

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa. *Silvia Barona Vilar* 11
- Las faltas contra los intereses generales en el Código Penal. *Julio Díaz-Maroto y Villarejo* 55
- Consideraciones jurídico penales acerca de la piratería marítima. *Antonio Fernández Hernández* 93
- La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género. *Raquel Castillejo Manzanares* 121

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 143
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 149
- **Auto 289/2008 (Sala 2.^a), de 22 de septiembre:** Inadmisión de recurso de amparo. Justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso 149
- **Sentencia 120/2008 (Sala 1.^a), de 13 de octubre de 2008:** Euro-orden. Cosa juzgada 152
- **Sentencia 129/2008 (Sala 1.^a), de 27 de octubre:** Prescripción y delito fiscal 156
- **Sentencia 139/2008 (Pleno), de 28 de octubre:** Pena de alejamiento 162

TRIBUNAL SUPREMO	167
— Acuerdos de 25 de noviembre de 2008	167
— Sentencia 444/2008, de 2 de julio: Declaraciones testificales extra-judiciales. Testimonio de referencia	168
— Sentencia 433/2008, de 3 de julio: Derecho de defensa. Declaración testifical de abogado. Nulidad	172
— Sentencia 414/2008, de 7 de julio: Prescripción del delito ...	175
— Sentencia 484/2008, de 11 de julio: Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos	177
— Sentencia 486/2008, de 11 de julio: Participación en riña	179
— Sentencia 494/2008, de 11 de julio: Estafa	181
— Sentencia 503/2008, de 17 de julio: Terrorismo	183
— Sentencia 513/2008, de 23 de julio: Nulidad de actuaciones. Competencia objetiva	196
— Sentencia 544/2008, de 15 de septiembre: Responsabilidad civil derivada del delito	201
— Sentencia 548/2008, de 17 de septiembre: Principio de irretroactividad	204
— Sentencia 553/2008, de 18 de septiembre: Dilaciones indebidas	207
— Sentencia 543/2008, de 23 de septiembre: Testimonio de la víctima	209
— Sentencia 576/2008, de 24 de septiembre: Informe pericial ..	212
— Sentencia 555/2008, de 25 de septiembre: Auto de conclusión del sumario. Revocación	217
— Sentencia 570/2008, de 30 de septiembre: Apropiación indebida	219
— Sentencia 578/2008, de 30 de septiembre: Principio acusatorio	221
— Sentencia 614/2008, de 1 de octubre: Prescripción de las faltas conexas a algún delito	223

	Página
— Sentencia 566/2008, de 2 de octubre: Indefensión. Nulidad del juicio oral	224
— Sentencia 575/2008, de 7 de octubre: Circunstancia atenuante analógica	228
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 233
— Sentencia 220/2008, de 4 de abril (AP Tenerife): Acusación y denuncia falsa: denuncia por alzamiento de bienes	233
— Sentencia 22/2008, de 8 de abril (AP Logroño): Estafa: agravantes de recaer sobre cosas de primera necesidad y de revestir especial gravedad por su cuantía. Plazas de garaje	234
— Sentencia 58/2008, de 10 de abril (AP Valladolid): Delito contra la integridad moral: cabezas rapadas. Abuso de superioridad. Móviles racistas o discriminación ideológica	236
— Sentencia 44/2008, de 14 de abril (AP Jaén): Delito contra los derechos de los trabajadores: responsabilidad del jefe de obras	237
— Sentencia 62/2008, de 15 de abril (AP Las Palmas): Dilaciones indebidas: atenuante genérica	240
— Sentencia 101/2008, de 16 de abril (AP Cantabria): Delito patrimonial continuado: problemas penológicos	241
— Sentencia 87/2008, de 16 de abril (AP Huelva): Drogas: consumo compartido	243
— Sentencia 50/2008, de 17 de abril (AP Valladolid): Lesiones por imprudencia en el ámbito laboral: responsabilidad del aparejador.	244
— Sentencia 134/2008, de 18 de abril (AP Almería): Acusado que recurre su absolución por discrepar del relato de hechos probados.	248
— Sentencia 353/2008, de 21 de abril (AP Madrid): Top manta: necesidad de probar que la copia de las películas lo es sin autorización de sus titulares	250
— Sentencia 6/2008, de 22 de abril (AP León): Secreto de las comunicaciones: distinción entre inspección de envíos personales y paquetes de mercancías	251

— Sentencia 88/2008, de 23 de abril (AP Pontevedra): Impago de pensiones: efectos del pago tardío	252
— Sentencia 144/2008, de 28 de abril (AP Almería): La “actuación conjunta” en la violación: problemas derivados del principio <i>non bis in idem</i>	254
— Sentencia 27/2008, de 2 de mayo (AP Palma de Mallorca): Tráfico de drogas: agravación por pertenecer el culpable a una asociación u organización	256
— Sentencia 174/2008, de 8 de mayo (AP Tarragona): Diferencias entre la falta de incumplimiento de obligaciones familiares y la de infracción del régimen de custodia	257
— Sentencia 459/2008, de 13 de junio (AP Tenerife): Absolución en delito de conducción con exceso de velocidad	259
— Sentencia 506/2008, de 13 de junio (AP Barcelona): Absolución por desobediencia al exigir la policía que la segunda prueba se realizara en Comisaría	261
— Auto 347/2008, de 16 de junio (AP Tarragona): Prueba de alcoholemia mediante extracción terapéutica de sangre	262
— Sentencia 297/2008, de 18 de junio (AP Madrid): Conducción temeraria y responsabilidad de las aseguradoras	265
— Sentencia 305/2008, de 30 de junio (AP Tarragona): Prueba de alcoholemia mediante extracción terapéutica de sangre	266
— Sentencia 470/2008, de 30 de junio (AP Tenerife): Principio acusatorio: violación del <i>quantum</i> de pena interesada por la acusación.	268
— Sentencia 323/2008, de 4 de julio (AP Madrid): Acusación popular como única sostenedora de la acción. Doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid. Caso del “ácido bórico”	269
— Sentencia 99/2008, de 9 de julio (AP Madrid): Difusión por internet de abusos sexuales sobre menores: problemas derivados de la multiplicidad de afectados	272
— Sentencia 252/2008, de 24 de julio (AP Madrid): La suficiencia de la consignación debe declararse de oficio. La indemnización es deuda de valor	276
— Sentencia 131/2008, de 24 de julio (AP Navarra): Atentado contra varios agentes de la actividad: unidad de delito	279

