el art. 849.1 de la LECrim., denuncia la aplicación indebida del art. 417 del CP.

Entiende la defensa de José Ramón que cuando se facilitaron las 21 preguntas y res-

puestas a algunos de los interinos, como de probable inclusión en el examen, no ostentaban la condición de secreto, ni podía hablarse de un verdadero examen. La probabilidad de que esas preguntas filtradas con anticipación pudieran integrar el examen posterior, no era suficiente para afirmar la existencia de un deber legal secreto. El exa-

men y, por tanto, su condición de secreto, sólo pudo afirmarse a partir del día 21 de marzo, es decir, una vez que el tribunal debatió y confeccionó el examen práctico con las 30 preguntas definitivas.

El argumento no puede prosperar.

La Sala no puede aceptar la tesis defendida por la parte recurrente, que parece sugerir que el carácter no divulgable de una determinada información estaría sujeto a intermitencias, de suerte que sólo a partir del momento del acuerdo definitivo de un tribunal de oposiciones acerca del contenido del examen, podría afirmarse la existencia del delito. El cuestionario filtrado con sus respectivas respuestas integraba 21 de las 30 preguntas definitivas. Entender que hasta su aprobación final por el Tribunal esas preguntas son asequibles a cualquier aspirante, carece de sentido. El deber de confidencialidad no afecta tan solo al desarrollo de las reuniones formales del Tribunal. Se extiende, por el contrario, a todos los contenidos del expediente administrativo cuya difusión pudiera implicar —como aquí aconteció— un menoscabo de los principios de igualdad, mérito y capacidad. El art. 53.12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, recuerda que los funcionarios “... mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”.

Es cierto que la determinación del bien jurídico en el delito previsto en el art. 417 del CP, no es cuestión sencilla, habiendo dado lugar a importantes controversias doctrinales. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que la acción delictiva puede recaer, tanto sobre secretos como sobre informaciones, esto es, hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son, por su propia naturaleza, reservados, protegiendo así la ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los

asuntos de que conocen, sean o no “secretos” en su sentido más estricto sentido (STS 584/1998, de 14 de mayo).

En cualquier caso y más allá de esa idea, la necesidad de no incriminar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público forma parte de las exigencias inherentes a los principios informadores del derecho penal. Pues bien, en aquel precepto se castiga a la autoridad o funcionario público “... que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados”. En el caso que es objeto del presente recurso, no se trataría tanto de discernir sobre el carácter secreto de las preguntas que van a integrar el examen de unas oposiciones —no existe una declaración normativa que confiera formalmente carácter secreto al cuestionario—, sino que habremos de decidir si esas preguntas forman parte de las informaciones afectadas por el deber de discreción impuesto legalmente a aquellos que participan del ejercicio de la función pública.

Parece evidente que al concepto de informaciones ha de atribuírsele una sustantividad propia, distinta de la que define el secreto. De no ser así, habríamos de concluir que la proposición disyuntiva que integra el tipo del art. 417 del CP —secretos o informaciones— sólo buscaba una redundancia sin valor interpretativo. En esa labor de indagación del alcance típico del término informaciones, contamos con el art. 442 del CP, en el que se define la información privilegiada como “... toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”. Pero para discernir, entre las distintas informaciones de las que puede disponer un funcionario público, cuáles de aquéllas son merecedoras de protección penal frente a su injustificada difusión pública, resulta indispensable una ponderación de los valores en juego, en definitiva, de aquellos bienes jurídicos que podrían verse afectados o

comprometidos si la información llegara a propagarse. A diferencia del secreto, cuya calificación jurídica como tal delimita con claridad el ámbito de tutela, la determinación del nivel de protección de las simples informaciones requiere un esfuerzo ponderativo que asegure la aplicación del precepto dentro de los límites que son propios del derecho penal.

En el presente caso, la relevancia típica de la acción desplegada por el recurrente es incuestionable. José Ramón incurrió en algo más que una infracción de su estatuto corporativo. Con la divulgación de las preguntas del examen que integraban el tercero de los ejercicios, el acusado menoscabó de forma

irreversible el derecho de todos los aspirantes al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, frustró las expectativas del resto de los opositores, cuya confianza en la vigencia de los principios de mérito y capacidad tuvo que resultar decisiva en la suscripción de la convocatoria. Erosionó también la imagen del Ayuntamiento de Málaga, extendiendo la idea de nepotismo en los procesos de selección de los funcionarios públicos llamados a integrarse en su plantilla. Estas consecuencias, directamente asociadas a la divulgación de lo que no tenía que haber sido divulgado, permiten afirmar el juicio de tipicidad y rechazar las alegaciones del recurrente sobre la falta de relevancia penal de los hechos.

Sentencia 836/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de diciembre de 2008

SOBRESEIMIENTO LIBRE. PRESCRIPCIÓN. AUTO DE TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Arts. 779.1.4.ª LECrim.; 130.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Se examina el contenido y alcance del auto de transformación en procedimiento abreviado y la posibilidad de que, en vía de recurso y al revocar éste, se decrete por la Audiencia el sobreseimiento libre por apreciar la prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Lo que el recurrente reprocha a la Audiencia, es que desconozca el alcance de la resolución dictada por el Juzgado de Ins-

trucción cuando manda pasar de la fase de diligencias previas a la de preparación del juicio oral.

La tesis del recurrente se construye así: a) el auto indicado no define el objeto del proceso; b) la acusación puede formular una

calificación jurídica diversa de la allí establecida por el Juez de Instrucción, siempre que no se refiera a hechos diversos de los que resulten de las diligencias; c) que la acusación ha formulado una calificación por delito diverso del que el juez consideró (apropiación indebida de cantidad que da lugar a subtipo agravado frente a estafa) y también de las que, posteriormente la Audiencia consideró como de posible imputación; d) el propio Tribunal Supremo al resolver un previo recurso de casación en esta causa, contra el anterior auto de la Audiencia Provincial, ya dijo que la decisión sobre la prescripción no debe anticiparse a la decisión del juicio en sentencia en casos como el presente, en que “la petición de la partes acusadoras de subtipos agravados y continuidad delictiva, permitían ampliar el marco de la acusación” hasta la pena privativa de libertad de seis años de duración que excluiría dicha prescripción.

Tercero.—Así planteada la cuestión conviene hacer alguna advertencia previa.

La primera sobre la naturaleza y alcance de la decisión jurisdiccional que puso fin a la fase de diligencias previas y mandó seguir los trámites de preparación del juicio oral. Resolución que aparece regulada en el art. 779.1.4.^ª de la LECrim.

El presupuesto de tal resolución es doble: a) que se considere que han sido practicadas las diligencias pertinentes, según deriva del inciso inicial del citado precepto y b) que el Juez estime que los hechos son susceptibles de ser calificados como constitutivos de alguno de los delitos a que se refiere el art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinación realizada exclusivamente en función de la pena imponible.

Y el contenido de la resolución es también doble: a) identificación de la persona imputada y b) determinación de los hechos punibles. Tal contenido tiene un límite: no podrá identificar persona ni determinar hecho, si éste no fue atribuido a aquélla con anterioridad, dando lugar a la primera com-

parencia a que se refiere el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esa decisión constituye la manifestación jurisdiccional del control sobre el alcance que puede tener la acusación. De suerte que los hechos sobre los que haya podido versar las diligencias previas solamente podrán erigirse en objeto de la acusación en la medida que esta resolución lo determine, y no sobre otros diversos. Obviamente entendiendo por hecho diverso el que tiene por sí relevancia para dar lugar a un determinado tipo penal. Es decir, en expresión de la ley en el citado precepto un hecho punible.

No puede, por otro lado, olvidarse que la identificación de imputado no se hace en abstracto, sino porque es la persona a la que aquellos hechos “se le imputan”, tal como reza el art. 779.1.4.^ª. De tal suerte que, en relación a otros hechos —punibles en expresión del art.779, o justiciables, conforme a la expresión del art. 733, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— diferentes, esa persona ya no es imputada.

Por ello, cuando las diligencias previas se extienden a diversos hechos y el Juez estime que respecto de alguno de ellos no debe ser objeto de juicio, ni, por ello de acusación, es exigible que no se limite a una tácita exclusión, sino que debe resolver explícitamente el sobreseimiento por la causa correspondiente respecto a dicho hecho.

(...)

Tal flexibilidad ha quedado sin duda afectada por la inequívoca exigencia que la reforma de este procedimiento por Ley 38/2002 incluyó en el art. 784.1.4.^ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El contenido antes indicado como de obligada inclusión. La determinación de hecho punible y la indicación de quien resulta imputado por razón de los mismos, es ahora de expresión ineludible.

Es cierto sin embargo que, por lo que concierne a la calificación de tales hechos, la norma indicada solamente menciona la referencia a que el Juez estime que constitu-

ye alguno de los previstos en el art. 757, pero sin reclamar una precisa tipificación.

Sin duda porque el objeto del proceso se configura por el elemento fáctico y la persona del imputado. Sin que las variaciones en cuanto a las calificaciones supongan una mutación del objeto. Ello con independencia de las exigencias que, en su caso y momento, deriven del derecho de defensa.

Lo que también lleva a una menor vinculación de las acusaciones respecto de este particular, bastando que no incluyan en sus escritos de calificación hechos justiciables, punibles en el texto legal, diversos, ni acusen a persona diferente de aquéllos respecto de los que la resolución que examinamos autorizó la acusación.

Cuarto.—Es desde estas consideraciones que alcanza relevancia la advertencia que se hizo en la anterior sentencia de casación contra la decisión de la Audiencia Provincial, que precedió a la que ahora da origen al presente recurso.

Se advertía entonces, y reiteramos ahora, que no debió prescindirse por la Audiencia de la posibilidad de que las acusaciones, respetando los hechos descritos en el auto del Juzgado de Instrucción de 13 de octubre de 2005, formularan una calificación por la que se imputase delito más grave que el considerado por el Juzgado.

Porque, por un lado, el propio Juzgado tendría, al resolver sobre la apertura de juicio oral, la posibilidad de excluir esa acusación de adecuarse a la exigencia de vincularse, en la medida que dejamos expuesta, al auto de transformación. Y, por otro lado, será, a la vista de esa acusación, cuando podría el mismo Juez valorar si de manera inequívoca, dados los términos de la acusación, la prescripción, que dio lugar al sobreseimiento aquí recurrido, era procedente. O si, por el contrario, como sería más probable, según advertíamos en nuestra precedente sentencia de casación tantas veces citada, resultaba más adecuado demorar a la decisión del juicio oral, la resolución sobre dicha prescripción.

Por ello, aun cuando el auto ahora recurrido haya enmendado el error que le reprochaba nuestra anterior sentencia, sigue incurriendo en el error de no adecuarse a la verdadera naturaleza y alcance del auto del Juzgado de Instrucción que indebidamente revocó.

Procede por ello, estimando el recurso, devolver el procedimiento al trámite de calificación en que lo situó la decisión del juzgado de Instrucción de 13 de octubre de 2005, desde el que continuará conforme a las premisas que dejamos expuestas.

Sentencia 891/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de diciembre de 2008

HOMICIDIO IMPRUDENTE, LESIONES Y ATENTADO A LA INTEGRIDAD MORAL. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Arts. 142, 147, 175 y 617 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Se trata de la sentencia del denominado “caso Roquetas” y en ella se ventilan, entre otras, cuestiones como el concepto de “tratamiento médico

o quirúrgico” que separa el delito de la falta de lesiones, o el alcance del delito contra la integridad moral contemplado en el artículo 175 del Código Penal, o la cuestión de causalidad en la producción de la muerte cuando preexisten causas orgánicas en la propia víctima que codeterminan aquélla. Extractamos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. El primero de los interrogantes que plantea la cuestión enunciada por el Fiscal en primer término es la conceptualización o delimitación del término normativo “tratamiento médico” que impone el art. 147 del Código Penal para deslindar el delito de la falta de lesiones. Tal cometido está asignado a los tribunales de justicia, aunque la clara naturaleza técnico-científica del mismo, no sólo aconseja, sino impone acudir a la ilustración de los expertos en la materia, concretamente a los médicos forenses que de forma permanente auxilian a los juzgados en esta tarea.

Los dictámenes escritos que procedentes de los médicos acceden a la casación se hallan huérfanos de los matices, explicaciones y aclaraciones que aquéllos hicieron en la instancia, dado el carácter netamente personal de la prueba, circunstancia que debe tenerse en cuenta en trance de controlar la valoración de la misma sin menoscabar el principio de inmediación.

Dicho esto y analizando el dictamen médico que cita el Fiscal, se puede advertir que sus términos en sí mismos considerados no reflejan con exactitud la hipótesis sometida a enjuiciamiento, discurriendo en el terreno de lo virtual, ya que el sujeto murió y nunca experimentó ningún período curativo que confirmara el supuesto diagnóstico, quedando sin despejar la incógnita de si las heridas hubieran precisado “tratamiento médico”.

La dispensación de fármacos (analgésicos o antiinflamatorios) sin precisar más,

esto es, sin referencia alguna a las dosis y tiempo de la medicación, no resuelven el problema, pues los mismos medicamentos podían recetarse a quien recibe una bofetada que le produce dolor y una cierta tumefacción de la mejilla, y no por ello deberíamos calificar este hecho como lesiones delictivas.

Respecto al “reposo” otro tanto cabría decir, pues en sentido estricto, sin más explicaciones o temperamentos, no conduce necesariamente a la idea de “tratamiento médico”, como ha declarado en más de una ocasión esta Sala (véase S. de 27 de julio de 2002), pues el reposo prescrito o aconsejado por el médico equivale a la dejación de la curación a las vicisitudes de la propia evolución de la naturaleza, encomendada al mismo lesionado o enfermo. El “reposo” tendría otro significado cuando se impusiera con finalidades rehabilitadoras, hipótesis entendible en el sentido de “inmovilización”, prescrita en ciertas dolencias como fracturas de huesos, problemas de articulaciones, etc., pero éste no es el caso.

(...)

Cuarto.—Los motivos segundo y quinto de la acusación particular en nombre de Armando y María Luisa, que deben resolverse conjuntamente dada su directa relación, han sido formalizados por el cauce del art. 849.1.º y 849.2.º de la LECrim. Ambos están basados en la infracción del art. 142.1 del CP por lo que consideran una errónea determinación del nexo causal entre las acciones de dos de los guardias civiles y la muerte del sujeto pasivo de las mismas.

1. La representación de la acusación particular estima, en consecuencia, que los acusados Serafín y Pedro Miguel debieron ser condenados por el delito de homicidio imprudente, dado que con su comportamiento “originan o incrementan un riesgo permitido”. La tesis del motivo se basa, dicen los recurrentes, en la teoría de la imputación objetiva, aunque toda la argumentación del motivo se relaciona con las conclusiones sobre la causalidad “natural” a las que llegan los informes periciales de 29 de julio de 2005, 10 de enero de 2006 (ampliatorio del anterior), de los que subraya las referencias a “concausas directamente relacionadas con la detención”, contenidas en el primero, y a “otros factores concausales”, tratados en el segundo informe. Asimismo, es señalada la segunda ampliación del informe de autopsia de 28 de abril de 2006 del que se transcribe diversos párrafos en los que los peritos hacen referencia al conjunto de factores que habrían actuado en la producción del resultado.

Los recurrentes destacan que en todos los informes con los que contó la Audiencia se pone de manifiesto la concurrencia del consumo de cocaína y de “concausas” y que, sobre todo en el informe de 28 de abril de 2006, ambas (ingestión de cocaína y situación generada por la detención) son allí consideradas como “agentes necesarios, pero individualmente no suficientes” para producir la muerte.

La argumentación del motivo recoge también las opiniones de los peritos expuestas en el juicio oral, que, desde su punto de vista, subrayan la contribución causal de las circunstancias de la detención en la causación del resultado. A partir de estas consideraciones los recurrentes impugnan las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia cuando se afirma que “la causa inmediata del fallecimiento de Vicente fue una insuficiencia respiratoria aguda causada por una reacción adversa a drogas de abuso, produciéndole un aumento de catecolaminas o tormenta energética, con taquicardia,

arritmia, fibrilación ventricular, y finalmente parada cardiorrespiratoria. Ese aumento de catecolaminas, ocasionado por la ingesta de cocaína, pudo verse favorecido por otros factores, bien de carácter orgánico del propio fallecido, bien ambientales, bien estresantes, como los derivados de accidente de tráfico o de la propia detención”. La representación de los recurrentes considera que esta Sala está autorizada a informarse directamente de los informes periciales recurriendo a las facultades que le otorga el art. 899 de la LECrim.

Los motivos 1.º y 2.º de la acusación popular en nombre de la Asociación Pro Derechos Humanos tienen un contenido similar, aunque referidos a todos los agentes que intervinieron en los hechos, de ahí que lo que a continuación se diga sea aplicable a los dos motivos aducidos por dicha Asociación.

Debemos considerar también en este contexto el motivo tercero del recurso en el que se plantea la aplicación concurrente de los artículos 148.1 y 147.1 del CP.

(...)

Es preciso comprobar, en primer lugar, si entre la acción de los acusados que golpearon a la víctima y su muerte existió relación de causalidad.

Con carácter previo a la cuestión de fondo es preciso aclarar la posibilidad jurídica de tratar en el recurso de casación la cuestión de la relación de causalidad. La Sala ya ha establecido en el STS de 23 de abril de 1992 (confr. también: SSTS de 23 de septiembre de 1998; 26 de septiembre de 1989; 30 de noviembre de 1989; 29 de enero de 1990; 2 de febrero de 1990 como antecedentes de la sentencia citada) cuáles son los límites del tratamiento de esta cuestión en el marco del recurso de casación y, en este sentido, se ha sostenido que el objeto de la comprobación “será exclusivamente la estructura racional del juicio de Tribunal a quo sobre la prueba pericial”, sin que sea preciso que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado “en tanto se haya comprobado una correlación o

asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el resultado” (FJ 2.^o).

La Audiencia ha afirmado en la sentencia recurrida que “la causa inmediata del fallecimiento de Vicente fue una insuficiencia cardiorrespiratoria aguda, causada por una reacción adversa a drogas de abuso, en concreto al consumo previo de cocaína, que le provocó un ‘delirio agitado’, produciéndole un aumento de catecolaminas o ‘tormenta energética’, con taquicardia, arritmia, fibrilación ventricular y, finalmente, paro cardiorrespiratorio. Ese aumento de catecolaminas, ocasionado por la ingesta de cocaína, pudo verse favorecido por otros factores, bien de carácter orgánico del propio fallecido, bien ambientales, bien estresantes, como los derivados del accidente de tráfico o de la propia detención, pero sin que en ningún caso estos factores, si no hubiese existido ‘ese delirio agitado’ habrían abocado al fallecimiento, no siendo tampoco necesarios tales factores para que dicho ‘delirio’ desembocase en la muerte de Vicente” (pág. 16).

Dichas conclusiones han sido extraídas —se dice en la sentencia recurrida— de los informes periciales que obran en la causa, respecto de los que el Tribunal a quo considera que “afirmaron con rotundidad” que la causa del fallecimiento “fue un consumo previo de cocaína”. Por esta razón, continúa la sentencia, no “puede decirse, por un lado, que la acción de los agentes, desarrollada en sucesivos e intensos forcejeos con Vicente, incluida en esta acción la pulsación del spray o su colocación en decúbito prono para su inmovilización (...) fuese causa directa —con o sin otras concausas— del fallecimiento” (pág. 45).

3. Con apoyo en el art. 899 de la LE-Crim. la Sala ha tomado conocimiento de los informes periciales para verificar si la valoración realizada por el Tribunal a quo de los mismos se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, dado que ese material es esencial para determinar hasta qué punto el razonamiento sobre las causas de la

muerte puede ser sostenido en los conocimientos científicos con los que contó.

(...)

4. De estos dictámenes se deduce, en primer lugar, que Vicente había consumido una cantidad de cocaína que es estimada como normal para los consumidores y “en dosis consideradas clásicamente como no letales” (informe de ampliación de autopsia, de 10 de enero de 2006, f.º 99) que —según el análisis de sangre— se habría mezclado con alcohol y en horas o días previos con heroína en cantidades no especificadas.

En segundo lugar, que en todo caso es necesario considerar otras causas concurrentes, lo que quiere decir que el resultado de muerte producido no es explicable únicamente por el consumo de cocaína, que, en todo caso, no es una causa única de la muerte.

También se debe destacar que, ante un nuevo requerimiento judicial, los mismos peritos aclaran el 28 de abril de 2006, nuevamente, que este diagnóstico, basado en los efectos de la cocaína, “no es concluyente” e insisten que “es necesario considerar otros factores y mecanismos asociados”, lo que evidentemente quiere indicar que las circunstancias de la detención y los hechos ocurridos durante la misma tienen que ser considerados al determinar la causalidad de la muerte.

Por lo tanto el razonamiento sobre la relación de causalidad contenido en la sentencia, al excluir del nexo causal la actuación de los acusados, no se ajusta ni a las exigencias científicas ni a las jurídicas.

No se ajusta a las exigencias científicas porque el propio Tribunal reconoce la presencia de otras causas o factores asociados al mero consumo de cocaína y alcohol. El razonamiento de la Audiencia parece apoyarse en una afirmación de los peritos contenida en el informe pericial de 10 de enero de 2006, pero se prescinde de que fue corregida por ellos mismos en el de 28 de abril de 2006, donde relativizan al máximo lo dicho sobre la “causa fundamental”, en la termi-

nología del primer informe, aclarando que ese diagnóstico de la muerte causada por la cocaína “no es concluyente”. La Audiencia no ha explicado en qué razones apoya su apartamiento de los términos de la prueba pericial considerada de forma completa. Asimismo, en el razonamiento de la Audiencia no se han considerado los demás factores que concurren, referidos a la actuación de los acusados, no obstante que en todos los informes periciales se destaca la relevancia de los mismos y que el Tribunal a quo reconoce su potencialidad para ser causa de la insuficiencia cardiorrespiratoria que ha estimado como causa inmediata de la muerte. El Tribunal “a quo” se limita a afirmar, sin exponer el fundamento científico de ello, que las condiciones concurrentes no “son necesarias” para que el “delirio agitado” desembocase en la muerte (pág. 16 de la sentencia recurrida), una conclusión que —como se vio— carece de respaldo en los informes periciales ya detallados.

5. El razonamiento de la sentencia tampoco se ajusta a las exigencias jurídicas, toda vez que, implícitamente, ha basado su conclusión en una teoría individualizadora de las causas de un hecho, que supone le permiten distinguir una “causa inmediata”, que estima como única relevante para explicarlo.

Nuestra jurisprudencia no ha acogido una teoría individualizadora de la causalidad. Por el contrario, es de suponer que a través de la fórmula “el que es causa de la causa es causa del mal causado” (SSTS de 14 de febrero de 1984; 23 de junio de 1990; 12 de diciembre de 1931; 23 de noviembre de 1940; 27 de junio de 1953, entre otras) ha dado cabida a la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones que excluye, por principio, la interrupción del nexo causal, toda vez que todas las condiciones serían equivalentemente causales. En todo caso, no parece que la jurisprudencia haya distinguido entre causas inmediatas y mediatas, porque es claro que consideró que las condiciones preexistentes no eliminan la relación de causalidad. Por el contrario, en

nuestros precedentes sólo es admitida una eliminación de la causalidad en el supuesto de “interferencias extrañas” entre la acción y el resultado. En este sentido se ha dicho que “la existencia de predisposición de la víctima para reaccionar con menos defensas (...) no tiene aptitud para eliminar la imputación objetiva” (STS n.º 593/1997, de 28 de abril de 1997) y que “una enfermedad padecida por la víctima o su especial débil constitución física” no son accidentes extraños, como tampoco lo son “las denominadas concausas preexistentes” (SSTS 574/1997, de 4 de julio de 1997 y 278/2000, de 24 de febrero de 2000). También se ha dicho en nuestros precedentes que si concurre “una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere en la posibilidad de una imputación objetiva” (STS 30/2001, de 17 de enero de 2001) y que “una tardía asistencia médica no puede eliminar la relación de causalidad” (STS 966/2003, de 4 de julio de 2003).

Todo ello permite resumir el punto de vista de la jurisprudencia en el sentido de establecer la causalidad natural sobre la base de la conditio sine qua non, aunque limitando normativamente la imputación del resultado producido exigiendo que se trate de la concreción del riesgo creado o de su incremento más allá de los límites permitidos, excluyéndola también cuando hayan intervenido condiciones del mismo que, como interferencias extrañas, aumenten inesperadamente el potencial causal de la acción, de tal forma que dicho resultado ya no sea la concreción del peligro generado por la conducta del autor.

6. En lo concerniente a la prueba del nexo causal, como quedó reflejado en la citada STS de 23 de abril de 1992, se estima que la causalidad debe ser establecida con fundamento en una ley de causalidad, que puede ser fundada en la experiencia, pero que, en determinados casos complejos, debe ser comprobada científicamente, es decir sobre la base de una prueba pericial.

Desde esta perspectiva el razonamiento de la Audiencia sobre la causalidad es jurí-

dicamente censurable en la medida en la que se aparta de nuestra jurisprudencia. El Tribunal a quo, por el contrario, ha entendido que cabía individualizar una sola causa de la muerte, y no ha expuesto las razones para excluir la causalidad de condiciones que reconocí podían haber influido en el resultado de muerte. De esta manera se apartó, sin un fundamento plausible, de las consideraciones de carácter científico que le fueron indicadas en los diversos dictámenes periciales, donde se decía que también debían ser consideradas a los efectos de la determinación de la causalidad las condiciones concurrentes (concausas).

Por otra parte la doctrina ha señalado, desde hace mucho tiempo, diversas críticas que invalidan la llamada teoría de la causa próxima o última o inmediata, en la medida en la que conduciría a soluciones incompatibles con los hechos que son relevantes para el derecho penal y que pueden no constituir la última de las condiciones que producen un resultado.

En suma: en el presente caso debió ser estimada la existencia de relación de causalidad natural entre la acción de los acusados y la muerte de Vicente, pues todos participaron en la detención empleando la fuerza física de forma que produjeron un estrés que operó junto con otras condiciones en la causación de la muerte.

7. Afirmada esta relación de causalidad resta determinar si respecto a todos o a alguno de los acusados, su conducta supuso la creación del riesgo de muerte más allá de los límites del riesgo permitido, o el incremento del mismo fuera de esos márgenes. Como dijimos más arriba, las consecuencias excesivas de la teoría de la equivalencia de condiciones son corregidas a través de la imputación objetiva, de manera que no solo es precisa la existencia de la causalidad natural sino que además se exige que el resultado sea la concreción del riesgo jurídicamente relevante y desaprobado producido, o incrementado en la misma forma, por la conducta del autor. No toda aportación causal, ni siquiera fuera de los límites permiti-

dos, supone directamente la imputación del resultado. Desde la perspectiva de la imputación objetiva, es necesario además que el resultado sea precisamente la concreción del riesgo creado o de su incremento, lo que implica que éste pueda ser considerado jurídicamente relevante.

(...)

9. Excluido, como se desprende de lo antes expuesto, el dolo de matar en la realización de las acciones que produjeron la muerte, y sin que ninguna de las acusaciones recurrentes postulen el carácter doloso de la misma, el hecho debió ser subsumido bajo el tipo del art. 142.1 o del art. 621.1 del CP, toda vez que el acusado infringió el deber de cuidado que se deduce del art. 5.3.b) de la LO 2/1986.

En la valoración de la imprudencia, es preciso tener en cuenta la posición que, respecto del deber omitido, ocupaba el acusado, oficial al mando de un puesto de la Guardia Civil, cuerpo fuertemente jerarquizado, hasta el punto de que no sólo aparece como responsable de sus acciones individuales, sino además de aquellas otras cuya ejecución ordenó, y también del conjunto de la acción desarrollada, que debió transcurrir bajo su dirección de forma que, dentro de las posibilidades de actuar legítimamente en tales circunstancias, se hubiera optado por la acción que permitiera un mayor control con un mínimo riesgo.

De esta forma, la infracción del deber de cuidado que la ley impone, debe considerarse grave, y en consecuencia, debe ser condenado como autor de un delito de homicidio imprudente del artículo 142.1 del Código Penal.

Respecto del resto de los acusados, en cuanto a las acciones concretas ejecutadas en cumplimiento de las órdenes del oficial al mando, su aportación al incremento del riesgo, cuando superó los límites permitidos, no presentó la relevancia suficiente a los efectos de un efectivo incremento o creación de riesgo para el bien jurídico, de manera que el resultado no supone la concreción de aquél. De todos modos, aunque

es evidente que el deber de obediencia no justifica la acción delictiva, dadas las circunstancias, entre las que destaca la extrema violencia empleada por el detenido al resistirse, y la rapidez de lo ocurrido, no sería exigible a los agentes una negativa al cumplimiento de la orden ante un eventual carácter manifiestamente ilegal de la misma.

(...)

Recurso de Serafín.

Noveno.—En el motivo primero, que reside procesalmente en el art. 849.1.º de la LECrim., estima infringido el art. 175 del Código Penal por indebida aplicación, pues dados los hechos probados no concurren en la acción los elementos configuradores de dicha infracción punitiva.

1. Las bases argumentativas del motivo las asienta en los siguientes hechos, que a su juicio, integran un contexto en que la idea central está destacada en el *factum* de la sentencia, concretamente en las palabras según las cuales el acusado pretendía “sobre todo y a toda costa que cesase (el detenido) en su resistencia y que quedase inmovilizado”.

Fue de esencial importancia las coordinadas fácticas en las que se desarrolló su conducta y que refiere del siguiente modo, siempre respaldado por el relato fáctico sentencial: “el Sr. Vicente, afectado de ‘delirio agitado’, motivado por la ingesta de cocaína, con episodios de desorientación, extraordinaria fuerza e insensibilidad al dolor, venía desplegando una fuerte resistencia activa con acometimientos a los guardias que intentaban, en cumplimiento de su deber, introducirlo en un vehículo policial para la práctica de diligencias. En los momentos previos a la intervención del teniente Serafín, el Sr. Vicente ya había lesionado por aplastamiento de dos dedos de la mano de un guardia, así como había provocado mordeduras en el antebrazo a otro, y mordedura en el dedo anular a un tercero, quienes se encontraban no sólo sangrando, sino mer-

mados para la reducción del detenido, como así se recoge en la sentencia, dada la gran resistencia que éste venía desplegando con patadas, braceos, empujones, bocados, etc.

Así, “mientras el detenido permanecía en el suelo dando patadas y revolviéndose, los agentes continuaron intentando reducirlo mediante el uso único de la fuerza corporal” (folio 12 de la sentencia). Este hecho, una vez constatada por el teniente la imposibilidad de los guardias de conseguir su objetivo y observando el riesgo para la integridad que existía tanto de aquéllos como del propio detenido, decide intervenir usando los medios que en ese momento estaban a su alcance.

2. Ante los hechos relatados el recurrente protesta porque el tribunal de instancia en lugar de reseñar hechos, realiza un juicio de valor personal, cuando hace recaer sobre el impugnante el siguiente calificativo: “... en actitud denigrante de prepotencia hacia el detenido”, lo que no es compatible con el resto del contenido fáctico en el que domina la idea de que golpear con las defensas anti-reglamentarias no fue más que una prolongación, tanto necesaria como proporcionada, a las circunstancias de la persona a reducir, en vistas de la pertinaz oposición, situación provocada por la insospechada enfermedad, que los agentes ni por asomo pudieron pronosticar dada la ausencia de especialización médica. Lo que sí hicieron los agentes —sigue argumentando— es requerir a los servicios médicos por varias veces (hasta seis) y aun así tardaron en llegar al cuartel 31 minutos, a pesar de la cercanía del Centro de salud. Todo quedaría reducido a determinar si los actos desplegados por el recurrente fueron congruentes, proporcionados y necesarios con tal situación.

En justificación a su actitud de cumplimiento del deber, el impugnante hace notar que si cinco guardias “no pueden con él”, si tres de ellos resultan lesionados, la situación se complicó, entendiéndose el recurrente que no existía más opción que aumentar el número de personas intervinientes lo que no era posible, porque esas eran todas las que había

en el cuartel un domingo del día 24 de julio, o bien aumentar adecuada y moderadamente la contundencia de los medios a emplear, y precisamente la utilización de la defensa eléctrica tenía por objeto conseguir la paralización momentánea de los músculos, sin que por las propias características del instrumento se pueda producir lesión. El fracaso de los medios empleados en un principio, hizo necesario la intensificación del uso de la fuerza, pero tal despliegue en modo alguno puede calificarse de humillante y vejatorio.

3. A la hora de interpretar el tipo delictivo del artículo 175, esta Sala no puede prescindir de las razones críticas expuestas por la doctrina científica más caracterizada. Se ha llegado a decir que este tipo de delito constituye probablemente el máximo exponente de la defectuosa técnica legislativa empleada en el título en que se halla comprendido. La delimitación del ámbito de lo típico se efectúa a través de una descripción indeterminada de la conducta (atentar contra la integridad moral de una persona) completada por una referencia al artículo anterior, ya por sí definido en términos bastante difusos al incluir “cualquier atentado contra la integridad moral”.

Es de hacer notar la gravedad de las penas previstas para este delito, sobre todo en la primera modalidad, calificada de grave (2 a 4 años), superior a las establecidas para el delito básico de lesiones (art. 147 del CP), circunstancia que obliga a comprobar el efectivo ataque (que ha de implicar un menoscabo notable de la dignidad de la persona afectada) al bien jurídico que la norma trata de proteger y que esta Sala ha reputado como manifestación directa de la dignidad humana (art. 15 de la CE) en todas las facetas de la personalidad como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (véase STS n.º 1218/2004, de 2 de noviembre).

Los requisitos exigidos por esta Sala para el nacimiento del delito los resumimos en

tres: (véase STS n.º 294/2003, de 16 de abril):

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
- b) Un padecimiento físico o psíquico de dicho sujeto.
- c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Un dato de interés en la jurisprudencia de esta Sala a la hora de delimitar la figura típica es la relación al contexto, que constituye o se erige en indudable referencia para definir el delito y calificar su gravedad. Así en la S. de esta Sala ya referida (1218/2004) se dice que “cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesiones y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, cause humillación o quebranto degradante...”.

La STS n.º 344/2004, de 29 de noviembre, también nos dice: “no fueron sólo los múltiples golpes propinados a los detenidos en diversas partes de su cuerpo, sino, sobre todo, las circunstancias en que se produjeron estas agresiones: las dependencias policiales y cuando todos ellos se hallaban esposados, sin la mínima posibilidad de respuesta”.

4. No le falta razón al recurrente cuando afirma que el calificativo que introduce la Audiencia “en actitud degradante de prepotencia”, constituye un reproche gratuito, difícilmente deducible de todo el contexto probatorio, acreditada que la esencial finalidad fue resolver una complicación profesional por imponerle así la ley, reduciendo a una persona que se resistió en todo momento con inusitada contundencia. Tal calificación personal no es necesaria y no define conducta delictiva alguna, ni siquiera al ánimo del sujeto agente.

El tipo subjetivo no aflora en todo el relato probatorio, porque una cosa es actuar en cumplimiento de la ley para reducir a un su-

jeto y otra las extralimitaciones que puedan haber surgido en el desarrollo secuencial de esa misión. De los hechos probados no se deduce que las acciones estuvieran motivadas por el ánimo de humillar o degradar al detenido, ni las actuaciones se realizan en tal concepto. Otra cosa sería que el sujeto pasivo no hubiera mostrado la feroz resistencia que los hechos probados reflejan, lógicamente provocada por un síndrome “delirio agitado” consecuencia de la ingesta de drogas “duras” y alcohol.

Pero en los términos contextuales en que se realizó la subsunción en el art. 175 del CP de la conducta enjuiciada amplía injustificadamente los límites del tipo objetivo del injusto. Los calificativos morales de “actitud denigrante y prepotente” en relación al propósito claro y patente de intentar reducir a toda costa al detenido para que cesase en su resistencia y quedase inmovilizado”, no casan conceptualmente y la Audiencia no da más explicaciones de tal discordancia (véanse folios 12 y 13 de hechos probados).

El teniente y los demás números de la guardia civil actuaron arrastrados y condicionados por la pertinaz violencia que desarrolló el sujeto pasivo deducida del sentido de los hechos probados y del visionado del vídeo que grabó la intervención de los guardias y que esta Sala pudo contemplar de la mano del art. 899 de la LECriminal, sin advertir en las imágenes ese plus de antijuridicidad en la conducta del recurrente con entidad suficiente para considerarla punible.

El motivo debe estimarse y desestimar el 1.º y 2.º del Fiscal y los de las acusaciones particular (motivo 4.º) y la popular (motivos 6.º y 7.º).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER
RESPECTO DE LA SENTENCIA N.º 891/2008,
DE 11 DE DICIEMBRE DE 2008, RECAÍDA EN
EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1419/2007

El Magistrado que suscribe, sin perjuicio del respeto que le merece la sentencia de la

mayoría de la Sala, formaliza el presente voto particular, en el que se remite a los Antecedentes de la sentencia de la que disiente, exponiendo a continuación los fundamentos jurídicos y el fallo de la segunda sentencia, que a su juicio, deberían haber sido adoptados por este Tribunal en la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso del Ministerio Fiscal

Primero.—Debemos comenzar tratando el tercer motivo del recurso del Fiscal basado en la infracción del art. 147.1 del CP por inaplicación. El motivo se refiere, en primer término, a si las lesiones causadas a la víctima son constitutivas de delito o falta. Argumentado con precedentes de esta Sala sostiene el Fiscal que las lesiones producidas hubieran requerido tratamiento médico, lo que determinaría la aplicación del art. 147 del CP. En segundo lugar el motivo se refiere, también invocando precedentes de nuestra jurisprudencia, a la imputación de las lesiones a los acusados absueltos en la sentencia, en calidad de coautores, aunque con la aplicación de la atenuante 6.ª del art. 21, en relación con el art. 21.5.ª del CP, es decir con la atenuante analógica de reparación del daño.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

La Audiencia ha considerado que los hechos sólo constituyen una falta de lesiones, en primer lugar, porque “muchas de las lesiones sufridas por Vicente no son constitutivas de infracción penal” y porque todas ellas —con excepción de la fractura de esternón y la luxación de costilla— “son leves y superficiales”. En segundo lugar, estima que no hubieran requerido para su curación de tratamiento médico o quirúrgico (F.º J.º tercero) y que, por lo tanto, sólo son constitutivas de una falta del art. 617.1 del CP. Asimismo se considera en la sentencia recurrida que “sólo una pequeña parte” de las lesiones puede ser atribuida “a la directa e

intencionada acción de dañar de determinados agentes”. Para llegar a esta conclusión el Tribunal a quo ha analizado individualizadamente los cincuenta grupos de lesiones consignados en los hechos probados como sufridas por la víctima, distinguiendo las que los forenses llaman “figuradas”, porque permiten inferir el instrumento que las causó e inferir, por lo tanto, quién ha sido su autor, de las lesiones “no figuradas” y de las que podrían haberse producido por la propia acción del lesionado, que no son atribuibles a los acusados. De esta manera la Audiencia llega a la conclusión de que las lesiones no hubieran requerido tratamiento médico.

La cuestión planteada por el recurso del Ministerio Fiscal, por lo tanto, exige determinar si las lesiones, cuyo carácter doloso no está en discusión, se subsumen bajo el tipo del art. 147.1, como postula el Fiscal, o bajo el del 617.1 del CP, como se sostiene en la sentencia recurrida. La línea divisoria de estos tipos penales está constituida por la necesidad objetiva de tratamiento médico o quirúrgico. A tales efectos es necesario establecer cuál es el resultado de lesiones producido y si esas lesiones resultantes de las acciones de los acusados hubieran requerido o no tratamiento médico en el sentido del art. 147.1 del CP.

—A—

En lo concerniente al resultado de lesiones debemos señalar que es dogmáticamente erróneo considerar la necesidad de tratamiento médico de forma individualizada respecto de cada equimosis o erosión reseñada en los informes de autopsia como se sostiene en la sentencia recurrida. No se trata de lesiones causadas por distintos autores que obraron independientemente, sin relación de unos con los otros. Si la Audiencia hubiera sido consecuente con su propio criterio, debería haber condenado a cada agente por tantas lesiones como le son individualmente imputadas, cosa que no ha hecho. Por el contrario, partiendo de un erróneo concepto jurídico de resultado en el delito

de lesiones, sólo condenó por una falta de lesiones, sin considerar la totalidad de las veintiséis lesiones sufridas por el sujeto pasivo que debió imputarlas conjuntamente a los tres sujetos que las produjeron, puesto que el Teniente Serafín y los Guardias Civiles Elisa y Pedro Miguel actuaron como coautores, es decir conjuntamente en el sentido del art. 28 del CP.

En efecto, nuestra jurisprudencia ha hecho referencia en el marco de la coautoría al “vínculo de solidaridad que les hace (a los coautores) igualmente responsables y en el mismo grado cualquiera sea la parte que cada uno toma” (SSTS de 30 de abril de 1990; 22 de febrero de 1991 y 17 de junio de 1991, entre otras). Asimismo es claro que la decisión conjunta al hecho, que caracteriza la coautoría, conforme al art. 28 del CP, no requiere ninguna formalidad, de manera tal que puede ser tácito o extraído de la exteriorización en el comportamiento de quienes obran conociendo lo que hacían otros y sumándose a una actuación conjunta.

En suma: lo equivocado en la resolución recurrida es el concepto de resultado del delito de lesiones, por no haber tenido en cuenta que los acusados actuaron como coautores. En el presente caso, por lo tanto, el resultado son todas las lesiones causadas a la víctima e imputables a los tres Guardias Civiles a quienes la Audiencia las atribuyó.

—B—

En segundo término; es preciso tener en cuenta que, descartada toda otra posible causa de la muerte, las acciones identificadas en los informes de autopsia, junto con las otras condiciones del hecho, adquirieron una gravedad tal que terminaron por producir la muerte del sujeto pasivo; por lo tanto, es con respecto al conjunto de esas veintiséis lesiones producidas por otras tantas acciones y en relación al efecto que tuvieron sobre la salud de Vicente que debió ser establecida la necesidad objetiva de tratamiento médico o quirúrgico. La Audiencia ha excluido correctamente aquellas lesiones que

la víctima pudo haberse causado a sí misma en su actitud de resistencia o las que no han podido ser imputadas a ninguno de los acusados, respecto de las que, por lo demás, no se ha formalizado recurso alguno contra la aplicación del principio in dubio pro reo realizada por la Audiencia.

Una cuestión particular se plantea respecto de la fractura del esternón y la luxación de las costillas, porque ellas habrían determinado sin ninguna duda la necesidad de tratamiento médico. Sin embargo, sobre este punto se estima en la sentencia recurrida, con base en los informes periciales al respecto, que existe una duda razonable de que hayan sido producidas por las maniobras de reanimación y no por los golpes propinados a la víctima. Como es sabido es totalmente uniforme la solución dada en la doctrina sobre si la intervención de un tercero que practica un tratamiento médico inadecuado de la lesión causada a la víctima (en este caso: el conductor de la ambulancia que intervino en esas maniobras, comenzadas por el acusado Pedro Miguel) debe ser considerada como una interrupción de la imputación objetiva basada en el criterio de la prohibición de regreso. Pero, la cuestión es ajena a la problemática de este motivo del recurso.

Es evidente que, en el nivel del tipo objetivo, en el caso en el que el sujeto pasivo de las lesiones muere, el juicio sobre la entidad de las lesiones y la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, sólo es posible mediante un juicio hipotético, que permita afirmar si las lesiones producidas hubieran requerido tratamiento médico para neutralizar el peligro del resultado de muerte objetivamente generado. A tales efectos es necesario considerar que en casos como el presente el nexo causal no finaliza en las equimosis o en la erosión, sino en las consecuencias que éstas, sumadas al conjunto de condiciones, han generado, a su vez, para la salud. Valoradas, por lo tanto, las lesiones imputadas a los acusados en conjunto, considerada la gravedad por la suma de ellas y por el riesgo

de muerte (finalmente concretado en el fallecimiento del sujeto pasivo) producido por ellas, es claro que dichas lesiones hubieran requerido tratamiento médico, pues sólo mediante tal tratamiento hubiera sido posible neutralizar la liberación de catecolaminas, que concluyó en “taquicardia, arritmia (y) fibrilación ventricular” que produjeron, finalmente, el paro cardiorrespiratorio descrito en los hechos probados (ver pág. 16 de la sentencia recurrida). Como es sabido, la necesidad de tratamiento médico es un criterio objetivo para la expresión de la gravedad de las lesiones, cuestión que es independiente del éxito que el tratamiento hubiera podido tener en el caso concreto.

Desde este punto de vista podría ser discutido si una única erosión, o un único hematoma requieren tratamiento médico; se podría discutir si los analgésicos o los antiinflamatorios constituyen dogmáticamente tratamiento médico; lo que no parece discutible es que el tratamiento médico hubiera sido necesario para neutralizar el peligro de muerte que los golpes, en unión con otras condiciones del resultado, produjeron. El conjunto de veintiséis equimosis y una erosión producidas con las defensas, que afectaron prácticamente a todo el cuerpo, desde la cabeza hasta las extremidades inferiores y en la parte anterior y posterior, con la comprobación incluso de lesiones nada superficiales en el cuello, dada la infiltración hemorrágica interna (ver p. 33 de la sentencia recurrida), no hubieran producido aisladamente el peligro de muerte, pero sumadas a otras condiciones relevantes, que llegaron a producir la muerte, como se admite en la sentencia de la mayoría, generaron un peligro para la vida (arritmias, fibrilaciones etc.) que sólo hubiera podido ser neutralizado mediante un tratamiento médico.

Esta conclusión es una consecuencia ineludible de aceptar la relación de causalidad, como se verá, entre las acciones imputadas y la muerte, dado que si la muerte fue causada por el conjunto de las lesiones, éstas en un determinado momento de su desarrollo,

tienen que haber sido un peligro para vida y en ese momento hubieran requerido objetivamente un tratamiento médico para salvar la vida.