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo 283

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 299

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 311
- Derecho Procesal Penal 313

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MEDIACIÓN PENAL COMO PIEZA DEL SISTEMA DE TUTELA PENAL EN EL SIGLO XXI. UN PASO MÁS HACIA LA RESOCIALIZACIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA (*)

DRA. h.c. SILVIA BARONA VILAR

Catedrática de Derecho Procesal (Universitat de Valencia)

RESUMEN

La mediación penal es un procedimiento conocido ya en numerosos ordenamientos jurídicos que permite, mediante la intervención de la víctima y el infractor, y dirigidos por el mediador, completar el modelo procesal existente. No se trata de sustituir el proceso sino de introducirlo “además del” proceso penal mismo. La potenciación de este sistema mediador desde las instancias supranacionales, la proliferación de este procedimiento en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno —especialmente se destaca en el trabajo el exponente del modelo alemán— así como la regulación vigente en España desde la aprobación de la ley de responsabilidad penal del menor, han generado una necesidad de que poco a poco y desde hace ya algunos años se fueran presentando proyectos piloto de mediación penal, basados en la voluntariedad de los operadores jurídicos y de los delincuentes y víctimas, que han permitido contar ya en la actualidad con la experiencia suficiente que lleve a la incorporación de la mediación en nuestro sistema

ABSTRACT

Criminal mediation is a device already known in many national legal systems. This tool permits the intervention of the victim and of the offender under the direction of the mediator, thus completing the existing procedural legal model in criminal matters. The objective of criminal mediation is not to achieve the replacement of the national legal criminal process, but to embody mediation in the legal system “besides” the criminal process itself. The fact that mediation has steadily been upheld by different international organizations, that it is used in many western countries —specially in Germany, as this work stresses— and that it is already accepted by the Spanish legislature —as from the approval of the law of penal responsibility of the minor—in relation to minors... have all generated since long the need for the implementation of pilot projects on penal mediation in our country. These several projects are grounded on the will of “juridical operators” —judges, public prosecutors...— and of delinquents and

(*) Realizado en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ 2007/64594.

de tutela penal. Temas como la restricción objetiva de la misma, o los sujetos a intervenir, o el procedimiento y sus fases, o la necesidad de que el mismo sea gratuito, o las cautelas que este procedimiento exige para garantizar la contradicción, la igualdad o el derecho a la presunción de inocencia, son esenciales para delimitar sus regla de juego.

Palabras clave: *Mediación penal; ADR; justicia restaurativa; incorporación de las víctimas al proceso penal.*

victims. These projects allow us to have enough experience as to uphold the general introduction of this device in the Spanish criminal legal system. Issues such as the objective restriction of penal justice, the determination of those actors to intervene in it, the specification of the legal procedure and its own phases, the requirement for it to be free of charge or these necessary requirements for ensuring contradiction, equality or the presumption of innocence are all necessary to clearly fix functioning in Spain

Key words: *Criminal mediation; ADR; restorative justice; incorporation of the victims to the criminal procedure.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. IMPULSO DE LA VÍCTIMA, LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL DESDE LAS INSTANCIAS SUPRANACIONALES.
- III. ¿POR QUÉ LA MEDIACIÓN? ¿QUÉ COMPORTA LA MEDIACIÓN PENAL?
- IV. CLASES DE MEDIACIÓN PENAL.
 1. **Mediación penal atendiendo al tipo de negociación.**
 - A) Mediación directa.
 - B) Mediación indirecta.
 2. **Mediación penal en atención al momento procesal en que se desarrolla.**
 - A) Mediación penal preprocesal.
 - B) Mediación intraprosesal.
 - C) Mediación *postsententiam*.
- V. PROYECTOS PILOTO DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA.
 1. **Experiencia en menores.**
 2. **Proyectos-piloto en el derecho penal de adultos.**
- VI. INTERESANTES EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.
- VII. REGLAS DEL JUEGO PARA LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

- 1. Instituciones a las que vincular la mediación penal.**
 - 2. Características de la mediación penal.**
 - A) Libertad o de voluntad de las partes.
 - B) Gratuidad.
 - C) Confidencialidad.
 - D) ¿Principio de oficialidad o principio dispositivo?
 - E) Necesidad de dualidad de posiciones y respeto a la igualdad y posible contradicción.
 - F) Flexibilidad.
 - 3. Ámbito objetivo de la mediación: posibles infracciones penales susceptibles de mediación.**
 - 4. Elemento subjetivo: el mediador y sus características.**
 - A) Mediador. Sujetos que pueden serlo.
 - B) Facultades y obligaciones del mediador.
 - 5. Procedimiento de mediación: posibles fases.**
-

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad hablar de mediación penal empieza a ser una constante en los seminarios, cursos, jornadas en las Universidades, en los Colegios de Abogados, en la formación de los jueces, secretarios, fiscales, etc. Es evidente que la mediación penal está hoy de moda, y no como flor de un día, sino que sus raíces y su fundamento comienzan a enraizar en nuestro derecho patrio, en gran medida por las influencias externas, ora provenientes de las instancias supranacionales ora de las experiencias de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Ello no es óbice a la consideración, asimismo, de la ya consolidada institución de la mediación penal en nuestro derecho penal de menores, que desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ofrece una respuesta interesante para determinar el modelo de mediación que se pretenda en el sistema penal de adultos. A ello indudablemente deben unirse las experiencias que en estas últimas décadas se han vivido en diversos lugares de España y especialmente en diversos juzgados que voluntariamente han asumido las experiencias piloto en materia de mediación, siempre desde el principio supremo de la libertad, lo que obligaba a que sólo pudiera darse esta posibilidad cuando todos los operadores jurídico-penales, ya los jueces, los operadores jurídicos, la víctima, y ya el delincuente asumieran acudir al procedimiento de mediación para tratar de alcanzar un

acuerdo. El soporte de instituciones como la Oficina de Ayuda a la Víctima, los Institutos de Criminología, determinadas Asociaciones a favor de la víctima o incluso el propio Consejo General del Poder Judicial, han sido piezas indiscutibles para el desarrollo de estas experiencias y para su consolidación en nuestra cultura penal.

La incorporación de la mediación penal en nuestro sistema de tutela penal se convierte, así, en uno de los múltiples desafíos que en los últimos tiempos están generando una metamorfosis del paisaje penal del siglo XXI. Cuestiones tales como la minimización *versus* la expansión del derecho penal, la eficacia de la pena y sus posibles alternativas, las nuevas tecnologías aplicables al modelo de tutela penal y a la propia delincuencia, la aparición de la delincuencia-masa, el incremento de la violencia y de la lucha contra el terrorismo y su incidencia en los principios que conforman el Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, la aparición y consolidación de las instancias supranacionales e internacionales en materia penal, etc., han ofrecido y ofrecen elementos suficientes para replantear algunos de los postulados clásicos. Se han colado en los sistemas jurídicos, provocando una “crisis”, cuestionándose inclusive el por qué y para qué del derecho penal y los medios para alcanzar la tutela efectiva, la necesidad de resucitar la figura de la víctima, su posible función en el sistema punitivo, e incluso la valoración de la conducta del delincuente y sus posibles repercusiones penales y procesales, entre otras.

En toda esta transformación debe ubicarse la mediación, que se convierte en un cauce de tutela adecuado, que requiere, sin embargo, no sólo la configuración de un procedimiento —que también— sino la consideración de su fundamento y de su legitimidad. No se trata, pese a todo, de considerar que nos hallemos ante una institución extraña, por cuanto existen manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico que la justifican y le pueden otorgar viabilidad, si bien no basta esta puesta en escena de manera transitoria sino que requiere una fundamentación sólida que ofrezca un asentamiento en los cimientos básicos del modelo de justicia penal. Nos referimos especialmente al rechazo que desde el principio de legalidad se vino manteniendo frente a posiciones de consenso o pactos en el sistema penal, que, poco a poco, tímidamente, y probablemente con mayor lentitud en nuestro sistema que en otros ordenamientos jurídicos, ha ido abriendo paso a una concesión, siquiera sobre la base de la introducción de la discrecionalidad reglada en el Código Penal y en la LECrim, que ha llevado a abrir una posible transformación de la legalidad estricta en una modulación de la misma a través de la intervención de los sujetos, de la conducta de los mismos, de una promesa de comportamiento futuro, etc. La estricta aplicación de la ley ha dejado paso, en muchos casos —o si se prefiere, en ciertos casos— a la disponibilidad reglada, desde la que es perfectamente posible conectar la configuración de la mediación, como una pieza más del modelo

de justicia que favorece el consenso. La mediación lo fomenta, lo favorece y lo consigue en la mayor parte de los casos.

Desde estas coordenadas descritas trataremos de exponer algunas sencillas reflexiones en torno a la posible consagración de la mediación penal en el modelo de justicia penal español, todo ello desde la experiencia de otros ordenamientos jurídicos y desde las experiencias-piloto que se han desplegado en nuestro país.

II. IMPULSO DE LA VÍCTIMA, LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL DESDE LAS INSTANCIAS SUPRANACIONALES

Desde los inicios de los años ochenta la preocupación por la recuperación de la víctima en el sistema penal se ha hecho sentir en diversos foros, y especialmente destacan los plurales pronunciamientos que desde las instancias supranacionales han venido apareciendo en la esfera pública. En este contexto la necesidad de repensar el papel de la víctima en el modelo de justicia penal de los Estados, la valoración y expansión de los modelos de conciliación y mediación que en algunos ordenamientos jurídicos existen, la búsqueda de la justicia restaurativa y con ella de acuerdos y pactos que favorezcan los intereses de las víctimas, empero también de los victimarios e incluso de la propia sociedad, se han visto plasmadas, entre otras, en las siguientes actuaciones tanto de las Naciones Unidas ⁽¹⁾ y del Consejo de Europa como posteriormente de la Unión Europea:

1.º) La Recomendación núm. (83)7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que pide a los Gobiernos de los Estados Miembros

(1) El punto de partida de este interés naciente por las víctimas en la década de los ochenta puede encontrarse en el VI Congreso de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente que se celebró en Caracas, recomendándose a los estados miembros la elaboración de las directrices necesarias para el tratamiento de las víctimas desde el orden internacional, lo que llevó a que en el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, que se realizó en Milán en agosto-septiembre de 1985, cuando se recomendó a la Asamblea General la publicación de la declaración, a partir de la cual se ha visto en la doctrina un cambio en la posición de la víctima, volviendo a considerarla como una de las dos partes en el conflicto. Puede verse en relación con esta cuestión, FATTAH, *Victimology: past, present and future*, en *Criminologie*, volumen 33, n.º 1 (2000), *La Victimologie: quelques enjeux*, Les presses de l'Université de Montreal, p. 26. Asimismo, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 62 y ss; y TAMARIT SUMALLA, J.M., y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 166 y ss.

que fomenten que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, convirtiéndose ésta en medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

2.º) La Recomendación núm. R(85)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, que recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.

3.º) La Recomendación núm. R(87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización de 17 de septiembre de 1987, que recomienda a los Estados Miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima, y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

4.º) Recomendación núm. R(92)16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, que considera que las sanciones y las medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

5.º) Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y justicia reparadora en el Derecho Penal, que insta a los Estados Miembros, a las organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.

6.º) La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: Normas y medidas, de 14 de julio de 1999, que afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal. Precisamente, sobre la base de los contenidos de esta Comunicación, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, incluyó entre sus conclusiones la número 32, referida a la necesidad de elaborar unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medi-

das, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas⁽²⁾.

7.^º) Recomendación núm. R(99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.

8.^º) Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2000, sobre la Comunicación de la Comisión sobre las Víctimas de delitos en la Unión Europea, que declara la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas del delito.