La Audiencia al tratar las lesiones desconectadamente consideró, citando las SSTS de 13 de septiembre de 2006 (STS 894/2006) y 27 de julio de 2002 (STS 1406/2002), que cada lesión sólo habría requerido la prescripción de analgésicos o antiinflamatorios o de reposo no se debe considerar tratamiento médico. Es claro, de todos modos, que ninguno de esos precedentes es aplicable al caso, pues no se refieren a lesiones que hicieran peligrar la vida del sujeto pasivo. En la primera de estas sentencias se trataba de un “bofetón en la cara” que produjo “una ligera inflamación temporomandibular” y sólo necesitó de un analgésico. En la segunda se trataba de un “puñetazo en la cara” que sanó sólo con reposo. En este sentido es preciso matizar las máximas jurisprudenciales con las que se concreta el elemento normativo del tratamiento médico.

En nuestra jurisprudencia el tratamiento médico o quirúrgico se concreta como un criterio regulador objetivo —este aspecto está ampliamente subrayado en la STS 1406/2002, de 27 de julio de 2001— para establecer la gravedad de la lesión y no como un hecho consistente en la intervención real de un médico. Desde tal punto de vista no se ha establecido un concepto fijo y rígido aplicable a todos los casos posibles, sino una serie de criterios que en cada caso permitan determinar la gravedad de la lesión. En este sentido, se ha considerado en ciertos casos que constituye tratamiento médico en el sentido del 147.1 del CP “la administración de fármacos o la fijación de comportamientos a seguir” (SSTS 98/2007; 91/2007) y que “el tratamiento del dolor y la necesi-

dad de reposo para permitir la curación también configura la gravedad de la lesión” en el sentido del art. 147.1 del CP. A partir de estos criterios no cabe dudar que, cuando se está en presencia de lesiones que pudieron causar la muerte, no cabría negar la necesidad objetiva del tratamiento médico.

La Audiencia ha entendido, por el contrario, que la concreción del elemento normativo “tratamiento médico” es una cuestión de prueba y que al no haber sido acreditado qué tratamiento habrían necesitado esas lesiones sería de aplicación el principio in dubio pro reo (pág. 36). Sin embargo, en la medida en la que el concepto de tratamiento médico, como se dijo, debe ser considerado un elemento normativo del tipo, su aplicación a un caso es una cuestión de subsunción, respecto de la cual no es aplicable el principio in dubio pro reo. Como elemento normativo del tipo la necesidad de tratamiento médico requiere una valoración, que en casos como el presente, sólo depende de si, de acuerdo con criterios de experiencia, el Tribunal podía determinar que la gravedad de las lesiones producidas hubieran necesitado tratamiento médico para impedir un resultado de mayor gravedad o una persistencia del dolor. De la experiencia, por lo tanto, se deduce que lesiones antes descritas y que pudieron luego ser la causa de la muerte hubieran requerido tratamiento médico para impedir que se produjera la muerte.

Aclarado lo anterior, es inevitable concluir que la calificación jurídica de los hechos como una falta del art. 617.1 del CP es errónea, por lo que es de aplicación el art. 147 del CP a todos los partícipes, dado que todos han tenido el dominio directo de sus propias conductas y el dominio funcional del hecho total por lo que deben ser considerados coautores en el sentido del art. 28 del CP.

Sentencia 871/2008, Sala de lo Penal del TS, de 17 de diciembre de 2008

EXPULSIÓN

Art. 89.1 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se acoge la pretensión del recurrente en el sentido de que se le sustituya la pena privativa de libertad por la expulsión para posibilitar la reunificación de la familia en el país de origen (pese a que se trata de una condena por lesiones graves a la propia mujer).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La primera queja la formaliza el recurrente a través del art. 849.1.º LE-Crim. por entender indebidamente aplicado el art. 89.1.º CP, consecuencia de la expresa denegación de la pena sustitutoria de expulsión del territorio nacional.

1. Las razones que ofrece se reducen al carácter imperativo en que se expresa el precepto cuando habla de las penas menores de 6 años impuestas a extranjeros sin residencia legal en España, que serán sustituidas por la expulsión del territorio nacional. Hace referencia al carácter absoluto de tal medida en los términos que ahora se regula, sólo dulcificada por la reforma operada a través de la Ley orgánica de 29 de septiembre de 2003 que admite situaciones especiales, en las que el juez o tribunal, previa audiencia del M.º Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España. El fundamento de la reforma —según precisa el recurrente— era la necesidad de poner fin a la práctica de la comisión de delitos como forma de permanecer en el país.

El recurrente añade que en su caso no se ha atendido a la naturaleza del delito sino a la circunstancia del arraigo familiar.

2. Al recurrente no le falta razón.

La medida, que en principio posee carácter imperativo, acoge una excepción, que introdujo el legislador, pero que obedeció a finalidades diferentes a las que aquí se plantean. En efecto, si nuestro Código Penal castiga con penas muy duras la inmigración clandestina (véase art. 318 bis CP), una consecuencia complementaria es que la introducción clandestina en el país se desvirtuaría o desactivaría con la expulsión como antídoto.

Pero es que también ciertos delitos, por sus características, hacían que la medida actuara como mecanismo de impunidad a pesar de su evidente gravedad y además con el riesgo de reiterarse, en los que el derecho penal debía desplegar toda su fuerza disuasoria. Pensemos en que de un país de Iberoamérica se pretende introducir droga a España (normalmente cocaína), cuyo autor se habrá preocupado antes de que la cantidad a introducir no supere los 750 g, reducidos a pureza. En tal hipótesis el sujeto agente podría con tranquilidad llevar a cabo importaciones de droga, hasta que fuera sorprendi-

do, en cuyo caso la pena difícilmente superaría los 6 años, que no cumpliría por la adopción de la imperativa medida de expulsión. A partir de la aplicación de tal medida “las mafias” de la droga cambiarían a buen seguro de correo para introducir la droga en España, y así sucesivamente, haciendo inoperante al derecho penal.

3. Hechas las precedentes consideraciones, es visto que el tribunal de instancia, a quien compete de forma exclusiva adoptar la decisión, se basó para acordarla en un dato que la ley no prevé: la unidad familiar y las obligaciones de esta índole que afectan al padre respecto a sus hijos, con los que persisten los vínculos afectivos (también los mantiene con la mujer).

En alguna ocasión, con apoyo en elementales derechos fundamentales se ha fundado la excepción, rehusando la expulsión, pero en tales casos el interesado solicitaba la no aplicación de la medida y no existían otros obstáculos derivados de la naturaleza del delito.

En nuestro caso, aun correspondiendo la decisión al prudente arbitrio de la Sala, nos hallamos ante un supuesto de arbitrio nor-

mado, en cuanto el único criterio a tener en cuenta, a salvo derechos constitucionales, es el de la naturaleza del delito, pero el tribunal de instancia prescindió de él. El arraigo familiar y el mantenimiento de dos hijos comunes con la víctima se rompe precisamente con el acusado en la cárcel durante 4 años y medio, y con pocas expectativas de encontrar trabajo al salir de ella, y desde luego con pérdida de contacto personal, salvo las posibles visitas que puedan hacer sus hijos a la cárcel, lugar poco propio para desarrollar un adecuado ambiente familiar.

Aplicando la medida, la familia puede reunificarse en su país de origen (Bolivia) o en otro distinto, sin excluir otro de la Unión Europea, en el que la ilegalidad de su estancia es la misma que en España. Por lo expuesto, y asesorado por Letrado, consciente además de que la estimación de la pretensión impedirá regresar a España durante los 10 años siguientes, procede adoptar la medida al no hallarse justificada la excepción, que nada tiene que ver con la naturaleza del delito.

El motivo debe estimarse.

Sentencia 957/2008, Sala de lo Penal del TS, de 18 de diciembre de 2008

DECLARACIONES TESTIFICALES
Arts. 416, 714 y 730 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

Prohibición de valoración de declaraciones prestadas en un juicio de menores, en las que no se instruyó debidamente al declarante en los términos del artículo 416 LECrim., en un proceso diferente contra la madre del acusado en aquél, ya condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El recurso del Ministerio Fiscal se dirige contra la decisión del tribunal de apelación que ha excluido del proceso por nulidad y sin haberla valorado, la prueba propuesta por la Fiscalía por considerarla inválida en este proceso. (...)

2. El Tribunal Superior de Justicia declaró en la sentencia recurrida la nulidad del juicio y reenvió la causa a la Audiencia para la celebración de un nuevo juicio.

Esta decisión se fundamentó, en primer lugar, en que al menor, hijo de la acusada, no se le advirtió, en el proceso de menores que se le siguió, de su derecho a no declarar contra su madre y sólo se lo instruyó del derecho a no declarar como coimputado, al que aquél se acogió luego en el proceso contra su madre. Por lo tanto, sostiene el TSJ, “al haberse acogido J. (ya mayor de edad en el momento del juicio contra su madre) al derecho a no declarar como coimputado y no habérsele informado de su derecho a no declarar contra su madre en el proceso de menores, la lectura de las declaraciones anteriores prestadas en el procedimiento seguido contra él en el juicio que se seguía contra aquélla están viciadas ‘ab initio’ y no pueden servir, como efectivamente sirvieron, de prueba de cargo válida (...) pues las invalidan los indicados preceptos, art. 11.1 de la LOPJ y art. 707 de la LECrim.”.

En segundo lugar, el TSJ consideró que el art. 45 de la LOTJ sólo autoriza a proponer nuevas pruebas, pero en modo alguno al cambio del “status procesal de un testigo convirtiéndolo en acusado-condenado”, dado que tal pretensión iba contra el propio criterio del Fiscal en el proceso, en el que había sostenido que “de acogerse los mismos (los hijos de la acusada) a su derecho a no declarar contra su madre, en virtud del art. 416 de la LECrim., no podría siquiera acudirse a la vía del citado art. 730 de dicho cuerpo legal”.

El TSJ sostuvo, en definitiva, que “se han vulnerado los citados derechos de la acusada, pues, por si fuera poco haber aportado por testimonio las declaraciones de J. prestadas en el juicio seguido contra él en la jurisdicción de menores, se fue incluso más allá y se leyeron las mismas en el juicio, lo que no es permisible dada su condición de hijo de la acusada acogido al derecho a no declarar, por mucho que se haya pretendido hacerlo al amparo de su nuevo status procesal, irregular, extemporáneo y sin garantías para el propio J.” “Esta vulneración de derechos fundamentales —agrega el TSJ— afecta no sólo por vicio de nulidad las propias declaraciones, sino también al vídeo que se entregó a los jurados que contenían la diligencia de reconstrucción de hechos efectuada ante la jurisdicción de menores”.

3. La tesis según la cual el testigo que fue condenado por el mismo hecho en otro proceso no debe ser instruido de su derecho en los términos del art. 416 de la LECrim. no es compartida por la Sala. Por lo tanto, si sólo se lo instruyó del derecho del art. 520.2.a) de la LECrim. se ha incumplido con el deber de informarle de la dispensa de declarar en contra de las personas que se enumeran en el n.º 1.º) del art. 416 del CP. El testigo, ya condenado o no en otro proceso, que declara, por lo tanto, sobre circunstancias que afectan la posible responsabilidad de su madre, está amparado por la misma dispensa que establece el art. 416 de la LECrim. de la misma forma que cualquier otra persona que deba declarar sobre circunstancias percibidas por sus sentidos y que pueden ser utilizadas en contra de un acusado con el que está unido por una relación de parentesco prevista en el art. 416 de la LECrim.

La circunstancia de una condena anterior por los mismos hechos, por otra parte, no elimina la razón de ser del art. 416 de la LECrim. Dicho de otra manera: el coimputado pariente en los grados establecidos en

ese artículo debe ser instruido no sólo de su derecho a no declarar contra sí mismo, sino también de su dispensa de declarar contra su madre. Ello se deduce de la posibilidad de dar valor testifical a las declaraciones de un coimputado y de la ratio legis del art. 416 LECrim., que —como ha sido señalado en la doctrina— “hace retroceder el interés público en una persecución penal sin obstáculos en favor del interés del testigo de no tener que declarar contra un pariente”.

Por lo tanto, siendo conocido en el proceso de menores que la madre era también acusada en otro proceso por los mismos hechos, debió haber sido instruido de que sus declaraciones podrían ser utilizadas contra su madre. De lo contrario no podrán ser utilizadas en el proceso contra la madre.

El texto del art. 714 de la LECrim., por lo demás, no autoriza a recurrir a declaraciones documentadas en las actas de otro proceso en el caso en el que el declarante se niegue a declarar, cuando no se le haya informado de la dispensa del art. 416 de la misma ley. El art. 714 de la LECrim. tiene la finalidad de permitir una confrontación de lo declarado en el juicio con declaraciones anteriores del sumario, para, de esa manera, permitir una ponderación de lo declarado en

presencia del Tribunal sin infringir el principio de inmediación que impone el art. 741 de la LECrim.

Pero, dejando ahora de lado la cuestión de si las declaraciones prestadas en un proceso pueden ser trasladadas por la vía del art. 714 de la LECrim. a otro proceso, es claro, que declaraciones prestadas anteriormente, sin que el declarante haya sido correctamente instruido, no pueden eliminar la prohibición de valoración que las afecta sólo por haber sido sometidas al procedimiento del art. 714 de la LECrim. En efecto, tal prohibición no desaparece con una confrontación del declarante con sus declaraciones previas destinada a aclarar la veracidad de lo declarado. En el presente supuesto no se trata de si dijo o no dijo la verdad, sino de si estaba o no obligado a declarar lo que declaró y si fue instruido del derecho a no declarar.

Por las mismas razones tampoco es de aplicación al caso el art. 730 de la LECrim., sin perjuicio de que, además, en el supuesto de las declaraciones testificales existe en la ley una norma especial, que por lo tanto, desplaza a la más general, que es la del art. 714 de la LECrim.

Sentencia 964/2008, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2008

PRESCRIPCIÓN. RELACIÓN ENTRE APROPIACIÓN INDEBIDA Y DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADOS

Arts. 131, 252 y 467 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa a los plazos de prescripción del delito cuando concurre alguna modalidad cualificada y cuando aparece conectado a otros delitos, se centra la sentencia en la relación entre

los delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional de abogado, aplicando el criterio fijado en el Acuerdo de Sala de 16 de diciembre de 2008 (recogido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Los razonamientos expresados por el Tribunal de instancia para rechazar la aplicación de la prescripción son perfectamente correctos y acordes con jurisprudencia reiterada de esta Sala y Acuerdos adoptados en plenos no jurisdiccionales.

Ciertamente, el recurrente ha sido condenado por el subtipo agravado de apropiación indebida tipificado en el apartado sexto, número primero, del artículo 250 del Código Penal, supuesto que está castigado con una pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, pena privativa de libertad que constituye una pena grave, acorde con lo que se dispone en el artículo 33.2 del Código Penal, lo que determina que el plazo de prescripción sea de diez años, como ordena el artículo 131.1 del mismo texto legal.

Y como antes se ha dejado expresado, ese es el criterio mantenido en Plenos no jurisdiccionales y por reiterada doctrina de esta Sala.

Así, en la Junta General celebrada el 29 de abril de 1997, en relación al cómputo del plazo de prescripción, se debate acerca de la pena que ha de ser tenida en cuenta para aplicar los plazos de prescripción previstos en el artículo 133 del Código Penal, discutiéndose si ha de partirse de la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto, resultante de la aplicación de normas sobre grados de participación y de ejecución.

Es mayoritaria la opinión de que debe ser tenida en cuenta la pena en abstracto.

Esta doctrina ha sido recogida en Sentencias posteriores de la Sala. Así, en la Sentencia 867/2002, de 29 de julio, se expresa que

con carácter general se ha dicho por esta Sala y así ha quedado plasmado en un Acuerdo General de 29 de abril de 1997 que, para computar los plazos de prescripción de los delitos, se deben tomar en consideración las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que se nos presentan en cada caso concreto y como se ha señalado por la doctrina de esta Sala, entre otras muchas la sentencia de 31 de marzo de 1997, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta, no es, ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establezca la propia ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto (señalado por la ley) es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la “seguridad jurídica”. Este mismo criterio se ha seguido en otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de octubre de 2001, que reproduce la anterior doctrina.

Es asimismo doctrina de esta Sala que el término “pena máxima” señalada al delito, que se contiene en el artículo 131 del Código Penal, se refiere a la pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, doctrina expuesta en la Sentencia 610/2006, de 29 de mayo, en la que se declara que con arreglo a ello, la aplicabilidad del subtipo agravado comprendido en el n.º 7 del artículo 250 del CP, determina que la pena aplicable se encuentre entre uno y seis años de prisión, más la de multa correspondiente, siendo el plazo de prescripción a

tener en cuenta el de diez años, que precisa el artículo 131 del CP. Criterio que ha sido ratificado en el pleno no jurisdiccional celebrado el día 16 de diciembre de 2008 ya que se volvió a examinar si debe mantenerse el acuerdo del pleno celebrado el día 29 de abril de 1997, o por el contrario, para fijar esa pena en abstracto habrá que estar a la pena que resulte de la aplicación de las normas sobre grados de participación o de ejecución, pleno en el que se tomó el siguiente Acuerdo: “Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997.”

Así las cosas, no se ha producido la prescripción invocada y el motivo no puede prosperar.

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 del artículo 131.1 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que los hechos objeto de condena se llevaron a cabo el día 28 de diciembre de 1999 y el 26 de febrero de 2000 y que la denuncia por apropiación indebida se efectuó el 20 de diciembre de 2004 y es el día 27 de abril de 2006 cuando por primera vez se dirige la acusación por deslealtad profesional, en el escrito de la acusación particular y en el mes de junio por el Ministerio Fiscal, y por ello se defiende la prescripción del delito de deslealtad profesional al haber transcurrido más de cinco años.

Este motivo tampoco puede ser estimado.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el presente motivo, el delito de apropiación indebida está vinculado en régimen de conexidad con el delito de deslealtad profesional y ello determina que ambos delitos deban considerarse como un todo y que deben tener un régimen unitario de

prescripción, atendiendo al plazo de prescripción de la infracción principal más grave.

Ciertamente, esa es la doctrina reiterada de esta Sala, como son exponentes las sentencias 312/2006, de 14 de marzo y 827/2006, de 10 de julio, en la que se expresa que esta Sala ha precisado (Cfr. SSTS de 18 de mayo de 1995; n.º 758/1999, de 12 de mayo y de 18 de marzo de 2002, n.º 544/2002), que no debe operar la prescripción, en supuestos como el que se examina, cuando se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado.

Con igual criterio se expresa la Sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala (sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Como destaca la sentencia de 29 de julio de 1998,

las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal. En efecto es claro que en el supuesto enjuiciado el delito continuado de falsedad objeto de acusación se encuentra íntimamente relacionado con los delitos de malversación y cohecho objeto de condena, constituyendo las falsedades medios instrumentales para la ocultación de los otros delitos y para el aprovechamiento de los fondos ilícitamente obtenidos a través de los mismos. Ha de estimarse, en consecuencia que al no ser aplicable la prescripción a estos delitos principales tampoco lo es al delito de falsedad.

Y aplicando la doctrina que se deja expresada al caso que examinamos en el presente recurso, el delito de deslealtad profesional aparece vinculado, en la sentencia recurrida, en régimen de conexidad, con el delito de apropiación indebida, ya que en modo alguno puede configurarse como independiente de los planes desarrollados por el acusado para hacer suyo el dinero de la indemnización que correspondía a la entidad a la que defendió profesionalmente; delito de apropiación indebida que, como antes se ha dejado mencionado, al tratarse de un subtipo agravado, tiene un plazo de prescripción de diez años, por lo que al no prescribir el delito más grave tampoco puede prescribir el delito de deslealtad profesional con el que está conectado.

Todo ello sin perjuicio de lo que se va a expresar al examinar el sexto y séptimo motivo de este recurso, en los que se deja sin efecto la condena por el delito de deslealtad profesional.

(...)

Sexto.—En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 467.2 del Código Penal.

Se alega, en defensa de este motivo, que los hechos que se declaran probados no se subsumen en el delito de deslealtad profesio-

sional, y se hace referencia a la Sentencia de esta Sala 117/2007, de 13 de febrero, que rechazó la apreciación de la circunstancia agravante prevista en el número 7.º del artículo 250.1 del Código Penal, consistente en que el delito se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

En el Título XX, bajo la rúbrica de delitos contra la Administración de Justicia, su Capítulo VII castiga conductas de obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional, y el artículo 467.2 del Código Penal, dentro de este último Capítulo, castiga al abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueran encomendados.

La calificación jurídica de la conducta de un letrado en ejercicio que hace suyas cantidades de dinero que tenía que entregar a su cliente plantea varias cuestiones y, entre ellas, se debe examinar las relaciones entre el delito de deslealtad profesional y el delito de apropiación indebida, así como la apreciación de la agravante específica de aprovecharse de la credibilidad profesional prevista en el número 7.º del artículo 250.1 del Código Penal.

No existía una posición suficientemente definida en los pronunciamientos de esta Sala y ello determinó que se sometiesen estas cuestiones a un pleno no jurisdiccional, que tuvo lugar el pasado dieciséis de diciembre, en el que tras el debate correspondiente se tomaron los siguientes Acuerdos:

I. El Letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del artículo 252 del Código Penal, comete un delito de apropiación indebida.

II. La aplicación de la agravación prevista en el artículo 250.7 del Código Penal se ajustará a las reglas generales.

III. Además cometerá un delito del artículo 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como Letrado.

Sentencia Sala de lo Penal del TS de 30 de diciembre de 2008

PRESCRIPCIÓN

Art. 131 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar

SÍNTESIS

En la determinación del plazo de prescripción correspondiente, se atiende a la pena prevista en abstracto para el delito cometido, sin considerar la eventual concurrencia de una forma incompleta de ejecución (tentativa).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La cuestión se encuentra en determinar la pena que se ha de considerar como pena legal máxima del delito. Como recuerda, acertadamente el Ministerio Fiscal en su recurso, el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 29 de abril de 1997 estableció que en relación con la prescripción del delito debe tenerse en cuenta la pena en abstracto, fijada para el delito de que se trate y no la pena resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y de ejecución. La Sentencia de 12 de abril de 1997 proclamó que “la gravedad del delito se determina por la pena abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda llevarnos la estimación de formas imperfectas de ejecución o los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”.

En el mismo sentido se pronunciaron las Sentencias de 31 de marzo de 1997, 7 de febrero de 2001, 26 de octubre de 2001, 9 de diciembre de 2002, 28 de octubre de 2004, 3 de diciembre de 2004, entre otras. Es cierto que alguna resolución de esta Sala posterior al Acuerdo inició una línea de matización,

aisladamente, en el sentido de no obviar, al considerar la pena máxima, el grado de ejecución o de participación criminal, con todas sus consecuencias en lo punitivo y determinadas por circunstancias modificativas de la responsabilidad. Pero tales matizaciones o excepciones a lo acordado en el Pleno de abril de 1997, han sido abandonadas al reiterar de nuevo esta Sala Segunda en su reciente Pleno de fecha 16 de diciembre de 2008, el criterio del Pleno de abril de 1997, que ha sido ratificado íntegramente y en los mismos términos en que entonces se aprobó. La pena, por tanto, a considerar es la pena en abstracto, que es la que la Ley establece para el tipo de que se trate en la parte Especial del Código.