9.^º) La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que dispone en su artículo 10, que los Estados Miembros “*procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*” y “*velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*”. Por su parte, el artículo 17 dispone que los Estados Miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006. Esta Decisión pretendía otorgar un trato integral y articulado de las necesidades de la víctima, evitando soluciones parciales o incoherentes que pudieren llevar a una victimización secundaria, obviamente desde la necesaria armonización de las normas y de las prácticas de los diversos estados miembros en lo atinente a la observancia de los principales derechos de las víctimas, sin que ello implique la obligación de garantizar a las víctimas un trato equivalente a las partes en el proceso. De ahí que se insista en la organización del estatuto de las víctimas en torno a cuestiones como la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación-indemnización⁽³⁾.

10.^º) Recomendación núm. (2006)8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, en cuyo Anexo, que reemplaza a la Recomendación 21, se ocupa detalladamente de las definiciones de víctima, victimización y victimización secundaria, de la asistencia, del papel de los servicios públicos, de los servicios de asistencia a las víctimas, del acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales, de las indemnizaciones acordadas por

(2) TAMARIT SUMALLA, J.M., y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, cit., p. 183.

(3) Puede verse TAMARIT SUMALLA, J.M., “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?” en TAMARIT SUMALLA, J.M., (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 35 y ss.

el Estado, de los seguros públicos y privados, de la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, de la confidencialidad, de la selección y formación del personal de los servicios, de la mediación y de la coordinación y cooperación internacional.

III. ¿POR QUÉ LA MEDIACIÓN? ¿QUÉ COMPORTA LA MEDIACIÓN PENAL?

La mediación es un cauce no procesal sino procedimental de solución de conflictos jurídicos, que en los últimos tiempos ha experimentado un interesante auge, debido esencialmente a su proyección en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en los que se ha convertido en pieza indiscutible del apartado de tutela del ciudadano. La incidencia en este sentido de las experiencias vividas en el seno de los países anglosajones ha servido para que poco a poco la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales terminaran asimilando, con mayor o menor énfasis, la *Alternative Dispute Resolution* ⁽⁴⁾. España, rezagada un tanto en la asimilación de las tutelas extrajurisdiccionales, nunca dejó sin embargo de ofrecer la regulación jurídica pertinente a instituciones tales como la conciliación o al arbitraje; no obstante, y pese a que la mediación era una institución no desconocida, carecía de regulación jurídica y, por ende, de eficacia jurídica coercitiva. Ciertamente la falta de cultura no litigiosa en nuestro país ha llevado a que la inercia por acudir a los tribunales, fuera cual fuera el conflicto jurídico, siguiera manteniéndose, obstaculizando inevitablemente esa fuerza expansiva que ora por motivos de eficiencia del sistema ora por búsqueda de soluciones no tan intervencionistas del Estado, venía arrastrándose durante siglos en nuestra práctica forense.

Las últimas décadas han experimentado en España una metamorfosis de interés, especialmente en ciertos sectores como el de los conflictos de familia, el ámbito social, el mercantil, etc., en cuanto a provocar la visibilidad de la mediación en el sistema jurídico, y no sólo a través de la conformación de reglas jurídicas, sino también mediante la cultura mediadora que ha impregnado a los operadores jurídicos, inclusive alcanzando al legislador y a los propios tribunales.

En ese contexto y muy probablemente por razones diversas comienza hace ya varios años a hablarse de la posible mediación en el ámbito penal, resurgiendo la idea de que la mediación es un instrumento para gestionar el conflicto

(4) Sobre estas cuestiones, su evolución, su desarrollo en el seno de los países anglosajones y la proyección en los distintos órdenes jurisdiccionales puede verse mi trabajo BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

penal, y con ello prima delimitar si es posible hablar realmente de *conflicto penal* y si, a partir del mismo, es posible configurar —que evidentemente lo es— los sujetos que se hallan atrapados en ese conflicto penal—. En este sentido la evolución que dio paso desde el protagonismo absoluto de la víctima del delito en un momento histórico concreto a la organización política —hoy Estado— que asumió el monopolio del *ius puniendi* como titular del mismo y defensor de los intereses sociales o colectivos, que van allende los de la propia víctima del delito, provocó la expropiación del derecho de la víctima a favor de una tutela de los intereses sociales esencialmente. Se produce, como apunta MANZANARES SAMANIEGO, el “paulatino abandono del sistema de acuerdo bilateral con la víctima o sus familias como forma de resolver los conflictos penales desde la óptica de la venganza privada” y “se acelera con la nueva concepción del derecho penal como derecho público. La víctima va pasando a un segundo lugar”⁽⁵⁾.

Todo lo expuesto se halla intrínsecamente vinculado con los fines del derecho penal y con los propios del proceso penal, en cuanto instrumento de aplicación de aquél. Es innegable que el Derecho Penal cumple con fines de naturaleza preventiva y de control social. El componente del interés social planea en la configuración de cualesquiera modelo penal que se configure, amén de en su propia justificación. Ello no es óbice, sin embargo, a la consideración de que a través del Derecho Penal también se protegen los bienes jurídicos que se consideran indispensables en un modelo de convivencia y de paz que necesariamente incide, amén de derechos sociales, también en derechos individuales. Precisamente por ese carácter incisivo y de intromisión que supone el Derecho Penal, ha sido una conquista de la civilización que fuera desapareciendo la autotutela como medio de resolver este conflicto, siendo la sociedad la determinadora de los parámetros de actuación penal, llegando a expropiar (confiscar, como apuntan algunos autores) los derechos de las víctimas. Se dice que los intereses individuales queden protegidos a través de la tutela penal de los bienes jurídicos dignos de protección.