De ello se sigue que en el presente caso la pena establecida en el tipo penal del art. 181.1 y 2 y 182.1.º del Código Penal es la de cuatro a diez años, por lo que el plazo de prescripción, según el art. 131.1.º punto tercero del Código Penal, es de diez años.

No estaba transcurrido cuando se inició el proceso, ni el delito había prescrito por lo que procede en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal.

Sentencia 7/2009, Sala de lo Penal del TS, de 7 de enero de 2009

DIFERENCIAS ENTRE LA DECLARACIÓN DE TESTIGO Y DEL COIMPUTADO

Art. 24 CE; 689, 706 y 741 LECrim

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Primera sentencia en que se aplica el criterio del Acuerdo Plenario de 16 de diciembre de 2008 (reproducido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal), según el cual la persona que ha sido juzgada por unos hechos y, con posterioridad y sobre esos mismos hechos declara en el juicio de otro coimputado, lo hace en calidad de testigo por lo que su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad sin exigirse la concurrencia de adicionales corroboraciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, puede sintetizarse actualmente en los siguientes enunciados:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración. Deben ser autónomos e independientes de lo declarado por el coimputado.

e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.

SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, 182/2001, 70/2002, 25/2003, 28 de abril de 2003 o las más recientes 34/2006, de 13 de febrero, 160/2006, de 22 de mayo, y 102/2008.

El *leit motiv* de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia extrema que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en

relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroincrimación, ello no obstante no debe ser magnificado porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza que se pueda suscitar, en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado como ocurre con los arts. 376 y 579 —las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo—, es decir en relación a las más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada.

En definitiva, la singularidad del testimonio del coimputado —cuando es única prueba— es que es insuficiente para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba distinta de la facilitada por el propio imputado. Es en este punto donde la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando con diversos elementos qué se deba entender por corroboración y cuál debe ser su contenido, y en tal sentido se pueden citar las siguientes aportaciones:

a) STC 72/2001: la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.

b) STC 181/2002: los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional —y por tanto también eventualmente por esta Sala de Casación— son los que exclusivamente aparezcan expresados en la resolución impugnada como determinantes de la condena.

c) STC 207/2002: los datos externos que corroboren la versión del coimputado se deben producir, precisamente en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el Tribunal estima probados.

d) STC 233/2002: los elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como puede ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento de la versión facilitada, o su coherencia, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, tales datos solo podrán entrar en consideración después de que la declaración del coimputado, integrada con las corroboraciones sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional.

e) SSTC 17/2004 y 30/2005: la existencia de la corroboración ha de ser especialmente intensa en los supuestos en que concurren excepciones o circunstancias en relación a la regularidad constitucional en la práctica del coimputado, es decir, cuando, por ejemplo, las declaraciones inculpativas del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías.

f) SSTC 55/2005 y 165/2005: no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta “... los delicados problemas —del testimonio del coimputado— ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales...”. Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba —párrafos 156 a 159 de la STEDH, Labita vs. Italia, 6 de abril de 2000—.

Todo lo dicho hasta aquí, se refiere a aquella persona que en el momento de ser enjuiciada, está acusando también y simul-

táneamente a otro u otros como interviniente en los mismos hechos, en una unidad de acto.

No es este el caso de autos porque como ya se ha dicho, Adolfo, cuando declaró en el Plenario en el que se juzgaba al recurrente, ya había sido juzgado y condenado diez años antes.

¿Constituye esta circunstancia un dato relevante a los efectos de alterar el status de coimputado?.

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de abordar esta situación en varias resoluciones y con distinta valoración, en unas de ellas ha considerado no estimar coimputado al que declare sobre otro después de haber sido ya juzgado. En otras se ha dicho que el status de coimputado debe en todo caso ser mantenido.

Se adscriben al primer criterio las siguientes sentencias:

1. STS 1079/2000, de 19 de julio.

“... Como punto de partida debe afirmarse que cuando J. es citado al Plenario, lo hace en calidad de testigo y no de coimputado, fue coimputado junto con el otro recurrente en estos hechos, pero dejó de serlo cuando fue juzgado, y por tanto cuando casi cinco años después comparece para declarar lo hace con el exclusivo status de testigo que tiene dos obligaciones: comparecer al llamamiento y declarar, habiendo desaparecido su condición de coimputado que sólo se mantiene en los casos en que simultáneamente y con unidad de acto uno comparece en dicha doble condición...”.

2. STS 1268/2000, de 30 de octubre.

“... En este aspecto hemos de decir: Es indudable que mientras el testigo ocupe en el proceso la cualidad de imputado o de coimputado no puede ser sometido al régimen general de cualquier testigo, en cuanto que está exento de declarar y si declara faltando a la verdad no puede cometer el delito

de falso testimonio. Sin embargo, cuando ya ha abandonado la posición de imputado para ser sustituida por la de ejecutoriamente condenado, la declaración no puede producirse bajo las prevenciones del art. 118 de la LE-Criminal pues, declara sobre hechos que ya no le pueden afectar penalmente, por lo cual (obvio es decirlo) la única forma posible de comparecer, según razona el Ministerio Fiscal, es en calidad de testigo...”.

3. STS 168/2003, de 26 de febrero.

“... Cuando J. prestó la declaración inculminatoria analizada, es evidente que tenía la condición de coimputado, sin embargo tal condición la perdió cuando fue citado como testigo al juicio oral en el que se juzga al recurrente, tal cambio de status fue consecuencia de que previamente ya había sido juzgado y condenado...”.

4. STS 1338/2003.

“... Ciertamente cuando tanto C.T. como J.C.V. acuden al Plenario, lo hacen en la condición de testigos porque ya habían sido sentenciados...”.

En sentido contrario se pueden citar las siguientes:

1. STS 1332/2004, de 11 de noviembre que citando la consulta de la Fiscalía General del Estado de 14 de abril de 2000 se pronuncia como sigue:

“... El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándole así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar...”.

“... Por todo lo expuesto cabe concluir que el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él...”.

2. STS 1007/2007, de 23 de noviembre.

Insiste en la línea argumental de la anterior sentencia y añade:

“... Además como argumento que refuerza lo anterior, en estos casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como participa en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único, la relación que cada uno de los sujetos mantiene con dicho objeto, lo que le confiere un determinado status, no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos...”.

Hay que decir, que en relación a las sentencias enumeradas como 1, 2 y 4 de la primera tendencia expuesta en los concretos casos estudiados, la persona ya juzgada que compareció al juicio del copartícipe, se negó a declarar y que en esa situación se procedió de acuerdo con el art. 730 a la lectura de sus declaraciones sumariales —y por tanto cuando era coimputado— y como tal se exigió la existencia de corroboraciones externas.

El presente caso, tiene la particularidad, primera hasta el momento actual, de que Adolfo declaró en el Plenario en el sentido que luego se estudiará, por otra parte la sentencia sometida al presente control casacional basó prácticamente toda su argumentación, que concluyó con la condena del recurrente, en las declaraciones en sede policial, ratificada con detalle en sede judicial por el insinuado Adolfo durante la tramitación de la causa, es decir, se trataba de declaraciones de coimputado precisadas de corroboraciones externas, y como tales corroboracio-

nes externas, textualmente, cita las siguientes:

“... Las manifestaciones de Adolfo sobre la forma en que llevan a cabo la acción se ven corroboradas por las manifestaciones de la empleada de la cafetería, testigo presencial, y además por la identificación de sus huellas dactilares y las de Yolanda en las tazas del café intervenidas en la cafetería, prueba pericial ratificada en el acto del juicio oral. A ello se une el hallazgo del arma en el piso...”.

Es incontestable, que de conformidad con la doctrina constitucional sobre la exigencia de corroboraciones externas en la declaración del coimputado que acrediten la participación en el mismo hecho del copartícipe, en el presente caso no hay corroboraciones. En efecto, el debate está sobre la intervención del recurrente, Narciso como ordenante del atentado del militar materialmente ejecutado por el coimputado, ya juzgado junto con otras personas, y es patente que ninguna corroboración existe que refiriese dicha participación. Lo que la sentencia llama —impropiamente— corroboraciones, no son sino datos que puedan reforzar la intervención de los ejecutores materiales, es decir, del propio Adolfo o de Yolanda, de ahí la existencia de sus huellas en la taza de café o la declaración de la camarera, pero nada de eso proyecta o refuerza la cuestionada intervención del recurrente, del mismo modo que la propia realidad del atentado no permite sic et simpliciter proyectar una autoría sobre éste.

Es evidente que la estructura y sistemática de la fundamentación de la sentencia no permite ni consiente la condena dictada en cuanto que no responde al canon de exigencia de la declaración del coimputado cuando es prueba única, para constituir la prueba suficiente desde las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, suficiencia que es imprescindible para pasar a la fase de valoración de dicha prueba.

Dicho de otro modo, dada la proclamada insuficiencia de la sola declaración del

coimputado para fundar en ella una sentencia condenatoria, y por tanto de la exigencia de corroboraciones a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas, hay que convenir que en el presente caso tales corroboraciones ni existen ni por tales pueden ser estimadas las así calificadas por la sentencia y a las que ya hemos hecho referencia.

Pero no acaba aquí nuestra reflexión, en la medida que el coimputado declaró en el Plenario en el que se juzgaba al recurrente, se planteó la cuestión, ya anunciada en las sentencias precedentemente citadas y resueltas de manera diversa como ya se ha visto, de cuál es el status procesal con el que compareció ¿mantiene su condición de coimputado, a pesar de haber sido ya juzgado?, ¿es un testigo?

Como ya se anunció al principio de esta argumentación la cuestión no es baladí dada la diferente situación en que se encuentra el coimputado y el testigo. La declaración de aquel heteroincriminatorio es intrínsecamente sospechosa —STC 68/2002— y precisa de corroboraciones para adquirir la condición de prueba suficientemente capaz de revocar el decaimiento de la presunción de inocencia, por decirlo claramente la declaración del coimputado exige: 1.º) integrar su suficiencia con las corroboraciones y 2.º) verificar su credibilidad. La prueba del testigo cuando es única, es en sí misma prueba suficiente para fundar la condena, exigiéndose sólo una adecuada motivación para acreditar su credibilidad, lo que puede verificarse desde la triple perspectiva de: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia.

Esta cuestión fue llevada al Pleno de la Sala con el fin de alcanzar una decisión al respecto que constituyera la opinión de la Sala.

Pues bien, en sesión del 16 de diciembre de 2008, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala II tomó el acuerdo siguiente:

“... La persona que ha sido juzgada por unos hechos, y con posterioridad acude al juicio de otro coimputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el Plenario como testigo y por tanto su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad...”.

De acuerdo con lo expuesto hay que declarar:

1.º) Que Adolfo, acudió al Plenario en el que se juzgaba al recurrente, como testigo, siendo citado por el Ministerio Fiscal.

2.º) En dicho Acto declaró tanto a preguntas del Ministerio Fiscal como del letrado del recurrente.

3.º) Su testimonio en el Plenario debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad.

4.º) Como prueba testifical es prueba en sí misma suficiente debiéndose verificar su credibilidad sin la previa concurrencia de corroboraciones.

Pues bien en este sentido, el examen del Acta del Plenario permite verificar que se le recibió declaración como testigo y así se le advirtió por la Presidencia del Tribunal (...)

Como conclusión del estudio realizado, hay que afirmar que la declaración de Adolfo efectuada en el Plenario, que como manifestación de un testigo es en principio prueba suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, analizadas en concreto merecen total verosimilitud y por tanto credibilidad para en base a ellas declarar el decaimiento de la presunción de inocencia del recurrente con lo que queda sin sustento la denuncia del motivo de vacío probatorio.

Sentencia 41/2009, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2009

COAUTORÍA

Art. 28 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Apelando al concepto de “masa de acoso” se sostiene un concepto amplio de coautoría, que no exige probar la realización de hechos típicos concretos, en relación a una agresión colectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Con la Sentencia de esta Sala 811/2008, de 2 de diciembre, los hechos a los que llegó el Jurado se pueden inscribir en lo que la Sociología denomina “masa de acoso”. Esto es la acción concertada de varias personas que actúan con el propósito común de atacar a una persona determinada, definida como objetivo a abatir, y así fue en efecto. La víctima es la meta, no hay peligro porque la superioridad de la masa es total. Como el

verdugo es la masa, a cualquier persona que probadamente forme parte de la masa y actúa como parte integrante del ataque —o evitando la ayuda de otras personas a la víctima— se le puede atribuir el resultado causado. Hay un codominio del hecho, no porque ejecuten todos personalmente los hechos del tipo, sino porque tal hecho es desarrollado y controlado por todos los integrantes. Que pueda haber intervinientes no identificados ni borra ni disminuye la responsabilidad de los identificados.

No existió el vacío probatorio que se denuncia.

Sentencia 50/2009, Sala de lo Penal del TS, de 22 de enero de 2009

TENENCIA DE TARJETAS DE CRÉDITO FALSAS

Arts. 386 y 387 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se analiza la doctrina jurisprudencial en torno a la reconducción de la falsificación de tarjetas de crédito a los delitos de falsificación de moneda, su alcance y límites, incorporando el Acuerdo de Sala de 16 de diciembre de 2008, recogido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, dictó Sentencia por la que condenó a Franco, como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia de moneda falsa, a la pena de cinco años de prisión, accesorias y costas.

Los hechos probados disponen que tal acusado portaba 10 tarjetas (en soporte de las denominadas de fidelidad y de regalo), en donde se habían manipulado sus bandas magnéticas, introduciendo datos de tarjetas de crédito o de débito, a fin de hacerlas circular como tales, sabedor de tal extremo, precisando, en cambio, que no se había probado que hubiera intervenido en la composición de las referidas tarjetas, ni que estuviera de acuerdo con quien las confeccionó. También fueron intervenidos dos lectores de tarjetas, pero la Sala declaró que “éstos (se hallaban) en posesión de persona que no era el acusado”.

Sin mayor fundamentación jurídica, el Tribunal de instancia considera esos hechos son incardinables en el párrafo segundo del art. 386 del Código Penal, en relación con el art. 387 del propio Cuerpo legal. El Ministerio Fiscal había acusado por un delito de falsificación, del párrafo primero, que la Sala sentenciadora de instancia, sin romper el acusatorio, por cuanto condenó por tipo homogéneo pero más leve, degradó a la simple tenencia con finalidad de transmisión (expedición o distribución), haciendo constar que la finalidad de tal tenencia por el acusado era, con respecto a las tarjetas, “hacerlas circular como tales”.

El primer motivo del recurso formalizado por la representación procesal del citado acusado en la instancia, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 386.2 del Código Penal, bajo la tesis de que una tarjeta no se tiene

para transmitirla, “sino que se usa para obtener dinero o bienes”.

Como es sabido, el expresado párrafo segundo del art. 386 del Código Penal, dispone lo siguiente:

“La tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación”.

Y el art. 387, lo siguiente:

“A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”.

Ambos artículos reformados por LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004. Los hechos enjuiciados ocurrieron el día 12 de julio de 2005.

La jurisprudencia de esta Sala, ad exemplum, STS 722/2007, de 12 de septiembre, declaró lo siguiente: ... El Pleno de esta Sala de 28 de junio de 2002 equiparó la fabricación de tarjeta de crédito a la fabricación de moneda en virtud del citado art. 387. Ahora bien tal equiparación lo era sólo en relación a aquellas actuaciones susceptibles de equiparación con la tarjeta de crédito. ... Es claro que tal equiparación no es posible en relación a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución. Una tarjeta falsa no se “tiene” para transmitirla, sino que se usa para obtener dinero o bienes. Por ello la

equiparación sólo es posible respecto de las actividades relativas a la fabricación.

La doctrina que se contiene en la sentencia que se deja expuesta ha sido mantenida por Sentencias posteriores de esta Sala como es exponente la 63/2008, de 25 de enero.

Y muy recientemente, la STS 559/2008, de 22 de septiembre de 2008, declaró que la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3. Ese destino, es un elemento subjetivo del injusto que deberá ser acreditado por prueba directa o indiciaria a partir de elementos objetivos que permitan afirmar el destino al tráfico de las tarjetas falsas detentadas.

Como vemos, esta última línea jurisprudencial, entiende, sin embargo, que los hechos serán típicos en el caso de que exista esa finalidad, que no es otra que la detentación de tarjetas falsas para ser entregadas a otras personas rellenando el requisito tendencial de la expendición o distribución. En consecuencia, la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición, será atípica, a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3.

La cuestión fue sometida al Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 16 de diciembre de 2008, que unificó esta doctrina, bajo 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”.

De modo que concurriendo tal finalidad de transmisión, la tenencia de tarjetas falsas puede ser subsumible en el expresado precepto del Código Penal. En realidad, la jurisprudencia de esta Sala Casacional, ya ha-

bía destacado esa “voluntad acreditada de su distribución o expendición”, de la que será exponente interpretativo el número o cantidad de tales tarjetas en poder del acusado con tal finalidad.

En efecto, este delito lo es de tenencia preordenada al tráfico (naturalmente, de la moneda falsa en poder del sujeto activo del delito), pues en él se castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución. Los requisitos relacionados como el valor de la moneda o el grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores no son elementos del tipo, sino criterios de individualización penológica, que pueden o no estar presentes a la hora de llevar a cabo esta operación jurídica, pero que no forman parte del tipo, por condicionarles exclusivamente ley penal a la hora de imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Los elementos del tipo son, pues, tres: 1) tenencia de moneda; 2) que ésta sea falsa; y 3) un elemento tendencial o sea, la finalidad de expendición o distribución. Desde luego, que en todos ellos late la idea de castigar tal posesión preordenada a la circulación de la moneda falsa, como actividad de grado inferior a la fabricación o introducción, pero que cierra el círculo jurídico de la punición de los atentados contra la moneda, bien sea ésta nacional, de la Unión Europea o incluso de la moneda extranjera, por afectar a bienes jurídicos de indudable trascendencia para la economía mundial. La protección de los sistemas de pago, es esencial en una economía globalizada, y garantiza los medios mediante los cuales se adquieren bienes o servicios. No creemos necesario insistir sobre esta idea, por ser elemental.

Sobre el requisito de la tenencia, es pacífico que se corresponde con la posesión, concepto asentado en la jurisprudencia de esta Sala, sobre las ideas del corpus y del animus. Con relación a la moneda, hay que acudir indudablemente al art. 387 del Código Penal, pues en él se ofrece una definición auténtica de lo que “se entiende por moneda”, que lo es “la metálica y papel moneda

de curso legal”, pero añadiéndose por el legislador que “a los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”. De modo que la posesión de una tarjeta de crédito satisface las exigencias del tipo, siempre que ésta sea falsa, y lo será siempre que se haya manipulado un elemento esencial de tal moneda, de donde pueda predicarse que se trata de una moneda apócrifa, por imitación de sus características sustanciales. En el papel moneda, será necesaria su apariencia de legalidad o autenticidad; en las tarjetas, la manipulación de su banda magnética, lo que permitirá su introducción en un lector, con apariencia de autenticidad, y correlativamente obtener el funcionamiento del mismo. Finalmente, se requiere que tal posesión esté orientada a su expendición o distribución. Ya hemos indicado más arriba que conforme a nuestro Acuerdo Plenario lo que se precisa acreditar es una finalidad de transmisión, término que comprende en consecuencia el elemento tendencial de expendición o distribución.

De lo expuesto resulta que ambas finalidades se contemplan en los hechos probados de la sentencia recurrida, pues éstos dicen que el acusado lo que pretendía hacer es “hacerlas circular como tales”. Es decir, que el acusado tenía “una finalidad de transmisión”, que es el contenido expreso y concreto del Acuerdo Plenario acordado hace breves fechas, pues hacerlas circular tiene ineludiblemente una finalidad de transmisión que se exige en la interpretación del tipo, como esta Sala Casacional ha decidido. Y se deduce esa transmisión igualmente del elevado número de tarjetas manipuladas que poseía tal acusado, nada menos que en número de diez, cuyos contornos fácticos igualmente son aptos para llegar a la misma conclusión jurídica.

De este modo, la interpretación que llevó a cabo el Tribunal de instancia, satisface las exigencias del tipo penal contemplado en el art. 386.2 del Código Penal, y correlativamente, el motivo debe ser desestimado, todo ello sin perjuicio de que el legislador pueda abordar en el futuro, en caso necesario, toda la problemática de las tarjetas de crédito falsas o falsificadas, para una mayor claridad del intérprete, en una materia de indudable trascendencia en el tráfico jurídico actual.

Sentencia 39/2009, Sala de lo Penal del TS, de 29 de enero de 2009

QUEBRANTAMIENTO DEL ALEJAMIENTO

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

De manera muy concreta, se hace eco la sentencia del Acuerdo de 25 de noviembre de 2008 (recogido en el número 26 de la Revista de Derecho Penal), de conformidad con el cual la autorización o consentimiento de la mujer no obsta a la tipicidad del quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

B) Por otro lado, en cuanto al fondo del asunto, esto es, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del art. 468 del CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, el asunto fue tratado en una reunión de pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la

cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que sólo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé.

Rechazamos esta 2.^a parte de este motivo 3.^o

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 18/2008, AP PALENCIA, Sec. 1.ª, de 22 de abril de 2008

ABANDONO DE FAMILIA: ABSENTISMO ESCOLAR

Arts. 226.1 Código Penal; 142 y 154 CC

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José

SÍNTESIS

Concurriendo la situación generadora del deber de actuar, la omisión de la acción debida y la capacidad para actuar, estima la Sala el recurso del Ministerio Fiscal, revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal y condena a los padres por la falta de escolarización de su hija.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Así las cosas y partiendo del hecho de que el Ministerio Fiscal sostuvo la acusación de Carlos José y Susana en el artículo 226.1 del CP, debemos destacar que el delito que en él se define sanciona la infracción a derechos y deberes familiares, es un delito permanente de omisión, y que la descripción legal del mismo define una Ley penal en blanco, dado que uno de sus elementos típicos no se haya inserto en dicho artículo y por ello ha de completarse con el contenido de otros preceptos extrapenales, que son los que han de explicar en concreto

que debe entenderse como deberes de asistencia inherentes a la patria potestad.

Es sujeto activo del delito quien ejerce la patria potestad; sujeto pasivo los hijos o descendientes menores; y la acción sancionable el incumplimiento de deberes de asistencia. Por tales no deben de entenderse únicamente los materiales o económicos, inherentes al matrimonio, a la patria potestad, o a la tutela —en este caso vendría referido a la patria potestad—, sino que se extiende a otros deberes como son en concreto la educación y formación integral de los hijos.

Es esclarecedora al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de

1998, que al estudiar el delito en cuestión dice que “comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia —dada su naturaleza de tipo penal en blanco— la constituyen los artículos del Código Civil reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo”. Dice también la indicada sentencia que el incumplimiento de los deberes que como padres afectan a estos en el ejercicio de su patria potestad y a los que se refiere el artículo 154 del Código Civil, “debe ser voluntario y no producto de la imposibilidad de asumir y cumplir tales deberes, además de persistente, no esporádico o transitorio y completo”.

De lo antes advertido debe concluirse que la perfección del tipo penal en cuestión exige se den los tres requisitos siguientes:

- a) Situación generadora del deber de actuar que se produce por la existencia del vínculo entre el omitente, titular de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y los beneficiarios de tales deberes (los hijos).
- b) No realización de la acción (omisión).
- c) Capacidad de acción, todo ello naturalmente junto al conocimiento de quien omite la situación del deber y de su capacidad de actuación.

Además y para el caso que nos ocupa también debe atenderse a que dentro del concepto o núcleo derecho-deber que constituye el contenido de la patria potestad se encuentra el de la educación de los hijos entendida en un sentido integral, constituyendo la asistencia al colegio uno de los pilares esenciales de dicha formación, debiéndose de tener en cuenta que la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, extiende la enseñanza básica hasta el curso escolar en que se cumple los 16 años de edad, y que tal

disposición se ha mantenido en las posteriores leyes LOGSE y LOE atinentes al caso.

Dicho lo anterior en el caso nos encontramos ante unos padres perfectos conocedores de su obligación en cuanto que titulares de la patria potestad, de dispensar formación integral a su hija; que en el momento en que comienza el período a que se hace referencia en la declaración de hechos probados cuenta 11 años de edad, y que como se ha dicho nada se dice en la declaración de hechos probados —ni tampoco se ha probado— respecto a que hayan procurado no ya la mera matriculación de la menor en Centro escolar, sea de primaria o de secundaria según la edad, sino la efectiva asistencia de la misma al Centro, ni consta tampoco que si por sus propios medios no pudieran, hayan solicitado algún tipo de auxilio para el cumplimiento de tal deber a las Autoridades correspondientes, lo que pudieran haber hecho conforme a lo establecido en el artículo 154 del Código Civil. Tal circunstancia se produce en una situación en que en modo alguno puede negarse la capacidad de acción de los padres, pues no es tal el oficio del padre —chatarrero—, o la situación anímica de la madre —no determinada absolutamente en sus características—; y la tragedia familiar que supuso el fallecimiento de un hijo —fallecimiento que generó la situación anímica en Susana—, podría explicar el comportamiento de ésta durante un concreto período de tiempo de aquel a que se refiere la declaración de hechos probados, pero no en su totalidad, máxime cuando el comienzo del período de absentismo de Diana en el caso que nos ocupa, se produce ya en el año 2004 y el fallecimiento del hermano de Diana acaece en el mes de abril del año 2006. Esta Sala no ignora tales circunstancias ni la situación anímica que pudo producir en los acusados y en la totalidad de la familia y la concreta de Susana, más ello por sí no impide la capacidad de acción de éstos, como se advierte además por un período de tiempo tan prolongado y cuando como ya se desprende de las palabras anteriores ni siquiera ha quedado de manifiesto la afectación con-

creta de la capacidad intelectual y volitiva de Susana por tal circunstancia.

En suma y atendido lo dicho se cumplen los requisitos del artículo 226 del CP en tanto los acusados con su actuar, cuando menos omisivo, no cumplen el deber de prestar formación integral, que es inherente al ejercicio de la patria potestad en relación con su hija Diana, deber que le viene impuesto por el artículo 154 del vigente CC, y en ello ha de residenciarse su condena. Ni puede negarse su plena conciencia de la situación —téngase en cuenta sus dos condenas anteriores—, ni el conocimiento de sus deberes por la misma razón, ni su capacidad de acción.

Cuarto.—Se extiende el Juzgador “a quo” en una serie de consideraciones que a su juicio impedirían la aplicación del artículo 226 del CP, y en concreto hace referencia a que no consta impedimento para que Diana asistiese al Centro escolar impuesto por sus padres; que ésta estaba matriculada; a su edad, en concreto a partir de los 13 años; la profesión de los padres; e incluso a los deberes de la Administración en cuanto a la procura de formación a los ciudadanos, aspectos que incidirían bien en el requisito de la acción, de la culpabilidad o de la antijuricidad, más al respecto se advierte:

a) Que como bien se dice en el escrito de recurso del Ministerio Fiscal, el hecho de que no se haya probado impedimento físico, psíquico a la presencia corporal de Diana en los Centros escolares, y que se la haya matriculado, no excluye la omisión de los acusados de sus deberes en relación con la educación de su hija. El artículo 226 sanciona al que deja de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, y deja de hacerlo quien no aporta todos los medios necesarios para procurarles una educación y formación integral, incluso recabando el auxilio de la Autoridad conforme dice el artículo 154 del CC. El mero formalismo de matricular a su hija en un Centro escolar o de no impedir con hechos externos

la presencia de ésta en el Centro escolar, no comporta el cumplimiento del deber que le impone el artículo en cuestión, deber que supone una conducta que abarca no sólo la realización de meros actos formales, sino también materiales, para el logro plenamente efectivo del derecho de su hija a la educación, que no pretende sino la formación plena de su personalidad, formación que se proyecta en la futura vida de Diana y en el derecho que tiene ésta al logro de los bienes que la educación comporta.

b) El deber legal de asistencia inherente a la patria potestad y relativo a la educación del menor abarca no sólo hasta los 13 años, sino —como ya se ha advertido— hasta los 16, y además en el caso la situación de dejación de sus deberes por parte de los acusados comienza cuando Diana tiene once años. Por ello y a afectos de la condena que se anuncia, ni siquiera es necesario considerar el argumento del Juzgador “a quo” relativo a la falta de antijuricidad de la acción de los padres, con mayores argumentos a los expuestos, pues lo dicho es suficiente para fundamentar la condena, excluyendo cualquier posible justificación de los padres por la edad de Diana.

c) Es evidente que la profesión del padre no afecta a la antijuricidad de la acción ni a su culpabilidad. Ni la profesión le impide cumplir sus deberes como progenitor, ni comporta una situación de necesidad que la justifique.

Por lo que se refiere a la madre ya se ha dicho que lo doloroso de la situación vivida por la muerte de su hijo no conlleva por sí la pérdida de conciencia o voluntad, afirmación que se hace atendiendo al contenido de la prueba obrante en autos; ni la profesión de su marido la ubica o coloca en una situación que pueda justificar su acción en modo alguno.

d) Ciertamente es, como ya decía esta Sala en sentencia de fecha 5 de junio de 2002, referida también a un delito de abandono de familia por absentismo escolar, que en los casos de situaciones sociales complicadas es preciso que la sociedad y las Administracio-

nes públicas, por una parte, y la persona que se encuentra en esa situación, por otra, hagan un esfuerzo para que esas personas puedan salir de ella, más como también se decía entonces, en este caso no puede acusarse de dejación a la Administración pública, pues no sólo es que el inicio del procedimiento tenga causa en el informe de absentismo escolar, sino que las manifestaciones del representante de la misma —Dirección Provincial de Educación— en el acto del juicio, ponen de manifiesto la intervención de la Administración en relación al caso que nos ocupa, como lo pone también de manifiesto el informe del equipo social del Decanato de

los Juzgados de esta ciudad, declaración e informes no sólo con presunción de veracidad por provenir de quien provienen, sino que no han sido contradichos en modo alguno, y que además tienen un antecedente en la propia actuación de la Dirección Provincial de Educación y de la Administración de Justicia en anteriores ocasiones, en relación con la misma situación de absentismo.

En consecuencia de lo dicho, la actitud de los padres no puede encontrar amparo que excluya ni la antijuricidad de su conducta ni la culpabilidad de la misma, en la actuación de la Administración.

Sentencia 97/2008, AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, de 18 de julio de 2008

EXHIBICIONISMO: NO ES EXIGIBLE UN DOLO ESPECÍFICO DE INVOLUCRAR AL MENOR EN EL CONTEXTO SEXUAL

Arts. 180.1; 181; 182.1, 2 y 4; 185; 186; 189.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Isabel Serrano Frías**

SÍNTESIS

Al margen de otras consideraciones sobre los diferentes tipos penales objeto de la acusación, precisa la sentencia que en los delitos de exhibicionismo no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en un contexto sexual, bastando simplemente que la conducta se realice a su vista.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Los hechos declarados probados integran asimismo un delito de provocación sexual del art. 186 del CP y de exhibicionismo continuado del art. 185 en relación con el 74 del mismo texto legal, teniendo en consideración que en estos tipos no es exigible un dolo

específico de involucrar al menor en un contexto sexual, basta simplemente que realice esa conducta a su vista, en este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5.ª, de 10 de enero de 2000, basta ver que, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de septiembre de 1999, el bien jurídico protegido no es otro que el derecho

a no sufrir ingerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de la persona, a no verse por tanto inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad. Así el acusado ha reconocido haberse masturbado en presencia de los dos menores y exhibir fotos y películas con contenido sexual a ambos. Además como señala la Sentencia de la AP de Cuenca, sección 1.ª, S. 25 de mayo de 2006 en cuanto concierne al delito de exhibicionismo, ante todo, debe retenerse que el precepto, el artículo 185 del CP, en contra de lo que ocurría con sus precedentes legislativos, no trata ya de proteger la decencia Pública, el pudor, como concepto general, si no que actualmente tiende a proteger a la infancia; pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra, aún, en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual o erótica, puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumáticos, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con niveles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada, para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone; es decir, para establecer, sin perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado

de un contexto determinado en que se ven inmersos; se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar; pues, aunque, ciertamente, para determinados mayores de edad los actos de referencia, antes que nada, pueden resultar patéticos o, incluso, dignos de compasión, cuando de un menor se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y, en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal. En esta medida, basta la constancia de que los hechos se han realizado de modo que, inevitablemente, han sido contemplados por menores, lo que se podrá constatar, bien, por la exploración de estos menores; o bien, por la confrontación de una serie de circunstancias periféricas que, en su conjunto, permiten concluir que los actos fueron necesariamente contemplados por algún menor. Ahora bien, como corolario, el delito incorpora la protección de un bien jurídico de espectro globalizante, la protección evolutiva de la infancia, de modo que no puede entenderse cometido sino como ataque a tal bien jurídico, y no como ataque a cada menor que haya contemplado los hechos en cuestión, en unidad de acto, sino por consideración a que, por ser menores, se ven protegidos, en su condición infantil, que es, técnicamente, la referencia tipificada y jurídicamente protegida.

Sentencia 138/2008, AP HUESCA, Sec. 1.ª, de 1 de septiembre de 2008

ELABORACIÓN DE SUSTANCIAS NOCIVAS PARA LA SALUD: INDETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD EXACTA DE LOS COMPUESTOS CLORADOS

Art. 359 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Angos Ullate**

SÍNTESIS

La sentencia de la Audiencia de Huesca pone de manifiesto que la falta de determinación exacta de los compuestos organoclorados —aldrin y dieldrin— no puede ser obstáculo para tipificar los hechos como delito de elabo-

ración de sustancias nocivas. A mayor abundamiento del informe se deduce que la proporción no era inapreciable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

Segundo.—1. Frente a lo alegado por el acusado en el primer motivo de su recurso, no apreciamos error en la valoración de las pruebas defendida en la sentencia apelada. Como venimos diciendo continuamente, sobre esta materia debe prevalecer el criterio del juzgador “a quo” porque ha gozado de la debida inmediación —de la que carece el tribunal “ad quem”—, a menos que el discurso intelectual en que se funde sea arbitrario o ilógico. En otras palabras, el juzgador de instancia es el que ha podido someter a su inmediata crítica la veracidad intrínseca de cuantas declaraciones se hicieron en su presencia, mientras que el tribunal de apelación sólo dispone de la sucinta constancia de las manifestaciones plasmada en el acta correspondiente y de las pruebas documentales. Y, en el presente caso, revisadas las actuaciones, los argumentos desarrollados en la sentencia apelada no merecen los calificativos de arbitrarios ni ilógicos, de acuerdo con las circunstancias que aquí concurren, ya debidamente analizadas en dicha resolución, cuyos argumentos aceptamos y damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

2. Así, ningún reproche merece la declaración de hechos probados y, en concreto, que las sustancias prohibidas por Orden de 4 de febrero de 1994, aldrin (o aldrina, según el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes) y dieldrin (o dieldrina, según el mismo tratado internacional), fueron elaboradas en virtud de un proceso químico de mezcla supervisado por el acusado. Además, dentro de la acción típica de elaborar hemos de entender com-

prendido lo que la parte llama proceso físico —no químico— de mezcla de materias primas ya adquiridas a otras empresas (el ahora apelante declaró que las compraba en Alemania), que contendrían aldrin y dieldrin, pues entendemos que es suficiente a tales efectos producir *ad hoc* una sustancia compuesta con tales productos peligrosos dispuesta para ser comercializada, con el consiguiente riesgo para la salud pública. También es suficiente para ello la producción de un solo frasco preparado para su embalaje y comercialización, aunque tampoco apreciamos error alguno cuando la sentencia declara probado que había otros recipientes de igual aspecto y olor en iguales circunstancias.

Tercero.—1. En cuanto al segundo motivo del recurso, titulado “infracción de normas”, la falta de determinación de la cantidad exacta de los compuestos organoclorados —aldrin y dieldrin— en el análisis toxicológico no puede ser obstáculo para tipificar los hechos como delito contra la salud pública en su modalidad de elaboración de sustancias nocivas para la salud, dado que el aldrin y el dieldrin gozan de esta naturaleza y, aparte de que son acumulables en el organismo, el informe en ningún momento determina que se tratara de una proporción inapreciable, sino que más bien se deduce todo lo contrario.

2. Respecto a la autoría y el dolo, nos remitimos a lo indicado en el anterior fundamento de Derecho, cuyas conclusiones no quedan desvirtuadas por el hecho de que, según el acusado, le fue imposible descubrir la empresa de que podrían proceder las sustancias peligrosas porque quedaron intervinidos los documentos contables, aparte de que no se dio tal imposibilidad, pues el ahora apelante podía haber accedido a la docu-

mentación ocupada en el ejercicio de su derecho de defensa.

3. Por otro lado, la acción típica del delito previsto y castigado en el artículo 395 no solo comprende —como parece ser defendido en el recurso— la elaboración y comercialización de productos químicos que puedan causar estragos o “grandes males que han de afectar a la salud pública” (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octu-

bre de 2004), sino también de sustancias nocivas para la salud en términos de riesgo abstracto o potencial, sin llegar a la posibilidad de causar estragos.

Cuarto.—Con fundamento en todo ello, procede desestimar el recurso y declarar de oficio las costas de esta alzada, dado que no apreciamos méritos para hacer un distinto pronunciamiento, conforme a los artículos 239 y siguientes de la LECrim.

Sentencia 175/2008, AP HUELVA, Sec. 1.ª, de 9 de septiembre de 2008

JUSTIFICACIÓN DE APLICACIÓN DEL BAREMO DE FECHA DE SENTENCIA
Art. 1 y Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Fernández Entralgo**

SÍNTESIS

La sentencia hace un interesante estudio de los motivos que llevan a separarse de la doctrina jurisprudencial sentada por STS de 17 de abril de 2007. También justifica, en este caso como por el olvido del legislador, que el factor económico de corrección ha de aplicarse en personas que se encuentren en edad laboral aunque no se justifique que están trabajando, tanto en secuelas como en incapacidad temporal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

a) Si se concluye que la inexistencia, en la Tabla V, de una norma equivalente a la que se incluye, como nota (1), en las Tablas II y IV al regular la aplicación de un incremento porcentual variable sobre la indemnización básica, por perjuicios económicos, para el caso de que la víctima, en edad labo-

ral al tiempo del siniestro, no hubiera acreditado la percepción de ingresos por trabajo personal en la última anualidad, se debe a una deliberada voluntad legal de tratar de modo diferente el resarcimiento de la baja o incapacidad temporales, habría razones sobradas para plantear una cuestión de inconstitucionalidad por arbitrariedad legislativa (proscrita por el artículo 9.3 de la vigente Constitución Española), al no encontrarse

razón justificativa de esta discriminación peyorativa.

b) Hay, no obstante, motivos atendibles para concluir que esa omisión se debe exclusivamente a un descuido de redacción del texto legal, en el que no repararon sucesivas reformas legislativas.

c) Nada impide, por ello, aplicar analógicamente (como permite el artículo 4.1 del Código Civil español) lo previsto en las Tablas II y IV, a la indemnización por baja o incapacidad temporales, al existir entre los

casos regulados y el omitido “identidad de razón”.

d) Esta interpretación conforme con la Constitución (reconocida por el artículo 5.3 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial), respetuosa de las exigencias de coherencia interna del Sistema indemnizatorio y coherente con el ideal de resarcimiento integral que lo inspira, evita la necesidad del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad para resolver satisfactoriamente el problema.

Sentencia 582/2008, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 11 de septiembre de 2008

PÁGINA WEB QUE FACILITA “ENLACES”. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Arts. 270 Código Penal; 13 y 16 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia**

SÍNTESIS

Puede existir responsabilidad por la colección de hiperenlaces cuando en el sitio web, sabiendo que su contenido es ilícito, se expone el enlace a la página declarada ilegal. Se precisa el “conocimiento efectivo” por parte del proveedor de servicios de que la actividad o la información a que remite el hiperenlace es ilícita.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Madrid, se dictó Auto, con fecha 28 de septiembre de 2007, por el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias 1089/06 tal y como había solicitado el Ministerio Fiscal, denegando la práctica de las diligencias de investigación interesadas por las demás partes personadas.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Quinto.—Establecido lo anterior, y antes de analizar si concurren los elementos subjetivos del tipo delictivo (con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero), lo procedente es determinar en primer lugar si concurren los elementos objetivos del tipo (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamen-

te) pues si no concurren éstos es indiferente que concurren o no aquéllos.

De la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial y tal como ya ha apuntado el juez de instrucción, se desprende que la actividad de página Web www.sharamula.com se centra en facilitar “enlaces”, ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en “enlazar”.

La actividad desarrollada por los denunciados viene regulada por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de julio de 2002, en cuya Exposición de Motivos se recoge que “La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables”.

Y en desarrollo de dicha motivación se establecen, en el art. 16 la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: “1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b). Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos” y en su art. 17 (aplicable al caso que nos ocupa) se recoge la responsabilidad de los prestadores de servicios que fa-

ciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, estableciéndose que:

“1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.”

Y tanto para los prestadores de servicios a que hace referencia el art. 16 como los del art. 17 se expresa que “Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

Sobre este punto el art. 13 de la LSSI, por el que empieza precisamente el Capítulo dedicado al “Régimen de responsabilidad” establece:

“Art. 13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.—1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.”

Las normas siguientes de la LSSI (entre ellos art. 16 y 17 ya citados) podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal, en la jurisdicción penal, quedando exonerada la responsabilidad del prestador de servicios, conforme a lo expresado:

— si no tiene conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, “cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”

— Y si tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, cuando actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Las resoluciones judiciales interpretando la LSSI son, hasta la fecha escasas, aunque, tal y como apunta la denunciada una de las primeras que trascendió fue el Auto del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Barcelona, de 7 de marzo 2003, en el titular de la página web www.ajoderse.com incluía enlaces a otras páginas web que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. La denuncia fue interpuesta por el grupo de empresas que operan bajo la marca ONO, por los presun-

tos delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos, contra el titular de la página de Internet con dirección <http://www.ajoderse.com/>.

El Juzgado opta por el sobreseimiento, alegando básicamente:

“Que puede existir responsabilidad por la colección de hiperenlaces según el texto de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que en su art. 17 establece la responsabilidad en que incurre un sitio Web cuando sabiendo que un contenido es ilícito, se expone un enlace a una página declarada ilegal. Se precisaría el conocimiento efectivo por parte del proveedor de servicios de que la actividad o la información a la que remite el hiperenlace es ilícita. Pero aún cuando el prestador de servicios conozca la ilicitud de las páginas enlazadas, la Ley 34/2002 define lo que se entiende como conocimiento efectivo en el último párrafo de su art. 17.1: ‘Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse’. Por tanto, al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 de la Ley 34/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que al amparo del art. 641.1 LECrim. En relación con lo establecido en el art. 789.5.1 de dicho texto legal procede decretar el Sobreseimiento provisional de la misma, sin per-

juicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito.”

La Sentencia de la Sección 3.^a (Civil) de la Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia de fecha 22 de febrero de 2007, llega a la misma conclusión, analizando al respecto que “Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por las normas, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02. A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos; cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado ‘cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la co-

rrespondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse’, como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difunda por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando”.

En definitiva, no existiendo ninguna resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 de la LSSI, el prestador de servicio (la parte denunciada) no tiene el “conocimiento efectivo” que se requiere para que pueda declararse responsable respecto a la información que remiten o recomiendan o donde “enlazan”.

Sexto.—Concretado el marco legislativo en el que la denunciada desarrolla su actividad de “enlazar” y las pautas claras y concisas que dicha legislación establece en cuanto a las responsabilidades, tanto civiles como penales, derivadas de la citada actividad, la única conclusión a la que puede llegarse es a la que llega el Juez de Instrucción, esto es que no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa.

No concurren ninguno de los elementos objetivos del tipo delictivo denunciado, ni tan siquiera la comunicación pública que se sostiene por los recurrentes.

Al respecto nos remitimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de diciembre de 2007 que analiza

dicha cuestión y que recopilamos por entender que es bastante ilustrativa, estableciéndose en la misma que:

“Como se aprecia, en este alegato se entremezclan problemas diversos. Una cuestión es si realizar un ‘enlace simple’ a una página web constituye un acto de infracción de a propiedad intelectual de dicha página; y otra bien distinta, si al realizar ese enlace se está llevando a cabo una actuación indebida por utilizar la página ‘enlazada’ como forma de promoción de la página propia. Aquella viene ligada a una interpretación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; mientras que ésta se ciñe más a otros problemas, que podrían quizás estar relacionados con la competencia desleal o con el principio de buena fe. Ninguna referencia se realiza en la demanda a posibles infracciones de otras normas ni del principio de buena fe, sino únicamente a la Ley de Propiedad Intelectual. Lo que se afirma así, exclusivamente, es que el enlace constituye un acto de distribución de la propiedad intelectual, realizado sin consentimiento del actor.

Desde esta perspectiva, coincidimos con el parecer del Juzgador de lo Mercantil que, en línea con lo expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Díez), considera que el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, sin tener que ‘teclear’ el nombre de esa página. Por eso no supone una reproducción ni una distribución de la página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. Simplemente, como hemos dicho, ‘ahorra’ el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador. ¿Acaso el internauta que teclea el nombre de la página en el buscador está reproduciendo o distribuyendo el contenido de la página, y está infringiendo la propiedad intelectual de la misma? Es evidente que no. El enlace simple cumple

esa misma función, y por eso no supone infracción de dicho derecho.