Desde ese punto de vista se ha venido justificando que el monopolio en la aplicación del Derecho Penal se haya hecho recaer en el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales y por medio del proceso. Es indudable que este sistema procesal penal ofrece objetividad y neutralidad, implicando en todo caso la

(5) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007, p. 7. Y este autor continúa en la página citada, “Una tendencia que se refuerza por el hecho de que las más importantes escuelas penales, la clásica y la positiva, centraron su preocupación en la teoría del delito y de la pena (la primera) y en el delincente (la segunda), despreocupándose una y otra de una víctima que procesalmente sólo actúa como testigo”.

intervención estatal la asunción de la gestión propia del “conflicto” penal. Ahora bien, este modelo monopolizador estatal adolece de disfuncionalidades que crean sobre todo insatisfacciones personales e ineficacia en el propio sistema penal, e incluso existe en la doctrina quienes abogan por la consideración del sistema penal como ilegítimo, en cuanto para la solución de un conflicto, se limita a imponer un mal, una pena ⁽⁶⁾. Inclusive esta posición llevó a que desde la doctrina criminológica crítica se sostuvieren posiciones abolicionistas del derecho penal o, matizadas, minimalistas del mismo, que reflejan una insatisfacción por ciertos sectores ante la ineficacia del modelo penal en su conjunto. Desde todas estas coordenadas se acrecentó el interés por la figura del delincuente, especialmente desde la Criminología, y en concreto sobre la necesidad de cumplir con la función resocializadora del mismo, y se fueron consolidando políticas protectoras de la víctima de los delitos, surgiendo así la Victimología y la Victimodogmática ⁽⁷⁾, cobrando poco a poco especial trascendencia en estos estudios la necesidad de favorecer la relación entre la víctima y el victimario, apostando en ciertos casos por la recuperación del papel protagonista de la víctima, ya perdido, y de una necesidad paralela de reubicar el sentido del derecho penal desde la búsqueda de una rehabilitación o resocialización del delincuente.

En ese contexto, ora por las influencias externas ora por las carencias afloradas del sistema penal español parece que en los últimos tiempos ha irrumpido desde diversos ámbitos y foros la propuesta de la incorporación legal a nuestro país de la mediación, una propuesta que propugna el diálogo entre el responsable criminal y la persona agraviada por el delito, sometiéndose ambos de manera voluntaria a este medio para conseguir un acuerdo al conflicto de manera extrajurisdiccional. Puede finalizar con la obtención, por parte de la víctima, de una reparación, aun cuando ésta sea entendida en sentido maximalista y no sólo concretada en su naturaleza económica, de manera que la reparación no sólo permite que el autor haga frente al pago de los daños materiales o morales que se hubieren podido causar, sino que puede consistir en lo que se ha venido denominando como reparación social, que podría consistir, en su caso, por ejemplo, en la realización de trabajos en beneficio ya de la misma víctima o

⁽⁶⁾ LARRAURI, E., BUSTOS RAMÍREZ, J., *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 108.

⁽⁷⁾ Muy interesante es la obra extensa de TAMARIT SUMALLA, J.M., sobre la víctima, la victimología y la victimodogmática. Puede verse *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998; “La introducción de la justicia reparadora en la ejecución: ¿una respuesta al rearme punitivo?”, en *Revista General del Derecho Penal*, núm., 1, Iustel, 2004; o TAMARIT SUMALLA, J.M., y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, cit.

inclusive de la comunidad, exponentes que tendrían justificación cuando el responsable penal fuera insolvente, por ejemplo. Ello sin desdeñar asimismo el efecto positivo que podría jugar como medio de contraprestación en mediación de la posible disculpa o explicación del responsable a la víctima, generando en ciertos casos satisfacción adecuada o pertinente para entender alcanzada la efectividad de la mediación.

La mediación surge, por ende, como un procedimiento extrajudicial en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se recupera, por ello, la figura de la víctima, la existencia de un conflicto jurídico, y se le otorga a la mediación el papel de ser instrumento de gestión del conflicto. Esa gestión se lleva a cabo mediante el diálogo entre los sujetos implicados, víctima y victimario, y desde la idea de alcanzar la posible reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. Con todo es indudable que se ha visto en esta opción una posibilidad de revertir de manera altamente positiva en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal.

Evidentemente, no deja inermes la incorporación de un instrumento como la mediación en el seno de la tutela penal y ello por cuanto la misma sugiere una suerte de inflexión en la concepción clásica de la justicia penal. Esta situación se provoca por cuanto el “conflicto” penal sustituye *per se* a la conducta antijurídica, convirtiéndose, a la postre, en el elemento objetivo de este procedimiento. Asimismo, los sujetos que intervienen en este modelo de mediación son tres, siendo el que se halla *intra partes*, que no *supra partes*, el mediador, que da nombre al procedimiento, pero cuya intervención es de colaboración con los sujetos principales, que son la víctima y el victimario, trabaja con ellos, convierte los lenguajes negativos en positivos y otorga una clara viabilidad al resultado final, que es el acuerdo. Una inflexión se produce, igualmente, en cuanto a las funciones priorizadas en el mismo, a saber, a la reparación del daño y a la prevención especial sobre la prevención general y la función retributiva de la pena.

Pese a estas inflexiones del modelo penal, cierto es que el modelo de mediación que se baraja para implantar en nuestro ordenamiento jurídico requiere de la necesaria actividad de los tribunales de justicia, de manera que para alcanzar la oportuna eficacia lo alcanzado en mediación se requiere de la incorporación procesal, ora a través del mismo sobreseimiento ora a través de la conformidad ora a través de la viabilidad beneficiaria en ejecución. Es por ello que se trata, en consecuencia, de un medio controlado judicialmente. De ahí que se

piense en la incorporación de la mediación penal a nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad autocompositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia.

IV. CLASES DE MEDIACIÓN PENAL

Las experiencias en torno al instituto de la mediación provenientes de otros ordenamientos jurídicos nos ofrecen criterios a tomar en consideración a los efectos de perfilar diversas modalidades de mediación penal. En tal sentido, vamos a considerar tanto la manera en que se lleva a cabo la mediación como el momento en el que es posible que la misma se produzca, vinculada con el proceso.

1. Mediación penal atendiendo al tipo de negociación

Esta primera modalidad responde a la técnica o manera en que se lleva a efecto la mediación, lo que nos permite diferenciar entre mediación directa y mediación indirecta⁽⁸⁾.