El problema podría ser distinto en otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces de profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se ponen contenidos de una página web distinta (“marcos” o frames); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario, u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí. En algunos de estos casos sí existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que podría quizás suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Pero, como queda dicho, no es el caso de autos, en que el link a www.iurarech.com es un simple enlace de superficie, sin reproducción de la página ajena en la propia, no supone, así, una comunicación pública de dicha página, sino una indicación de dónde se realiza dicha comunicación pública. Señala el recurrente que al pulsar en el enlace sí se produce una reproducción provisional o momentánea de la página web de la actora, como medio para acceder a dicho website. Pero aunque así fuera, esa reproducción puramente provisional e instrumental no constituye un acto prohibido, precisamente por dicha provisionalidad y porque es el mecanismo necesario para que el enlace cumpla su función. Este es el criterio seguido por el derecho comunitario en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Dicho precepto ha sido transpuesto en nuestro ordenamiento en el art. 31 de la Ley de propiedad intelectual, tal y como ha sido redactado por la Ley 23/2006, de 7 de julio. Conforme a dicho precepto “1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisio-

nal a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley”. Como se aprecia los links de superficie no requieren autorización del autor, aun cuando puedan suponer técnicamente una reproducción provisional, por su transitoriedad, porque forman parte del proceso tecnológico que hace posible el enlace, y porque suponen simplemente una transmisión entre terceras partes (el usuario de la red y la página a la que se dirige). Por estas razones caen las alegaciones realizadas en el recurso relativas a que el enlace de la página de la demandada da lugar a una reproducción provisional de la página de la actora, pues aun en tal caso, no supondrían una violación del derecho de propiedad intelectual.

Hay que hacer notar que la finalidad de explotación de la propiedad intelectual es distinta en una obra literaria —por tomar un ejemplo— o en una página web de ofrecimiento de servicios. En la obra literaria, el creador que quiere obtener un rendimiento económico de su creación lo que hace es percibir una retribución por cada reproducción o ejemplar de su obra; por eso, sólo él puede realizar esa reproducción e introducción de la obra en el mercado. En la página web, en cambio, como regla general el titular de los derechos de explotación no pretende cobrar al usuario por el acceso a tal pátina, ni tampoco limitar el conocimiento de su creación exigiendo un previo pago; más bien al revés, la “explotación” consiste en hacer accesible toda esa información y contenidos gratis al mayor número de usuarios posible. El rendimiento económico le vendrá al titular porque, precisamente, gracias a que difunde su servicio a una multitud de usuarios, podrá ser contratado más fácilmente que si utilizara otros medios de publi-

citación (y, también, en muchos casos si figura publicidad en su página, pues la retribución por ella viene normalmente determinada por el número de “visitas”). Por lo tanto, no pueden aplicarse los moldes de la explotación de propiedad intelectual “clásicos” a una creación intelectual que busca unos efectos de explotación económica distintos. Por esta razón, el link de superficie, en la medida en que simplemente dirige al usuario a teclear más fácilmente el nombre de una página web, no está infringiendo la propiedad intelectual de ésta. Más bien está facilitando aquello para lo que dicha página fue creada: la difusión de la misma entre el público.

Cuestión distinta sería el plantear si con este enlace puede darse, en algún caso, y por poner un ejemplo, un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, un uso indebido del nombre de un competidor, o incluso una asociación indebida en el consumidor acerca de las relaciones existentes entre los empresarios de las páginas web enlazadas (piénsese, por ejemplo, en que una página web con contenidos o ideologías que para un alto grupo de usuarios pudieran considerarse inmorales, tuviera enlaces a páginas web que nada tengan que ver con el titular de la primera ni con su actividad). Pero esto no tiene que ver con la propiedad intelectual de la página web, que es la vía que ha seguido el actor en su demanda, sino con otras normas legales con sus requisitos propios y con sus principios rectores específicos. Tampoco cabe por ello valorar porqué la demandada aparece en su página como creadora de la web de la actora, pues eso no tiene que ver con una posible infracción de la propiedad intelectual de dicha web —que es la norma citada en la demanda—, sino una cuestión bien distinta (existiendo además indicios de la relación existente entre Sutaba y la entidad demandada).

Debe hacerse notar, por otro lado, que la jurisprudencia citada por la recurrente se refiere a supuestos de hecho diferentes, como el uso comercial de una obra intelectual contenida en una página web, reproduciéndola en la página del infractor. En estos ca-

En conclusión, esta Sala considera que el enlace simple a una página web no infringe el derecho de propiedad intelectual del creador o titular de la misma".

sos no existe un link, sino la incorporación a la página propia de propiedad intelectual contenida en páginas distintas, lo que se halla muy lejos del "factum" "de este litigio.

Sentencia 118/2008, AP ASTURIAS, Sec. 3.ª, de 15 de septiembre de 2008

JURADO: SENTENCIA SIN NECESIDAD DE CONSTITUIR EL TRIBUNAL
Arts. 354 Código Penal; 50 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; 650, 652, 653 y 655 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ana María Pilar Álvarez Rodríguez**

SÍNTESIS

A pesar de que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado prevé, para los casos de conformidad, la disolución del Tribunal del Jurado, mediante una interpretación sistemática de los preceptos legales puede llegar a dictar la sentencia sin necesidad de llegar a constituir dicho Tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de incendio forestal sin propagación contemplado en el art. 354 del Código Penal en relación con el art. 5.1 de la ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre de Montes y Ordenación Forestal, siendo responsable de dicho delito el acusado, Clemente, que ejecutó los actos típicos delictivos y vista la conformidad mostrada al amparo del art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, procede dictar sentencia en tal sentido.

Es cierto que el citado art. 50 prevé que por conformidad de las partes con el escrito de calificación que solicite pena que no ex-

ceda de seis años de prisión se procederá a disolver el Jurado y a dictarse sentencia por el Magistrado Presidente, implicando por lo tanto que el Jurado llegó a constituirse, más debe entenderse que es posible dictar esta sentencia sin necesidad de constituir el Tribunal del Jurado ni de celebrar el juicio oral, en primer lugar por una aplicación lógica del citado precepto porque si hay conformidad antes del juicio y ninguna parte lo considera necesario sería absurdo constituir el Tribunal y celebrar el plenario cuando se sabe de antemano que aquél va a ser disuelto y que se va a dictar sentencia de conformidad, y en segundo lugar por aplicación supletoria del art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que expresamente se remite la LOTJ en su art. 24 apartado 2 (ahora no hay oposición en el aspecto que ahora nos ocu-

pa) y 29 que contempla una remisión específica relativa a la formulación de los escritos de calificación de las partes que, aunque referida solo expresamente a los arts. 650, 652 y 653 de la L. de Enjuiciamiento Crimi-

nal debe entenderse que alcanza al art. 655 pues el 652 prevé que las defensas se puedan manifestar sobre si están conformes con cada una de las conclusiones de las acusaciones.

Sentencia 164/2008, AP PONTEVEDRA, Sec. 4.ª, de 16 de septiembre de 2008

LETRAS DE CAMBIO SIN NOMBRE NI FIRMA DEL LIBRADOR ¿SON DOCUMENTOS MERCANTILES A EFECTOS DE LA FALSEDAD PENAL?

Arts. 74, 390.1.3.º y 392 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sra. Dña. M.ª Cristina Navares Villar**

SÍNTESIS

Niega esta sentencia a las cambiales en las que no figuraba el librador su carácter de documento mercantil a efectos penales (rechaza también que sean pagarés). Obviamente, dicha caracterización repercute sustancialmente a la hora de la calificación penal de los hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—El Juzgado de lo Penal N.º 2 de esta capital dictó sentencia con fecha 21 de enero de 2008, en la que constan como Hechos Probados los siguientes: “Resulta probado y así se declara que la entidad mercantil Técnicas Constructivas Mato SL, cuyo representante legal era Eduardo, fue condenada por sentencia de fecha 4 de abril de 2001 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Leganés, en el procedimiento de Menor Cuantía 338/2000, a pagar a la entidad Doka España Encofrados S.A. la suma de 34.594.021 pesetas. Eduardo el 3 de abril de 2001 emitió 36 letras de cambio por importe de 500.000 pesetas cada una domiciliadas en la cuenta corriente número (...) de la Caja de Ahorros de Madrid, sucursal de

Villagarcía de Arosa, a nombre de ACM obras y viales SL, entidad de la que su esposa era administradora única, firmando él mismo en el anverso de las letras como aceptante y firmando también, al menos en diez de las letras, con el nombre de su esposa, Rebeca, en calidad de avalista, no siendo las letras cobradas a su vencimiento; y sin que en ninguna de las letras aparezca ni el nombre y apellidos ni la firma del librador”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la sentencia de instancia que absuelve al acusado, Eduardo, del delito de falsedad en documento mercantil al considerar atípica la falsedad cometida por no revestir carácter de mercantil

los documentos en los que el acusado estampó las firmas falsas, se alza el Ministerio Fiscal invocando infracción de precepto legal y solicitando la condena de aquél como autor de un delito continuado de falsificación de documento mercantil conforme a las conclusiones que elevó a definitivas.

Se opone al recurso de apelación el acusado absuelto.

Segundo.—Habida cuenta del cauce de impugnación elegido y partiendo, como lo hace el Ministerio Público, del respeto absoluto al relato de Hechos Probados, la cuestión que procede resolver en esta alzada es estrictamente jurídica, en cuanto que se trata de determinar si los documentos en los que el acusado falsificó la firma de su esposa haciéndola aparecer como “avalista”, tienen o no la consideración de letras de cambio y, por ende, de documentos mercantiles, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal, o, si por el contrario, no tienen dicha consideración, tal y como se afirma en la sentencia y en lo que se basa el pronunciamiento absolutorio.

En principio, la falsedad cometida por particular, cual es el caso, sólo será típica: a) cuando se cometa en documento público, oficial o mercantil por alguno de los mecanismos descritos en los tres primeros números del apartado 1.º del art. 390 del Texto Punitivo (alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, simulando un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, o, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido declaraciones o manifestaciones distintas de las que hubieren realizado); o b) cuando se cometa en documento privado por alguna de las modalidades referidas, pero se realice para perjudicar a tercero. En el caso concreto, la falsedad acreditada se cometió, aparentemente, en varias letras de cambio, documento mercantil por excelencia. Ahora bien, la cuestión radica en determinar, en primer término, como se ha dicho, si cualquier documento en el aparezca la denominación “letra de cambio” ha de ser con-

siderado como tal, o sí, por el contrario, dicho documento ha de reunir una serie de requisitos concretos y determinados para que pueda producir los efectos que le son propios en el tráfico jurídico mercantil. Sobre el particular, y como se recoge en la sentencia de instancia, es la Ley Cambiaria y del Cheque la que nos va a proporcionar la respuesta a la cuestión. Así, el art. 1 de la referida Ley señala los requisitos que la letra de cambio habrá de contener, añadiendo el artículo siguiente que “El documento que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considera letra de cambio, salvo en los casos comprendidos en los párrafos siguientes...” y que hacen referencia al vencimiento, al lugar de pago y al lugar de emisión. Por lo tanto, aunando ambos artículos, resulta que constituye elemento esencial de una cambial, entre otros, la firma del que emite la letra, denominada librador y, a la vista de los documentos y del relato fáctico de cuyo respeto se parte, resulta que en ninguno de los documentos en los que el acusado falsificó la firma de su esposa haciéndola pasar por avalista, figuran ni el nombre, ni los apellidos ni la firma del librador, por lo que debe concluirse que, faltando uno de los requisitos esenciales de la letra de cambio, los documentos falsificados no pueden ser calificados de tales.

Negada la condición de letras de cambio a los documentos de referencia, cabe pensar en la posibilidad de sí, en su caso, podrían ser considerados como pagarés. Y, la respuesta, en el supuesto examinado, ha de seguir siendo negativa pues atendiendo a lo dispuesto en los arts. 94 y 95 de la Ley Cambiaria y del Cheque, los documentos en cuestión adolecen, al menos, de dos de sus requisitos esenciales, el 1.º y el 7.º del art. 94, esto es, la denominación de “pagaré” y la firma del que emite el título, denominado firmante.

Llegados a este punto, y enlazando con el argumento del Ministerio Fiscal, debemos plantearnos si, los documentos cuestionados, a pesar de no tener la condición formal

de letras de cambio, (ni de pagarés), siguen teniendo o no la condición de documentos mercantiles a los efectos de considerar típica o no la conducta del acusado, absuelto en la instancia.

Al respecto, sabido es que no contiene, nuestro Código Penal, una definición auténtica de lo que deba entenderse por “documento mercantil”, por lo que hay que acudir a la doctrina establecida por el TS sobre el particular, y, así, siguiendo, por ejemplo, la contenida en la S. del Alto Tribunal de 25 de junio de 2007 cabe sostener que “En relación con el concepto de documento mercantil, debe recordarse —apunta la STS 788/2006, de 22 de junio— la consolidada jurisprudencia que ha declarado ya, desde la STS de 8 de mayo de 1997, seguida por muchas otras, de las que son muestra reciente las SSTS núm. 1148/2004, 18 de octubre y 171/2006, 16 de febrero, que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales “no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquéllos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad”. Como documentos expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros

muchos; también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial; finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos, tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes. La STS 889/2000, de 27 de mayo recuerda que los resguardos de las compras efectuadas en establecimientos mercantiles mediante el pago con tarjetas de crédito, no pueden ser considerados como simples albaranes que reflejan exclusivamente la entrega de las mercancías”.

Pues bien, en el caso concreto, aun cuando en el terreno de la hipótesis pudiera seguirse una concepción amplia de lo que deba entenderse por documento mercantil en lugar de la estricta y puramente mercantilista que parece sostener la juzgadora a quo, es lo cierto que, a juicio de la Sala, no puede llegarse a la conclusión condenatoria que pretende el Ministerio Fiscal, por cuanto que, al no poderse tocar el relato de Hechos Probados atendida la vía impugnativa elegida, del mismo no se colige que los documentos que resultaron falsificados por el acusado pudieran tener, pese a carecer de la consideración formal de letras de cambio, el carácter de documentos mercantiles en cuanto generadores de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico mercantil, extremo que, necesariamente, debería desprenderse del relato fáctico, ello impone, en definitiva, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Sentencia 78/2008, AP ALBACETE, Sec. 1.ª, de 18 de septiembre de 2008

INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN “DE CUSTODIA” DE HIJOS MENORES: INTERPRETACIÓN AMPLIA

Art. 622 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Mateos Rodríguez**

SÍNTESIS

Frente a la interpretación restrictiva que realiza la parte condenada recurrente, entiende la Audiencia que la falta del artículo 622 del Código Penal sanciona tanto la infracción del régimen de custodia como la infracción del régimen de visitas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los recurrentes, condenados en primera instancia como autores de una falta del artículo 622 del Código Penal, discrepan de la sentencia de la Juez de Instrucción por entender, en primer lugar, que ha hecho una interpretación extensiva del mencionado precepto. Según los recurrentes, hay que distinguir, en las sentencias que se dictan en los procesos de Derecho de Familia, entre el régimen de custodia y el régimen de visitas, y a lo sumo puede achacárseles haber incumplido el segundo, y no el primero, con lo cual no puede sostenerse que hayan incurrido en el tipo por el que se les ha condenado, que contempla sólo la infracción del régimen de custodia.

Los recurrentes mantienen, pues, una de las interpretaciones que del artículo 622 del Código Penal vienen haciéndose (ver por ejemplo sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de julio de 2007.

Sin embargo, es preciso recordar que en la práctica también cabe otra interpretación, como la que se sostiene por ejemplo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de agosto de 2006, según la cual el régimen de custodia es un concepto amplio que incluye no solo los “derechos” del progenitor custodio, sino también sus “obligaciones”, entre las cuales está, obviamente, la de facilitar la realización de las visitas.

A falta de que se proceda a la celebración de un pleno en esta Audiencia Provincial sobre la cuestión, es opinión del autor de esta resolución la de que el artículo 622 del Código Penal debe interpretarse en la forma explicada en segundo lugar, entendiéndose, por ello, que incurre en el tipo quien, siendo titular de la guarda y custodia, infringe las normas con arreglo a las cuales debe desempeñarla.

Así pues, el primer argumento o motivo del recurso no puede prosperar.

Sentencia 183/2008, AP VALLADOLID, Sec. 2.ª, de 18 de septiembre de 2008

JUICIO DE FALTAS: NULIDAD DE ACTUACIONES. DENUNCIANTE CONDENADO

Arts. 24 Código Penal; 238.3 LOPJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Pizarro García

SÍNTESIS

Acoge la Audiencia la petición de nulidad de las actuaciones respecto a quien, habiendo sido citado como denunciante de un juicio de faltas, vióse condenado en esa instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se alega, como primer motivo del recurso, vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, aduciéndose al respecto que, habida cuenta que Antonio fue condenado no obstante haber sido citado al acto del juicio en calidad de denunciante, se le ha generado indefensión y es procedente, por ello, decretar la nulidad de dicho acto y de las actuaciones posteriores.

La indicada alegación ha de tener acogida por cuanto, teniendo en cuenta que, conforme dispone el artículo 238.3 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, procede decretar la nulidad de actuaciones cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, habrá de concluirse que en el supuesto de autos la aplicación de dicho precepto resulta inevitable ya que, habiendo sido citado Antonio para el acto del juicio en calidad de denunciante, en modo alguno podía resultar acusado en dicho acto (ni condenado posteriormente como consecuencia de tal acusación) puesto que, como

es evidente, ello le generaría una indudable indefensión al ser objeto de una acusación sorpresiva frente a la que ningún medio de prueba podría articular en aquel momento, concurriendo, además, otra circunstancia que refuerza la necesidad de acordar la indicada nulidad: que, al recibírsele nueva declaración como denunciando tras serle atribuida sorpresivamente por el juzgador tal condición, Antonio no fue informado de su derecho a no declarar contra sí mismo.

Procede por todo ello la estimación del primero de los motivos del recurso y, en consecuencia, acordar la nulidad del juicio celebrado el día 15 de noviembre de 2007, así como la de las actuaciones posteriores, debiendo celebrar una nueva vista a la que Antonio habrá de ser citado en la doble condición de denunciante y denunciado, vista que habrá de ser celebrada por un juez distinto a fin de preservar la imparcialidad objetiva que exige el derecho a un juicio con todas las garantías.

Segundo.—Procede declarar de oficio las costas de esta instancia.

Auto 629/2008, AP LAS PALMAS, de 31 de octubre de 2008

NEGATIVA A DICTAR AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA

Art. 13 Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González**

SÍNTESIS

En los autos no ha quedado mínimamente acreditado que el accidente de circulación haya tenido lugar, por eso no puede dictarse auto de cuantía máxima contra el Consorcio alegando que el causante era vehículo desconocido.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

No puede pretenderse que, por el mero hecho de haber sido interpuesta una denuncia por accidente de tráfico, y por presentar daños materiales un vehículo y lesiones una persona, estemos ante un incidente en el que se ha podido ver implicado otro automóvil, y, en consecuencia, estemos ante un hecho de la circulación que nos deba llevar, sin más, a dictar título ejecutivo contra el Consorcio de Compensación de Seguros, como aquí se reclama. El Instructor puede y debe analizar dicha denuncia y las diligencias llevadas a cabo y ese análisis ha concluido en la procedencia de un sobreseimiento libre

que no ha sido recurrido. Si, como se señala en el propio recurso, lo que se pretende es que responda el Consorcio, hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio, en virtud de su deber de indemnizar los daños sufridos por las personas en siniestros ocurridos en España en aquellos casos en los que el vehículo causante fuese desconocido, cuando el juez “a quo” entiende que no existe prueba de que dicho vehículo haya existido, la decisión de no dictar el auto de cuantía máxima es conforme a derecho sin que ello prive a la parte de la posibilidad de lograr la reparación del daño sufrido pues se mantiene abierta, claro está, la vía declarativa civil a la que podrá acudir si a su derecho conviene.

Sentencia 298/2008, AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, de 7 de octubre de 2008

CONTRABANDO; RESPONSABILIDAD CIVIL: EXTINCIÓN POR EL COMISO DE LA MERCANCÍA

Arts. 2, 3, 4 Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; 233 Reglamento 2913/1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Alfonso Poncela García**

SÍNTESIS

Destaca la sentencia las dificultades de armonizar el art. 4 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando con el Código Aduanero Comunitario en el particular relativo a si la responsabilidad civil queda o no totalmente extinguida por la aprehensión o comiso del género. Agrupa en tres las respuestas que las Audiencias dan a esta cuestión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Ambos recurrentes combaten el pronunciamiento sobre responsabilidad civil con similares argumentos. Si bien el artículo 4 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando dispone que “la responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada”, no cabría dictar tal condena en el presente caso, ya que, según el artículo 233 del Reglamento 2913/1992, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, “la deuda aduanera se extinguirá: (...) d) cuando se aprehendan en el momento de la introducción irregular y se decomisen simultánea o posteriormente mercancías que hayan dado origen a una deuda aduanera”. Siendo éste el caso (todo el tabaco fue incautado), no hay deuda, ni

procede responsabilidad civil, alegan los acusados.

No obstante, el citado precepto del Reglamento del Consejo contiene un segundo párrafo del apartado d) que hace una salvedad, cuando establece que “en caso de intervención y comiso, a efectos de la legislación penal aplicable a las infracciones aduaneras, la deuda aduanera no se considerará extinguida cuando la legislación penal de un Estado miembro establezca que los derechos de aduana sirven de base para determinar sanciones o cuando la existencia de una deuda aduanera sirva de base a acciones penales”. La solución al presente debate deriva de la interpretación que hagamos de estas normas.

En la actualidad, se mantiene la disparidad de respuestas judiciales a esta cuestión en la denominada jurisprudencia menor. En lo que ha llegado a conocimiento de este

Tribunal, las posiciones pueden resumirse en tres:

A) Estiman que, en aplicación del citado apartado d) del artículo 233 del Código Aduanero Comunitario, la deuda aduanera queda extinguida por el comiso de la mercancía.

Así lo entiende, por ejemplo, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo, en sentencia 8/2001, de 9 de enero, según la cual “aunque el artículo 4 de la Ley Orgánica 13/1995, señala que la responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria, en el presente caso, le fue decomisado al acusado la totalidad del tabaco que le fue intervenido y el artículo 233.d) del Reglamento 2913/1992 de la Comunidad Económica Europea, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, señala que la deuda aduanera se extingue cuando se decomisan en el momento de la introducción irregular y se confisquen simultánea o posteriormente mercancías que hayan dado origen a una deuda aduanera, con lo cual en el presente caso, al haberse producido dicha confiscación se habría extinguido la deuda aduanera”.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.^a, sentencia de 30 de marzo de 2000, y Sección 1.^a, sentencia de 17 de noviembre de 1999; la Sección 4.^a de la Audiencia de Sevilla en sentencias de 8 de septiembre de 2003 y 11 de marzo de 2004 y su Sección 3.^a en sentencia de 17 de abril de 2001; la Sección 1.^a de la de Lugo en resolución de 18 de febrero de 2002; o la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.^a, sentencias de 29 de enero de 1998 y de 21 de enero de 1999, entre otras. La mayoría de estas resoluciones distingue entre los conceptos de deuda aduanera y deuda tributaria, y así, la de Guipúzcoa de 30 de marzo de 2000, que queda citada antes, señala que “el apelante sin embargo obvia que el art. de la LO 12/1995 extiende la Responsabilidad Civil a la deuda tributaria y que el antedicho regla-

mento comunitario no contiene, ni puede contener dado su carácter estrictamente aduanero y las facultades del órgano que lo emite, referencia alguna a la deuda tributaria. Consecuentemente el decomiso de las mercancías objeto del contrabando no tiene incidencia alguna sobre el régimen de la deuda tributaria a que se refiere el art. 4 antes citado”.

La razón de hacer estos distinguos se basa en una interpretación sistemática de los preceptos en juego, de la que es claro exponente la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de enero de 2002, que la fundamentaba en los siguientes términos:

“1. El principio general, establecido en el tan repetido apartado d) del art. 233 es el de la extinción de la deuda aduanera en los supuestos de intervención y simultáneo o posterior comiso de la mercancía importada ilegalmente.

2. Tal principio general es coherente con el sistema de extinción que resulta del resto de los apartados del art. 233, en especial con el apartado c), conforme al cual también se extingue la deuda aduanera en las mercancías despachadas cuando tiene lugar el decomiso, la intervención, la destrucción o el abandono de la mercancía, esto es, en todos los supuestos en que, por iniciativa del deudor o por intervención de las autoridades, el deudor pasa a no tener una disponibilidad efectiva sobre la mercancía.

3. A partir de este principio general, coherente con el resto del sistema, la excepción contenida en el párrafo 2.^o de este apartado d) del art. 233 del Código aduanero comunitario, no se refiere a la subsistencia excepcional de la obligación de pago de derechos aduaneros, sino al cómputo de la deuda aduanera a efectos de la legislación penal, cuando este cómputo se tenga en cuenta, en el derecho penal interno de un Estado miembro, para determinar la sanción o sirva de base para la acción penal, como ocurre en España, en que el delito viene determinado por la cuantía y para calcular ésta

se ha de tener en cuenta el precio de venta al público, en el que están incluidos los derechos aduaneros. Esta interpretación, que es la que nos parece que responde al sistema de nacimiento, devengo y extinción de la deuda aduanera, la sostuvo ya esta misma Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla en núm. 14/2000, de 13 de enero, de la que transcribimos el siguiente párrafo: (...)”

Creemos, en suma, que una vez extinguida la deuda por la intervención y comiso posterior de la mercancía, su mantenimiento excepcional a efectos penales no puede extenderse sino a éstos, a que sea tenida en cuenta para establecer si existe o no delito y, en su caso, para determinar la sanción, pero estos efectos penales no pueden extenderse a la subsistencia de la deuda misma como responsabilidad civil, por mucho que ésta se ventile en un proceso penal, acumulada a la acción de esta naturaleza. Esta interpretación se refuerza teniendo a la vista otras disposiciones paralelas del mismo Código aduanero comunitario respecto de otros supuestos de no nacimiento o extinción de la deuda aduanera y su consideración, pese a ello, a efectos penales. Un ejemplo claro es la disposición del art. 212 respecto de la introducción irregular de moneda falsa o de estupefacientes o sustancias psicotrópicas que circulen al margen del circuito económico vigilado por las autoridades competentes, en las que no se origina deuda aduanera alguna, pero ‘a efectos de la legislación penal aplicable a las infracciones aduaneras, se considerará, sin embargo, que hay deuda aduanera cuando la legislación penal de un Estado miembro estipule que los derechos de aduana sirven de base para la determinación de las sanciones o que la existencia de una deuda aduanera sirve de base para las diligencias penales’. Al igual que en el supuesto de la introducción irregular de otras mercancías, la interpretación resulta palmaria: no llega a nacer deuda aduanera, pero se computará como si existiera si tal cómputo se tiene en cuenta, a efectos penales, para el

nacimiento o la determinación de la sanción penal”.

B) Estiman que no se produce la extinción, por aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del mismo apartado d) del artículo 233.

Esto es lo que sostiene, entre otras, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 5 de diciembre de 2000. En su fundamento jurídico 12.º, tras recoger que la sentencia recurrida había entendido extinguida la deuda tributaria conforme al citado precepto comunitario, estima el recurso del Abogado del Estado fundado en lo dispuesto en el último párrafo de dicho precepto, “pues el art. 4 de la Ley Orgánica 12/1995 establece que ‘la responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada’, (...) Y es que si el artículo citado de la Ley de Represión del Contrabando incluye en las responsabilidades civiles el importe de esa deuda aduanera, ha de entenderse que lo es al amparo de la excepción recogida en el último párrafo del art. 233 del Código Aduanero Comunitario, pues precisamente hecho punible viene condicionado por aquella, al haber optado la Ley por el precio de venta al público de la mercancía (art. 10.1 Ley Orgánica 12/1995), que incluye los derechos aduaneros, a la hora de fijar el umbral entre infracciones constitutivas de delito y la falta administrativa”.

En el mismo sentido resuelve, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.^a, sentencia de 13 de noviembre de 1999. En esta línea se inscriben las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 4 de septiembre de 2003 y de 14 de junio de 2004 (Sección 8.^a) y la de Pontevedra de 4 de julio de 2007, que cita la Magistrada *a quo* como fundamento de su sentencia, además de las de León de 20 de julio de 1999, Lérida de 16 de junio de 2005 o Barcelona de 12 de mayo de 2006.

C) No se plantean la cuestión y condenan al pago de la deuda aduanera:

Esto es lo que se desprende de las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 1.^a, de 30 de marzo de 1999 y Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.^a, de 27 de noviembre de 1998, en las que el razonamiento discurre por otros derroteros, como es la compatibilidad de responsabilidad civil y comiso. Cabe citar también dentro de este grupo la sentencia de la Sección 3.^a de Pontevedra de 12 de febrero de 1999 y la de la Audiencia de La Coruña, Sección 4.^a, de 17 de marzo de 1997.

Planteadas así las posiciones, la Sala estima más ajustada la primera interpretación expuesta, que es, además, la mantenida en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2000, donde distinguíamos la deuda aduanera de la tributaria, de modo que no puede computarse la primera para el cálculo de la responsabilidad civil en casos de incautación de la mercancía irregularmente introducida, pero sí la segunda, por las razones antes apuntadas, que hacemos íntegramente propias.

Consecuentemente, de la condena por responsabilidad civil dictada en la instancia deben descontarse 2.475,36 euros correspondientes a la deuda aduanera, al arancel de importación.

Auto 185/2008, AP JAÉN, de 8 de octubre de 2008

TRAS LA SENTENCIA ABSOLUTORIA SE ACUERDA NO DEVOLVER LA CANTIDAD CONSIGNADA Y ENTREGADA AL PERJUDICADO

Arts. 9 y 13 Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; 1176 CC

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Lourdes Molina Romero**

SÍNTESIS

La consignación tiene por objeto la entrega al perjudicado, como medio de pago, de las cantidades ofrecidas. La sentencia absolutoria por lesiones imprudentes en accidente de tráfico no obliga a devolver lo consignado. El auto de cuantía máxima se dictará de oficio, sin necesidad de solicitud por el perjudicado.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) lo que no se puede pretender es que la consignación produzca el efecto liberatorio de la mora, y que el perjudicado haya de devolver las cantidades que

se le entregaron en el caso de que haya recaído una sentencia absolutoria, sin que ésta haya acordado la devolución al asegurador, cuando se inicie un proceso civil para solicitar las indemnizaciones derivadas del accidente de tráfico.

La consignación tiene por objeto la entrega al perjudicado, como medio de pago de las cantidades ofrecidas. El artículo 1176 del Código Civil contiene una modalidad particular de pago de la deuda mediante la consignación de su importe total, es decir, debe tratarse de pago completo, para lo cual el deudor lleva a cabo una manifestación explícita de su voluntad decidida de querer pagar, con entrega efectiva, que no es suficiente, y con ello no se produce el pago, pues necesita de la recepción y cobro por el acreedor, y sólo cuando sin justificación, dotada de racionalidad suficiente, éste se niega a admitirlo, es cuando se opera la liberalización del deudor, para lo cual el juez debe ponderar si la consignación practicada

se sujeta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (STS 30 de enero de 1999).

Así las cosas, solicitase o no la entidad de seguros la entrega al perjudicado, lo cierto es que la consignación tiene como cometido dicha entrega como medio de pago de las indemnizaciones debidas.

Segundo.—(...) el Juez o Tribunal “dictará” auto en el que acordará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios amparados por el seguro de suscripción obligatoria. Significa pues que se dictará de oficio, sin necesidad de que lo solicite ninguna de las partes.

Sentencia 360/2008, AP LÉRIDA, Sec. 1.ª, de 20 de octubre de 2008

“MOBBING”: COMPATIBILIDAD CON LESIONES PSÍQUICAS

Arts. 147.1, 311, 620.2.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Eva María Chesa Celma**

SÍNTESIS

Afirma la sentencia que es habitual que quien sufre una situación como la enjuiciada padezca depresión o cualquier alteración negativa del estado de ánimo, pero ello no puede suponer que, automáticamente, pueda responsabilizarse a su causante como el autor penalmente responsable: se requiere que el “animus laedendi” cubra el resultado lesivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

Segundo.—(...)

En el caso presente, según se declara probado en la sentencia de instancia, la condenada en el contexto laboral que le unía con la víctima y con el ánimo de impedir que ejerciera su trabajo de forma digna y de acuerdo con sus derechos la insultó, le encomendó tareas de categoría inferior a la suya

e incluso le exigió sentarse en la mesa del conserje.

La sentencia considera acreditado que, como consecuencia de ello la Sra. Amparo además de tener que formular quejas a terceros para recabar amparo para su tranquilidad y sosiego, comenzó a padecer trastornos psicológicos que precisaron tratamiento

psicológico y que se repitieron tras su incorporación de nuevo al trabajo tras baja laboral por los hechos imputados a la denunciada.

Es claro que la conducta de la imputada ha excedido con mucho de lo aceptable laboral y personalmente, en una conducta dirigida a hostigar a la otra persona. Una cosa es la rigurosidad en el desempeño de un cargo de responsabilidad y la exigencia formal a los subordinados y otra convertir la insistencia en una conducta de acoso, con desprecio de la dignidad y voluntad de la otra persona.

Dicha insistencia se convierte en coacción cuando su intensidad es tal que altera de forma grave la tranquilidad y sosiego de la persona coaccionada, afectándola en el ámbito laboral y personal hasta el punto de tener que requerir de terceros ayuda y provocar alteraciones psíquicas y físicas que han precisado tratamiento psicológico.

La vis compulsiva está por tanto acreditada, al igual que la voluntad dolosa de querer forzar a la víctima a hacer algo que no quiere y que no tiene por qué hacer (ilicitud del acto), a lo que cabe añadir la intensidad cierta que requiere el tipo delictivo de las coacciones.

Entiende la Sala, en otro orden de cosas, que si bien la conducta de la acusada excede de lo social, laboral y personalmente aceptado y aceptable, inscribiéndose en el ámbito penal y no sólo del reproche social convencional, su conducta, dentro del ámbito en que se produce, y la naturaleza de los hechos probados, no alcanzan la intensidad de violencia necesaria para su consideración como delictivos, pues se trata de sucesos que aún repetidos, se suceden en un intervalo de tiempo muy largo, y sólo consta que afectasen a su función y dignidad laboral al no constar que éstos, como los demás actos realizados, fueran dirigidos además a constreñir su voluntad y libertad en algún tipo de sentido, por lo que permite graduar la gravedad de la conducta situándola en la infracción penal menos grave de la falta de coacciones, prevista y penada en el art. 620.2 CP.

Procede, en consecuencia, desestimar el primer motivo del recurso.

— La denunciante entiende que los hechos merecen su encuadre, además, en un delito de lesiones psíquicas del art. 147.1 CP. A tal efecto la sentencia declara probado en su párrafo cuarto “como consecuencia de estos hechos acudió a su médico de cabecera, quien le extendió un parte de baja médica y la derivó a un especialista en psiquiatría... quien en fecha 28 de febrero de 2002 emitió un informe diagnosticando la existencia de un trastorno proponiendo como solución la de cambiar de puesto de trabajo a la paciente y/o a su superior jerárquica como única alternativa para su tratamiento y recuperación”; y en los párrafos 7 y 8: “como consecuencia de la conducta de la acusada, Amparo recayó en el padecimiento de sus lesiones psíquicas, lo que motivó que le fuera prescrita una nueva baja médica... En el transcurso de sus padecimientos psíquicos la Sra. Amparo ha sido atendida por diversos facultativos, concluyendo todos que la causa de los problemas psíquicos de la denunciante la ha constituido la actitud de la Sra. Claudia respecto de la misma”.

Es habitual que quien sufre una situación como la relatada en sentencia padezca depresión o cualquier alteración negativa del estado de ánimo, pero ello no puede suponer que automáticamente pueda responsabilizarse a su causante como el autor penalmente responsable. Para apreciar tal delito no basta con ese mero elemento, sino que es necesario que concurra también el *animus laedendi o vulnerandi*, integrado por una simbiosis de los elementos intelectual y volitivo, tendente a producir un resultado lesivo; sin que en el supuesto sometido a consideración pueda apreciarse que el actuar de la acusada fuera preordenado a la producción de ese resultado.

Se ha de indicar que también la sentencia apelada se pronuncia sobre esta cuestión con argumentos similares a los apuntados, afirmando que la intención de la acusada no era causar intencionadamente tales lesiones

a lo que podemos añadir que ni siquiera podemos considerar en este caso que pudiera haber previsto que como consecuencia de su actitud respecto de su subordinada y por los problemas surgidos en el trabajo derivara aquel resultado, por lo de conformidad con los arts. 5 y 10 del CP no existe responsabilidad criminal. Todo ello sin perjuicio de que tales hechos sólo tengan consecuencia en vía de responsabilidad civil.

Sentencia 129/2008, AP CÁCERES, Sec. 2.ª, de 11 de noviembre de 2008

DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO: EXCAVACIONES EN CASTILLO. IGNORANCIA DEL CARÁCTER HISTÓRICO

Art. 323 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Félix Tena Aragón**

SÍNTESIS

A pesar de las alegaciones del recurrente, estima la sentencia de la Sala que, sin necesidad de conocimientos arqueológicos, se evidencia el carácter histórico de la construcción. A mayor abundamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que no es ni siquiera necesario que se haya efectuado la declaración previa por parte de la administración como patrimonio histórico cuando de las características del bien puede colegirse que nos encontramos ante una construcción histórica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHOS

Primero.—Que por el Juzgado de lo Penal de Plasencia, en el Juicio Oral reseñado al margen seguido por un delito de Falsedad en documento público, contra Alexander, se dictó Sentencia de fecha 15 de julio de 2008, cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal siguiente: Hechos Probados: “De las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan los siguientes hechos probados: Los acusados Marcelino, Jesús María y Alexander, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron sorprendidos por agentes de la Guardia Civil el día 10 de julio de 2002 cuando en el interior de la Torre de la Almenara de la localidad de Ga-

ta, de la que conocían que se trataba de un castillo o torre histórica, estaban realizando excavaciones en el suelo que alcanzaban una extensión de 2 × 2 metros y una profundidad de 1,20 metros en el interior de la torre, e interviniendo también en el exterior de la misma haciendo una excavación de 0,60 × 0,60 y unos 30 cm de profundidad, que ha afectado a la superficie y se ha puesto al descubierto una zona de relleno de piedras y tierra, llegando a producir con la excavación un derrumbe en uno de los bordes debido a la acumulación de la tierra removida, y para lo que carecían de la correspondiente autorización administrativa, llegando a descubrir el arranque de una división interior o resto de una construcción preexistente, sin que

conste que los mismos se hayan apropiado de alguna pieza de interés que surgiese en el curso de la misma, y utilizando para ello diversas herramientas que habían llevado al efecto, tales como palas, mazas, cubos, palancas, cincel, sierra, así como ropa de faena. Como consecuencia de la total falta de método y sistemática en la realización de la excavación, se ha generado una pérdida de información histórica difícil de evaluar. El indicado castillo es una torre-fortaleza de estilo árabe, en ruinas, perteneciente al siglo XIV y está catalogado como bien del patrimonio histórico y cultural de Extremadura según se recoge en la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura. Ante la apertura de expediente sancionador por la Administración, el acusado Marcelino se puso en contacto con el también acusado Serafín, mayor de edad y condenado en sentencia de 7 de octubre de 2003 por delito de tenencia de armas sin licencia, no computable a efectos de reincidencia y previamente puesto de acuerdo con él, elaboraron un documento, supuestamente extendido por el “Ministerio de Educación y Ciencia Patrimonio Histórico Artístico”, a modo de autorización para la realización de estudios preliminares en una zona genérica comprendida entre Cáceres y Salamanca, fechado el 17 de julio de 2002 y supuestamente firmado por Eloy. El referido documento no es auténtico, dado que la denominación de dicho Ministerio es la de “Ministerio de Educación, Cultura y Deporte” desde 1996, la Dirección General es la de Bellas Artes y Bienes Culturales desde 1993, dicho Ministerio carece de competencias para autorizar la excavación en cuestión, dado que han sido transferidas a las Comunidades autónomas, y no existe en dicho Ministerio una autoridad pública llamada Eloy. El documento citado fue presentado por el acusado Marcelino, a sabiendas de que no era auténtico, ante la Guardia Civil que instruía las diligencias para justificar la existencia de autorización administrativa para excavar y evitar así la sanción que en su caso pudiese recaer. Los daños causados

a consecuencia de los trabajos de excavación realizados se han tasado en 1.030 €.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida.

Primero.—Sin especificar un motivo concreto de recurso la parte apelante expone en el primero de los apartados la inexistencia de prueba para basar una sentencia condenatoria de su representado. Expone que el mismo se encontraba en el lugar de los hechos por motivos estrictamente personales, que si se encontraba en ese lugar concreto de la excavación era meramente para ver, que no realizó ninguna actividad en el día y medio que estuvo en el lugar, y que es materialmente imposible que en ese tiempo que Alexander estuvo en las inmediaciones de la torre se llegase a excavar el hoyo que consta en las actuaciones. Finalmente también ignoraba la cualidad de bien cultural e histórico del lugar.

Segundo.—Esta falta de participación como tal en la tarea de excavación es cierto que han intentado ponerlo de manifiesto todos los deponentes convocados en relación con este apelante, pero también es cierto que al acto del juicio han comparecido los dos guardias civiles que personalmente comparecieron al lugar de los hechos, ambos han especificado que los cuatro acusados, tres hombres y una mujer, todos estaban dentro de la torre realizando algunas labores relacionadas con esa excavación.

Y en esos cuatro está incluido Alexander, también aportaron datos como que estaban manchados de tierra, repetimos, todos, lo que incluye a Alexander también, y que allí había ropa de trabajo y herramientas y demás objetos que eran propios para realizar esas labores de excavación.

Por lo tanto, de esta prueba sí puede deducirse que Alexander estaba participando en esa excavación como tal. Que el mismo sólo lo hiciera ese día o en otros anteriores no empece su participación en el delito. Este delito no se califica porque la excavación

dure más o menos y que los perjuicios como tal sean mayores o menores, constatada la existencia de los mismos, el delito sí concurre.

Pero es que además, aunque esa excavación ya se hubiera iniciado, el mismo viendo lo que había se unió a esas labores y por lo tanto participó como uno más de la misma.

Tercero.—Los conocimientos arqueológicos de este apelante o que el mismo ignorase que estaba declarada esa torre como bien cultural no es tampoco un requisito insoslayable para la comisión del delito que se le atribuye.

La torre como tal y por la simple visión de la misma se comprueba que nos encontramos ante un bien con una determinada historia detrás, no es que hoy en día se encuentre esa torre y con esas características de construcción (piedra, ensamblaje, diseño, etc.) en cualquier lugar, por lo tanto con independencia de que se conozca o no el siglo en que fue construida, el estudio arquitectónico al que pertenece y un largo etcétera ello, no es necesario para que el delito del artículo 323 se cometa.

Así la STS de 3 de junio de 1995 establece que no es ni siquiera necesario que se haya efectuado la declaración previa por parte de la administración como patrimonio histórico cuando de las características del

bien puede colegirse que nos encontramos ante una construcción histórica.

Cuarto.—El segundo de los motivos es que los hechos declarados probados no pueden incluirse en el artículo 323 del CP porque los daños causados han sido mínimos y es fácil su reposición.

Tampoco puede compartirse esta opinión de la parte. En primer lugar porque la sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 3 de junio de 1995 también especifica que no es ni siquiera necesaria la intención especial de causar un daño, sino que basta con el ánimo general subjetivo de que con ese actuar puede alterarse el estado de la cosa. Criterio también manifestado en otra STS de 12 de noviembre de 1995 y del TC de 17 de septiembre de 1998.

Por lo tanto, sí se ha acreditado que daños como tal existieron, que los mismos fueron superiores a 400 euros, lo que nos impediría remitirnos a la falta del artículo 625 del CP, y que además, cualquiera que presenciara el hoyo que se estaba haciendo, donde ya eran visibles, y de hecho resultaron afectados los muros y cimientos de las torres, participaba y era consciente de esos daños, y por lo tanto los requisitos del artículo 323 del CP concurren.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Sentencia 660/2008, AP ALICANTE, Sec. 2.ª, de 19 de noviembre de 2008

DEUDOR QUE DISPONE DE LOS BIENES EMBARGADOS

Art. 257.1.1.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Faustino de Urquía Gómez**

SÍNTESIS

Condena la presente sentencia al representante legal de la mercantil embargada, quien estuvo presente en la diligencia de embargo, ya que al ir a realizar dichos bienes el acusado —según deducción de la Sala— había dispuesto de los mismos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...)

El hoy acusado (...) era el representante legal de la mercantil embargada, estuvo presente en la diligencia de embargo y dispuso con posterioridad de los bienes embargados, impidiendo así la efectividad de la traba (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El delito de alzamiento de bienes es un delito de tendencia, “de resultado cortado”, cifrándose su consumación en el simple acto de disposición sobre el propio patrimonio, con el designio de hacer ineficaz o entorpecer gravemente la acción de los acreedores que dota de tipicidad penal a la conducta, quebrantando la buena fe depositada por aquéllos al tiempo de dar vida a la relación negocial de la que dimana el crédito; la caracterización penal del delito se fundamenta, de una parte, en el elemento objetivo consistente en la ocultación, enajenación o desaparición de los bienes, burlando el orden jurídico estatuido para la defensa de los acreedores; y, de otro, el subjetivo, intención de lograr o aparentar una insolvencia —real o ficticia, total o parcial— impeditiva u obstativa de la movilizadora acción del titular del crédito; el delito se consuma anticipadamente, al margen de que la conducta desemboque o no en un resultado real de perjuicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero y 30 de marzo de 1987, 29 de marzo y 27 de octubre de 1988, 28 de abril de 1989, 6 de abril de 1990 y 25 de

febrero de 1990). En el supuesto de autos la parte recurrente cuestiona la valoración probatoria efectuada por el Magistrado-Juez “a quo”, quien estima acreditada la preexistencia de los bienes embargados, pese a que no se tuviesen a la vista en la diligencia de embargo, situándolos el embargante en otras dos entidades al estar cerrada la empresa deudora por un incendio (documento n.º 2 acompañado con el escrito de querrela —folios 15 y 16—). A esta conclusión se llega ya que el acusado no consignó lo contrario, o sea, la inexistencia de los bienes en una diligencia de embargo que se entendió personalmente con él; en segundo lugar, en el Juzgado de Instrucción declaró que los bienes en cuestión fueron utilizados después para fabricar tejidos —declaración sumarial obrante al folio 154—. En el acto del juicio oral se retractó de esta manifestación, si bien acoge el Juez su declaración inicial, ya que su posterior rectificación tiene un interés auto-exculpatorio, siendo evidente como indica la sentencia, que si “el hilo se hubiese ya consumido al tiempo del embargo, el acusado lo habría manifestado, al igual que dijo que la empresa estaba cerrada por un incendio y dijo también, que en poder de la acreedora tenía depositado género suficiente para cubrir la deuda (alegato que no ha sido probado)”. En consecuencia, Luis, representante legal de la mercantil embargada, y con quien se entendió la diligencia de embargo, dispuso con posterioridad de los bienes embargados, impidiendo así la efectividad de la traba, conducta que se incardina en el art. 257 del CP, que le ha sido aplicado.