A) Mediación directa

Es la que se desarrolla con las dos partes hallándose simultáneamente en el mismo espacio físico. Evidentemente se entiende que es más eficaz a los efectos de alcanzar el acuerdo, sobre todo por cuanto implica una mayor potenciación del diálogo, y así se ha venido sosteniendo especialmente en algunos modelos de mediación que se hallan en otros sistemas jurídicos, que la consideran como la más eficaz e incisiva, obteniendo mejores resultados que si no existe este *face to face* (así puede encontrarse en el modelo anglosajón, especialmente el inglés, aun cuando en el sistema alemán también se ha puesto de relieve su mayor eficacia frente al indirecto). Su desarrollo debe estar precedido, por un lado de entrevistas personales que permitan preparar de la mejor manera posible el cara a cara, amén de haber dado su consentimiento ambas para su realización, máxime cuando este método puede ser más perjudicial que la situación previa a la comisión del hecho.

Las experiencias ponen de relieve que en primer lugar se comienza trabajando con la víctima, y en breve llega el victimario, y es precisamente a partir de este momento cuando debe intervenir de forma habilidosa el mediador.

(8) Puede verse PASCUAL RODRÍGUEZ, E., "Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta", en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, n. 136, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 170-171.

B) Mediación indirecta

Se trata de aquella negociación que se lleva a cabo de manera sucesiva, no simultánea con el mediador y las partes, de modo que no se da el cara a cara entre ellas, no coincidiendo físicamente en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación en estos casos es diversa porque las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra. Por la naturaleza del hecho puede ser conveniente que no exista el cara a cara y que las técnicas mediadoras lleven a la entrega de cartas explicativas y a petición de perdón, en su caso.

En el sistema inglés a esta modalidad de mediación se le ha llamado *shuttle mediation* y quienes la han defendido en ciertos casos afirman que es menos agresiva y causa menos lesión que el enfrentamiento de ambos, favoreciendo con ello a aquellas víctimas que no quieren enfrentarse a los autores.

2. Mediación penal en atención al momento procesal en que se desarrolla

La segunda modalidad de mediación es aquella que puede considerarse atendiendo al momento en el que la misma se produce o puede producir y su vinculación con un proceso ya existente, ya fenecido o todavía no iniciado. Es por ello que hablaremos de mediación preprocesal, mediación intraprocésal y mediación *postsententiam*.

A) Mediación penal preprocesal

Supondría la consideración de la mediación como una verdadera alternativa y, por ende, excluyente del proceso penal cuando existiere acuerdo entre los sujetos intervinientes. Repárese que se trata de un modelo complejo y de difícil implementación en nuestro país, debido a que *per se* implica la exclusión de los tribunales y del monopolio procesal con las garantías que comporta en un modelo social y democrático de derecho. Esta posibilidad de mediación penal cabe en aquellos sistemas en los que la cultura del pacto ha venido germinando desde hace mucho tiempo, convirtiéndose en pieza del sistema de tutela. Así sucede en modelos como el canadiense o el norteamericano.

Podría entenderse practicable en su caso en aquellos supuestos en que se asume la exclusión del principio de oficialidad a favor de la disponibilidad, lo que podría dar entrada a determinadas faltas, por ejemplo, y en general a aquellas conductas que podrían quedar despenalizadas, por el escaso nivel de reproche social. Siempre que por ley así se hubiere dispuesto, no habría óbice alguno a su consideración.

El interrogante que esta modalidad de mediación genera es si simplemente puede considerarse como una alternativa, excluyente del inicio de cualesquiera

proceso, o si debe vincularse necesariamente a un proceso siquiera sea “ficticio” que debería homologar la mediación penal mediante una resolución judicial. Su viabilidad nos parece en nuestro sistema dudosa; insistimos en que no es imposible, si bien la efectividad de la mediación es su resultado que, si alcanza el acuerdo, requiere de su homologación en sede judicial, lo que llevaría a que, siquiera fuera con apenas pocos actos procesales, culminase mediante una resolución judicial (en el proceso penal) que diere fuerza jurídico-procesal al acuerdo.

B) Mediación intraprocesal

Es la que se halla vinculada a la existencia de un proceso pendiente y, como tal, los resultados que se alcancen en mediación van a incidir en el proceso mismo, siendo las consecuencias jurídicas diversas según la fase procesal en la que se desarrolle y culmine la mediación.

Esta modalidad de mediación es la que se ha configurado, desde los proyectos piloto, en nuestro país, justificada sobre la base del artículo 21.5 del Código Penal. Sin perjuicio de que es posible fundarla en este precepto, se requiere un soporte jurídico que dé mayor cobertura a determinadas cuestiones que se exigen para su desarrollo. Pese a todo, su estrecha vinculación con el proceso penal hace de esta modalidad de mediación complemento perfecto de la vía jurisdiccional. Repárese que el acuerdo que se alcanza, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar “validado” por el órgano jurisdiccional, en cuanto otorgará el efecto jurídico pretendido a estas modalidades de oportunidad reglada, a través de un auto de sobreseimiento, o, en caso de alcanzarse el acuerdo, ya iniciado el juicio oral, a través de la sentencia de conformidad a la que a continuación me referiré, según el momento procesal en el que se trate, a saber, según nos hallemos en fase de instrucción —no se abriría juicio oral— o según ya se haya formulado acusación —en cuyo caso no queda otro remedio que dictar sentencia—.

Es por ello que el mediador viene a formular un acta de reparación o un informe en el supuesto de que no se alcance el acuerdo, que se presenta en el Juzgado y se da traslado al Fiscal.

Una solución adecuada sería que, en los casos en que se hubiere formulado ya acusación, existiese en el Juzgado una vista oral a la que compareciesen los sujetos que intervinieron en mediación, a saber la víctima y el victimario, amén de sus abogados y el fiscal, pudiendo manifestar lo que consideren oportuno en relación con el acuerdo alcanzado e, inclusive, dándoles oportunidad de que puedan matizar, modificar algo de lo acordado, siendo de este modo mucho más respetuoso con los principios procesales esenciales. Y a partir de aquí cabría la posibilidad de que se dictase una sentencia de conformidad de viva voz.