Sentencia 143/2008, AP CÁCERES, Sec. 2.ª, de 2 de diciembre de 2008

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES. DERECHO TRANSITORIO
Arts. 64 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y 238 y 240 LOPJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Félix Tena Aragón

SÍNTESIS

Trata la resolución que seleccionamos de la reforma en 2006 de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores en el particular relativo a la exigencia de responsabilidad civil. La Sala estima el recurso y declara la nulidad de la sentencia a este respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La reforma de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores fue modificada en algunas aspectos sustanciales mediante LO 8/2006, de 4 de diciembre. Entre esos aspectos sustanciales, y ya en su propia Exposición de Motivos, se recoge que la acción civil se ejercitará y resolverá junto con la penal, a salvo obviamente de que el perjudicado se reserve la facultad de ejercitarla en la vía civil separadamente.

Siguiendo esa Exposición de Motivos se modificó el art. 64 de citada ley que era donde venía establecido el trámite de reclamación de la responsabilidad civil de una forma separada, y una vez finalizada la vía penal, en esa misma jurisdicción de menores.

Ante ello, es evidente que actualmente la reclamación de responsabilidad civil derivada de un ilícito cometido por un menor, deberá contenerse en los escritos de acusaciones o más bien de alegaciones, que se mantendrá o no en el trámite de audiencia y cuyo pronunciamiento judicial deberá contenerse

también en la sentencia correspondiente previa petición de parte, en su caso.

Segundo.—La actual situación en cuanto a reclamación de la responsabilidad civil derivada de un ilícito cometido por menores entró en vigor cuando lo hizo la LO 8/2006 que introdujo esa modificación. Conforme determina la disposición final segunda de esa ley, la entrada en vigor se produciría a los dos meses de ser publicada la norma en el BOE. La publicación se hizo el día 5 de diciembre de 2006 por lo que entró en vigor el día 5 de febrero de 2007.

En la Disposición Transitoria única de tan citada LO 8/2006 se recoge que lo establecido en la misma se aplicará a los hechos delictivos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor, salvo que la nueva normativa sea más favorable al menor autor de los hechos, lo que por otra parte es un principio general del Derecho penal.

Pero esta LO de responsabilidad del menor tanto la LO 5/2000 como la modificación introducida por la vigente LO 8/2006 contiene regulación de ámbito de Derecho material y otro de Derecho procesal y en

esta, de Derecho procesal, sobre la que las Disposiciones Transitorias no dicen nada, habrá de estarse al principio general de derecho que rige en esta materia procesal, esto es, se regirá el procedimiento vigente en el momento de iniciar el mismo. Y si ya está iniciado se continuará hasta finalizar conforme a las normas procesales que estaban vigentes cuando el mismo se inició.

Tercero.—Aplicado ello al supuesto de autos, nos encontramos con unos hechos delictivos acaecidos en el mes de octubre de 2006 y por lo tanto las normas de Derecho material aplicables son efectivamente las vigentes en el momento de comisión de los hechos, salvo que las actuales sean más beneficiosas y así lo expresa la juez “a quo”, ahora bien, no nos encontramos como motivo del recurso de apelación ante la aplicabilidad o no de unas normas de Derecho material, sino de ámbito procesal, esto es qué trámite debe darse a la reclamación de la responsabilidad civil derivada de esos hechos delictivos. Y para ello habrá de estarse al momento de inicio del expediente, no ya incluso del expediente judicial, sino del expediente que se abrió en la fiscalía de menores correspondiente, y la fecha que figura en esa incoación es la de 9 de febrero de 2007 (f. 98 de las diligencias penales) y por lo tanto de íntegra aplicación procesal la normativa que establecía que a partir de la entrada en vigor de esa ley la responsabilidad civil derivada de un ilícito cometido por menores se tramitaría y resolvería junto con la acción penal.

En el escrito de alegaciones del M.^º Fiscal en ese expediente penal judicial no se efectuaba petición ninguna sobre la responsabilidad civil (folio siguiente al 183 y que está sin foliar) y nada se expuso en la audiencia celebrada, y finalmente, ningún pronunciamiento al respecto contiene la sentencia resolutoria de ese enjuiciamiento penal.

Es en el trámite vigente con anterioridad a entrar en vigor de las disposiciones de la LO 8/2006 y en el momento de iniciarse ese expediente fiscal y posterior judicial que ya

estaba derogado, cuando se pretende y demanda por parte del M.^º Fiscal la reclamación de la responsabilidad civil derivada de esos hechos que se declararon probados y es cuando la juez *a quo* se pronuncia sobre ello.

Esta tramitación para solventar la responsabilidad civil estaba derogada cuando se inició el procedimiento frente a los menores no ya este civil, obviamente, sino el penal y por lo tanto debe estimarse el recurso planteado. Alegaciones del recurso que no son nuevas en este trámite, al menos por parte de la asistencia letrada de Juan Carlos (f. 24 de la pieza separada) que ya expuso la misma argumentación en el escrito de alegaciones en el trámite después de efectuar el M.^º Fiscal su petición, y por lo tanto tampoco puede alegarse que hubo una determinada conformidad o aquietamiento de la parte con la tramitación de esta pieza separada para cifrar la responsabilidad civil cuyo pronunciamiento no se contenía en la sentencia penal.

Concurriendo por tanto todos los requisitos establecidos en el art. 240 y 238 de la LOPJ debe declararse la nulidad de la sentencia y de la tramitación como tal de esta pieza posterior al dictado de la sentencia penal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Juan Carlos y el mantenido por Leonardo y Marco Antonio contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Menores de Cáceres, de fecha 25 de Junio de 2008, debemos declarar y declaramos la nulidad de esa resolución y de la tramitación de la pieza de responsabilidad civil a partir del escrito de demanda de reclamación de cantidad formulado por el M.^º Fiscal. Se hace expresa reserva de las acciones civiles a los perjudicados y se declaran de oficio las costas causadas en esta pieza.

CRÓNICA LEGISLATIVA

MARZO

- ❑ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DOUE-L n.º 81, de 27 de marzo), por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.
 - ✓ Tiene por objetivo definir los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.
 - ✓ Habilita a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución a pesar de la incomparecencia del imputado en el juicio sin menoscabo a su derecho de defensa.
 - ✓ Modifica los artículos 4 (motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea), 5 (garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares), y el Anexo de la Decisión Marco 2002/584, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
 - ✓ Modifica el artículo 7 (motivos para el no reconocimiento y la no ejecución de las resoluciones) y el Anexo de la Decisión Marco 2005/214, de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.
 - ✓ Modifica el artículo 8.2 (motivos para el no reconocimiento y la no ejecución de las resoluciones) y el Anexo de la Decisión Marco 2006/783, de 6 de octubre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.
 - ✓ Modifica el artículo 9.1.i) (motivos para el no reconocimiento y la no ejecución de las sentencias dictadas en rebeldía) y el Anexo I de la

Decisión Marco 2008/909, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

- ✓ Modifica el artículo 11.1.h) [motivos para denegar el reconocimiento y la vigilancia de las resoluciones dictadas en rebeldía] y el Anexo I de la Decisión Marco 2008/947, de 27 de diciembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.
- ✓ Estas modificaciones entraron en vigor el 28 de marzo de 2009.

ABRIL

- Ley 2/2009, de 31 de marzo (BOE de 1 de abril), por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
 - ✓ Modifica el artículo 2.2.c) de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (BOE del 29), sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; extendiendo la aplicación de esta norma a los auditores, contables externos o asesores fiscales y a las personas físicas o jurídicas dedicadas profesionalmente a conceder préstamos o créditos, así como a los intermediarios en la concesión de éstos.
 - ✓ Esta modificación entró en vigor el 2 de abril de 2009.
- Decisión Marco 2009/315/JAI, del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DOUE-L n.º 93, de 7 de abril), relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.
 - ✓ Tiene como objetivo la transmisión al Estado de origen de un ciudadano condenado en otro Estado miembro de las resoluciones condenatorias que recaigan sobre éstos; la conservación y administración de esta

información, y el desarrollo de un sistema informatizado de intercambio de información.

- ✓ La información transmitida únicamente puede ser usada por el Estado requirente en el marco del procedimiento penal para el que se solicitaron.
 - ✓ Deroga la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales.
 - ✓ Prevé su transposición por parte de los Estados miembros para antes del 26 de marzo de 2012.
- Decisión 2009/316/JAI, del Consejo de 6 de abril de 2009 (DOUE-L n.º 93, de 7 de abril), por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.
- ✓ Desarrolla el sistema informatizado de intercambio de información sobre condenas entre los Estados miembros previsto en la Decisión Marco 2009/315/JAI.
 - ✓ Crea un formato normalizado de intercambio de información de manera uniforme, electrónica y fácilmente traducible por medios informáticos.
 - ✓ Configura un sistema descentralizado de información fundado en las bases de datos de los registros de antecedentes penales de cada Estado miembro formado por un programa informático de interconexión que permite el intercambio de información y una infraestructura común de comunicación que proporciona una red cifrada.
 - ✓ Establece, para la transmisión de información, unos códigos para cada delito, pena o disposición aplicable (Anexos A y B).
 - ✓ Prevé que los Estados miembros adopten las medidas para su cumplimiento antes del 7 de abril de 2009.

MAYO

- ❑ Real Decreto 641/2009, de 17 de abril (BOE de 8 de mayo), por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de las salud en el deportes.
- ✓ Desarrolla la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre (BOE del 22), de protección y lucha contra el dopaje en el deporte.
- ✓ Prevé la publicación en el BOE mediante Resolución del Consejo Superior de Deportes de una lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte.
- ✓ Contiene una serie de actuaciones positivas dirigidas a prevenir el dopaje.
- ✓ Obliga a las federaciones, clubes y entidades deportivas a crear un Libro-registro de tratamientos sanitarios de los deportistas profesionales susceptibles de producir dopaje en el deporte.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

DE FUENTES BARDAJÍ, J. et al. (Dir.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2008.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría y práctica del Derecho penal (tomos I y II)*, Madrid (Marcial Pons) 2009.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid (Marcial Pons) 2009.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, R. et al. (Coords.), *De los delitos y de las penas hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Salamanca (ratio legis) 2009.

GARCÍA ÁLVAREZ, F.J. (Coord.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia (tirant lo blanch) 2008.

MARIÑO MENÉNDEZ/CEBADA ROMERO (Dirs.), *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Madrid (Iustel) 2009.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2008.

SERRANO MAÍLLO/GUZMÁN DÁLBORA (eds.), *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid (Dykinson) 2008.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia (tirant lo blanch) 2009.

DEMETRIO CRESPO, E. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid (Iustel) 2008.

GIL Y GIL, A. *La justicia de transición en España*, Barcelona (Atelier) 2009.

MARAVÉR GÓMEZ, M. *El principio de confianza en derecho penal*, Madrid (Thomson/Civitas) 2009.

MARTÍN LORENO, M. *La exculpación penal*, Valencia (tirant lo blanch) 2008

RAMÓN RIBAS, E. *La persona jurídica en el derecho penal: responsabilidad civil y penal de la empresa*, Granada (Comares) 2009.

VIADA, N. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*, Madrid (Marcial Pons) 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, Granada (Comares) 2009.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Valencia (tirant lo blanch) 2009.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia (tirant lo blanch) 2009.

HAVA GARCÍA, E. *La tutela penal de los animales*, Valencia (tirant lo blanch) 2008.

MAQUEDA ABREU, M.L. *Prostitución, feminismo y Derecho penal*, Granada (Comares) 2009.

MENDO ESTRELLA, A. *El delito ecológico del art. 325.1 del CP*, Valencia (tirant lo blanch) 2009.

ROMA VALDÉS, A. *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*, Granada (Comares) 2008.

V. DERECHO PENITENCIARIO

VI. CRIMINOLOGÍA

GARCÍA ESPAÑA et al., *La delincuencia en las capitales andaluzas*, Málaga 2008.

GÓMEZ VILLORA, J.M. (Coord.), *Protocolos sobre violencia de género*, Valencia (tirant lo blanch), 2009.

OTÍN DEL CASTILLO, J.M. *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación policial*, Valladolid (lex nova) 2009.

ROLDÁN BARBERO, H. *Introducción a la investigación criminológica*, 2ª ed., Granada (Comares) 2009.

SANZ HERMIDA, A.M. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Madrid (Iustel) 2009.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

GONZÁLEZ PILLADO, E.; MORENO CATENA, V.; SOLETO MUÑOZ, H.; FERNÁNDEZ FUSTER, M.D.; REVILLA GUTIÉRREZ, J.A.; LÓPEZ JIMÉNEZ, R.; GRANDE SEARA, P. y GUZMÁN FLUJA, V., *Proceso penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ CRUZ, A.J.; FERREIRO BAHAMONDE, X. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Proceso penal práctico*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

RIFA SOLER, J.M.^a/ VALLS GOMBAU, J./RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

II. MONOGRAFÍAS

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *La entrada y registro en lugar cerrado. Consideraciones generales, jurisprudencia y polis*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *El atestado policial completo: pieza clave en los juicios rápidos y delitos contra la seguridad vial, relativos a la propiedad intelectual e industrial y a la violencia doméstica y de género*, 2^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J., *Procedimientos penitenciarios*, Ed. Comares, Granada, 2009.

ARMENTEROS LEÓN, M., *Juicio de faltas. Guía práctica para el ejercicio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BELTRÁN MONTOLIÚ, A., Ed. Tirant lo Blanch, *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Valencia, 2009.

CUBILLO LÓPEZ, I., *La protección de testigos en el proceso penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ DÍAZ, R., y SENDÍN GARCÍA, M.A., *Régimen jurídico de los documentos. Aspectos civiles, penales y procesales*, Ed. Comares, Granada, 2009.

LÓPEZ DEL MORAL, J.L., *Manual de los Juzgados de Paz*, 4ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009.

MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

RODES MATEU, A., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

ROLDÁN BARBERO, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2009.

ROMERO COLOMA, A.M., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Ed. Reus, Madrid, 2009.

SANZ HERMIDA, A.M., *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

III. OTROS

CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DAMIÁN MORENO, J., *El Derecho y su garantía jurisdiccional. Estudios y comentarios de Derecho Procesal*, Ed. Reus, Madrid, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

JUAN SÁNCHEZ, R. DE, *Sanciones a Abogados y Procuradores con ocasión de su actuación ante la Administración de Justicia*, Ed. Librería Bossch, Barcelona, 2009.

TÍTULO: HACIA UN VERDADERO ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

*Autores: L. M. BUJOSA VADELL,
Comares, Granada, 2008.*

El libro objeto de recensión se inscribe en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación titulado: “Hacia un proceso penal europeo para el enjuiciamiento de los delitos graves transfronterizos desde una perspectiva constitucional, penal y procesal”. Se inicia con un capítulo introductorio, a cargo de M. MONTEIRO GUEDES VALENTE, en el que a la pregunta de si *la construcción de un espacio judicial europeo sobre el primado de los derechos fundamentales es un sueño o una realidad*, responde que la Unión debe construirse sobre su respeto pues, si se adhiere y reconoce los derechos, libertades y garantías fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, no puede abdicar de sus postulados a la hora de construir un espacio penal europeo. El objetivo de dotar a los ciudadanos europeos de un elevado nivel de seguridad, no merece la pena si la justicia y la libertad se convierten en meras quimeras.

A continuación, la parte dedicada al análisis de la construcción de un proceso penal europeo, se articula sobre la aportación de tres autores expertos en la materia. Inicia este apartado el trabajo de F. MARTÍN DIZ sobre *la conveniencia de procesos penales supranacionales*, y en concreto en *el caso de la Unión Europea*. Aborda el autor el problema que inmediatamente se plantea relativo a los conflictos entre las jurisdicciones nacionales, y pone de manifiesto que su solución pasa por la aproximación y máxima unificación posible de los diversos sistemas procesales nacionales. Tras estudiar el modelo de la Unión Europea y el del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, advierte que solamente desde una perspectiva globalizadora podrá hacerse frente con éxito a una delincuencia globalizada. Este pensamiento le conduce a proponer el establecimiento de un proceso penal supranacional que, sin menoscabo de garantías para el justiciable ni del principio de legalidad, sea tan flexible y cambiante como la delincuencia que se pretende combatir.

Las *garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa unida*, es la preocupación de la que surge el estudio presentado por A. FIGUERUELO BURRIEZA. Una correcta garantía de los espacios de libertad de la ciudadanía europea hace necesaria la creación de un derecho penal europeo y del correspondiente proceso penal para conocer de delitos graves de carácter transfronterizo, ya que, en palabras de la autora, sólo por este camino podrá superarse el llamado “déficit democrático” de la Comunidad. Propone la idea del “constitucionalismo dual”, que permite que la singularidad de todos los sujetos de derecho quede garantizada, frente a la reticencia de los Estados miembros a seguir perdiendo soberanía.

Cierra este bloque el estudio del *proceso penal europeo centrado en el enjuiciamiento de los menores*, que lleva a cabo L. M. BUJOSA VADELL. Ciertamente la respuesta al problema mundial de la delincuencia juvenil se concreta de muy distintas maneras en los diversos ordenamientos jurídicos, incluso entre los más cercanos por tradiciones jurídicas comunes, pero existe, sin embargo, como revela el autor, una “*communis opinio*” sobre la necesidad de una aproximación normativa, de una estrategia general de la Unión Europea, en materia de enjuiciamiento de menores.

La obra continúa con un apartado dedicado a los instrumentos de cooperación policial en la Unión Europea. En primer lugar J.L. GONZALEZ MAS trata *la coordinación internacional en el ámbito policial* a través de los diversos instrumentos existentes: la unidad de coordinación internacional (UCI), el servicio de coordinación operativa y técnica internacional (SERCOTI), los Agregados de Interior (establecidos en 48 Embajadas), los Oficiales de Enlace acreditados ante organizaciones internacionales, instituciones y órganos policiales de otros países, el Servicio de Cooperación con la Unión Europea (SERCUE) y la BDL (Oficina de Enlace o Bureau de Liaison). A. CARRIZO GONZALEZ-CASTELL analiza *los instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Shengen* (que parte de la asistencia policial para permitir en determinados supuestos la vigilancia y la persecución transfronterizas), *a las estructuras orgánicas de cooperación policial*: la Oficina Europea de Policía (Europol), la Escuela Europea de Policía (CEPOL), y la Unidad Operativa Europea de Jefes de Policía (“Task Force”).

Finaliza este apartado con el trabajo de M. DEL POZO PEREZ, que estudia *la entrega vigilada como técnica de investigación en el marco de la cooperación internacional* para la persecución de las redes de delincuencia organizada (que se benefician de la liberalización del comercio y del desarrollo de las comunicaciones) y frente a las cuales devienen ineficaces los sistemas tradicionales. Analiza concienzudamente y distingue de figuras afines esta diligencia que, realizada con todas las garantías y requisitos legalmente establecidos, tiene naturaleza de prueba preconstituida, de imposible repetición en el juicio oral.

En el orden de la obra el siguiente apartado está dedicado al estudio de los instrumentos de cooperación judicial en la Unión Europea. I. SANCHEZ BARRIOS trata exhaustivamente *las comisiones rogatorias como vía de cooperación judicial internacional*, en un extenso trabajo que agota el análisis de este instrumento, en tanto que N. RODRIGUEZ GARCIA, centra su atención en *algunas experiencias orgánicas en la Unión Europea* (los Magistrados de Enlace, la Red Judicial Europea y Eurojust) *para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza*, singularmente a comportamientos delictivos de máxima relevancia por sus efectos dañinos, como son el narcotráfico, la corrupción y el terrorismo. Tras un breve acercamiento a *la cooperación procesal en materia penal con Italia*, aportado por G. D'AGOSTINO, cierra este bloque el estudio de T. ALISTE SANTOS sobre *la orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales*.

En un último bloque se agrupan los trabajos de jóvenes investigadores sobre temas tan interesantes como *la protección de la víctima en la Unión Europea*, de M. PELAYO LAVÍN, *la práctica de la prueba testifical por videoconferencia*, de A. B. ALVAREZ FERNANDEZ, y *Fidel Castro: ¿de héroe revolucionario al banquillo de los acusados?*, efectuado por F. BUENO DE MATA.

Estamos, en conclusión, ante una obra colectiva de magnífica factura, tanto por la calidad de los trabajos que la integran como por la estructura que los articula, que trata de manera profunda y rigurosa una materia no sólo de actualidad sino de evidente proyección hacia un futuro cada vez más próximo, que la convierte en una referencia de obligada lectura tanto para quienes se dedican al estudio de la integración judicial europea, singularmente en su vertiente penal, como para aquellos que tienen inquietud por conocer el estado actual y próximo de un verdadero espacio común judicial y procesal penal en la Unión Europea.

Begoña Vidal Fernández

Profesora Titular de Derecho Procesal
de la Universidad de Valladolid

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de Derecho Penal*, se publica con una periodicidad cuatrimestral. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben y no representan la opinión de la Dirección o Redacción de la Revista. Las opiniones en ellos vertidas son responsabilidad exclusiva de sus autores y la *Revista de Derecho Penal* declina cualquier responsabilidad derivada de los mismos.

El envío de originales supone la aceptación de las siguientes condiciones:

1. Todos los trabajos y libros para revisiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien, a la dirección de correo electrónico: redac.penal@lexnova.es
2. En el caso de su envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word).
3. La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La *Revista de Derecho Penal* se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
4. La *Revista* se reserva la posibilidad de someter el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos.
5. El Consejo de Redacción de la *Revista* comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos, indicando, en su caso, el volumen y número en que se prevé su publicación.
6. Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

7. El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 125 palabras) y entre 4 y 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la *Revista*. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original.
8. Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
9. Las notas se incorporarán a pie de página, aun cuando se mencione el autor en el texto, con una numeración única y correlativa para todo el trabajo.