C) Mediación *postsententiam*

Viene esencialmente circunscrita a los supuestos de mediación penitenciaria y en la que efectivamente los resultados pueden ser espectacularmente positivos para los condenados a pena de prisión y para el propio modelo penitenciario. Repárese a este respecto que en la Ley Orgánica Penitenciaria se regula un modelo disciplinario sancionador, con un catálogo de sanciones, que tipifica aquellas conductas que se consideran prohibidas y que son así consideradas por la comisión disciplinaria que las impone. Sin embargo, este modelo sancionador impositivo supone una posible intervención institucional para garantizar, en su caso, la protección de los bienes jurídicos de la integridad física y la vida de los internos y funcionarios, pero no trata de buscar el por qué de la conducta y la evitación futura de la misma sino que directamente declara e impone, sin evitar en este sentido esa idea represora y vengativa que genera. El régimen que se disciplina en esta legislación penitenciaria actualmente establecido no busca el diálogo y las soluciones duraderas, sino la solución a corto plazo y ello genera sensaciones de enfrentamiento, vencedores y vencidos. De ahí que se considere que la introducción de la mediación como instrumento del sistema sancionador penitenciario puede implicar una interesante alternativa al modelo actual, ofreciendo, por las técnicas empleadas, un método eficaz para la reducción de violencias dentro del ámbito penitenciario a través del aprendizaje de actitudes de respeto, escucha, diálogo y tolerancia. En suma, un cauce innovador en el sistema sancionador penitenciario.

Junto con la anterior posibilidad cabría cuestionarse hasta qué punto, dictada una sentencia de condena, no sería posible someterse a esta modalidad mediadora tras la misma. Para que pudiera barajarse esta posibilidad es indudable que necesitaríamos de una norma habilitante, que en estos momentos no tenemos en la LECrim. Podría, pese a todo, pensarse en los supuestos en que se puede llegar en ejecución de sentencia a una suspensión de la pena o a una sustitución de la pena privativa de libertad por otra, en cuyo caso cabría pensar en la bondad de un procedimiento de mediación con la víctima, a través del cual cumplir con las condiciones necesarias para su efectividad, tales como la reparación. Las reglas a seguir en cuanto a la información y a la confidencialidad que vendrían ofrecidas por el Servicio de Mediación serían las propias de cualesquiera mediación que se desarrolle y si se asumiera libremente habría que comunicarlo a los letrados, al juez y al fiscal, formando pieza separada de mediación. El resultado de la mediación puede ser elemento muy positivo a los efectos del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en esta fase de ejecución de sentencia y de la aplicación de los beneficios en la misma. Ese acuerdo en mediación deberá surtir efectos en la ejecución, lo que sólo podrá llevarse a cabo mediante una resolución judicial que deberá revestir la forma de auto en la que se aplique o no el citado acuerdo a efectos de ejecución.

V. PROYECTOS PILOTO DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Hablar de mediación penal en nuestro ordenamiento y de la posible conformación de la misma en nuestro sistema penal obliga a tomar como referencia las múltiples experiencias que en la actualidad ya se han dado en torno a la mediación. Algunas de ellas surgieron como proyecto de un año, finalizado el cual, desapareció la misma, si bien las instituciones que han estado preocupadas desde sus inicios por la mediación, tales como las Asociaciones u Oficinas de atención a las víctimas, los Institutos de Criminología e, inclusive, el Consejo General del Poder Judicial, han permanecido expectantes ante el desarrollo de este procedimiento de mediación en el seno de algunos de los juzgados españoles que, como proyectos-piloto y siempre bajo el principio de la voluntariedad, han querido someterse al modelo de mediación como prueba de que la misma puede efectivamente servir a los fines de la justicia, ya de manera complementaria o ya en ocasiones mejor que el modelo estatal procesal penal. Todo ello además de contar con una experiencia de mucho interés en nuestro país en el ámbito de la mediación penal juvenil, que cuenta con un desarrollo legal que ofrece la cobertura jurídica pertinente para su desarrollo en el seno de la tutela penal por responsabilidad penal de los menores.

1. Experiencia en menores

En el ámbito de la justicia penal juvenil la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que regula la Responsabilidad Penal de los Menores, supuso el reconocimiento de la posibilidad de la mediación, la reparación y la conciliación, diferenciándose, a tal efecto, entre la mediación como procedimiento dirigido a unos fines, y la reparación y la conciliación como objetivos a cumplir. Y quizás aquí podría diferenciarse, asimismo, entre la conciliación, que recae sobre la satisfacción psicológica que se otorga a la víctima por parte del infractor, y la reparación, que requiere, además, el cumplimiento del compromiso que se ha contraído para reparar el daño con la misma víctima⁽⁹⁾.

Repárese que las soluciones extrajudiciales que se han venido acogiendo en el derecho penal de menores encuentran su punto de referencia en las Reglas de Beijing y en las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. La regulación que a estos efectos interesa es la que se halla en los artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica 5/2000, en el artículo 27 de la misma y en el artículo 5 del Reglamento —en este precepto se regula el modo de llevar a efecto las soluciones extrajudiciales—. Siguiendo las citadas coordenadas legales encontramos como notas esenciales:

⁽⁹⁾ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007, p. 136.

- a) La mediación penal en menores es posible siempre que exista un proceso penal en marcha.
- b) Si se produce eficacia en la consecución de un acuerdo se dicta auto de sobreseimiento y/o archivo de las actuaciones, si bien continuará la tramitación procesal si el menor no cumple con la reparación o con la actividad educativa que se hubiere acordado.
- c) En cualquier caso, se ha querido configurar el elemento subjetivo de esta mediación penal en menores, dado que se ha de llevar a cabo por un Equipo Técnico, compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, si bien debe tenerse claro que se trata de un órgano que depende del fiscal de menores.
- d) Las reformas que se han venido realizando de la citada Ley han llevado a otorgar cada vez más un mayor papel a las víctimas en estos procesos, sin que ello afecte al sentido y fines del mismo.

El desarrollo procedimental de esta modalidad de mediación viene regulado de manera explícita en su reglamento, y en concreto en el artículo 5, que se refiere a las diversas fases del procedimiento, que son las que a continuación se detallan.

— Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la iniciativa para este tipo de actuaciones le corresponde al fiscal. Si considera que es posible desistir de la continuación del expediente, se limita a solicitar del equipo técnico un informe acerca de la solución adecuada.

— La puesta en marcha de la mediación exige de la citación del menor por el equipo técnico, así como de sus representantes legales y letrado defensor, ofreciendo la solución extrajudicial. Si el menor o su representante legal se negasen, el equipo lo comunica al fiscal e iniciará la elaboración de un informe (si no, no se da este informe).

— Si se acepta, se contacta con la víctima para que manifieste su conformidad para intervenir en la mediación. Se realizará el encuentro para la concreción de los acuerdos pertinentes.

La finalización de la mediación debe comportar una eficacia procesal. Y en tal sentido, si se alcanza un acuerdo éste podrá dejar sin efecto la medida que se hubiere adoptado, cuando juez, fiscal, equipo técnico... consideren que el acto y tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. Inclusive es posible que la voluntad de conciliarse con la víctima se produzca precisamente durante la ejecución de la medida, en cuyo caso cabrá plantear una mediación en este momento procesal. Nada obstaría a que esta situación pudiera efectivamente producirse en esta fase.

2. Proyectos-piloto en el derecho penal de adultos

Son diversas las experiencias que a lo largo de las dos últimas décadas han ido surgiendo en nuestro país y de las que sólo es posible afirmar que se han obtenido resultados prácticos de gran interés para la conformación de una regulación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico. Repárese que todas estas experiencias piloto se han producido sin norma habilitante, si bien entre sus conclusiones en todas ellas se ha efectuado una recomendación al legislador, cual es la de regular la institución de la mediación, estableciendo las normas objetivas y subjetivas, amén de procedimentales básicas, para su desarrollo.

Podemos citar, entre las merítadas experiencias, las siguientes:

En primer lugar, se desarrolló en Valencia la primera experiencia con adultos en España en mediación, gracias de la combinación entre el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valencia y la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito, experiencia que trabajaba con unos 20 asuntos y que ofreció resultados positivos en la misma; se desarrolló en 1985.

Asimismo, desde 1998 se han desarrollado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña actividades de mediación con adultos.

El Gobierno Vasco como propuesta de la Oficina de Ayuda a la Víctima también las impulsó en 1998 en los Juzgados de Vitoria.

Por su parte, destacan las actividades desarrolladas por la Asociación Apoyo de Madrid desde 2000, aun cuando ésta era una entidad cívica que nació en la década de los ochenta en el barrio de Moratalaz, y que ha estado realizando programas de mediación, apoyados por el decanato de Madrid y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, destaca las actividades realizadas como Proyecto-piloto de mediación desde la Oficina de Atención a la Víctima del delito en La Rioja, en el año 2000, gracias a la colaboración del Gobierno de la Comunidad Autónoma y el Consejo General del Poder Judicial.

En general pueden destacarse todas las experiencias piloto en las que ha colaborado el Servicio de Planificación y Análisis del CGPJ, fundamentalmente desde 2005, junto a diversas asociaciones, como la Asociación de mediación para la pacificación de conflictos de Madrid, Asociación “¿Hablamos?” de Zaragoza, Arrats de San Sebastián, Amedi de Sevilla, Asociación Proderechos Humanos de Andalucía, Pastoral Penitenciaria de Vitoria, etc.

En algunos casos la actividad ha sido en gran medida favorecida por actividades voluntarias de determinados jueces, que han aceptado que sea en el Juzgado del que son titulares donde se desarrollen estas actividades menos lesivas, menos incisivas y de naturaleza reparatoria. Así, puede citarse el Proyecto piloto de Sevilla que se llevó a cabo gracias al convenio entre el Colegio de Aboga-

dos de Sevilla y el CGPJ, y en los Juzgados de Instrucción núm 13 y núm. 18 de Sevilla; el que se desarrolló en el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén con la Asociación para la mediación penal y penitenciaria de Jaén; el que se lleva a cabo en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Banalúa (Alicante), como proyecto del CGPJ; el del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Pamplona/Iruña, el del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián, Juzgado núm. 4 de Córdoba, Juzgado núm. 1 de Bilbao, Juzgado núm. 2 de Calatayud, y Juzgado núm. 4 de Zaragoza, Juzgado de lo Penal 4 de Madrid en ejecutorias⁽¹⁰⁾ y se va a implementar en el Juzgado de Instrucción de Torrente próximamente.

Amén de los supuestos citados, resta por referenciar del mismo modo algunas experiencias piloto que se han llevado a cabo en el ámbito penitenciario, desde el año 2005. Se trata de experiencias de mediación entre los internos sometidos a procedimientos disciplinarios y supuestos de incompatibilidad; destacan en este sentido los llevados a cabo en los centros penitenciarios de Zaragoza, Madrid III, Nanclares de Oca, Málaga y Pamplona. En ellos se ha trabajado con protocolos y los resultados hasta la fecha alcanzados permiten sin duda afirmar que pueden ser de gran utilidad como instrumentos para la gestión de estos conflictos que tienen trascendencia disciplinaria. La Comunidad de

(10) En este caso se trata en realidad de mediación en fase de ejecución y fue la consecuencia del plan piloto desplegado en el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid desde el que se llevó la mediación en la fase de enjuiciamiento pero se designó el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid para la ejecución de sentencias penales firmes dictadas por el resto de los Juzgados de la capital. Los problemas se planteaban cuando se dictaba una sentencia condicionada a determinadas conductas que debía realizar el condenado en la fase de ejecución, siendo que las mismas no se cumplen, cambiando domicilio, ignorándose el paradero, etc. Ante esta situación SILVA FERNÁNDEZ, M.ª DE LA O, “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución”, en *Mediación civil y penal...* cit., pp. 222-223. Esta autora realiza tres reflexiones: a) las normas de conducta que se señalen deben obedecer a criterios de realismo (atendiendo a las circunstancias personales del penado), previsibilidad de cumplimiento efectivo, y de fácil realización tanto en lugar como en tiempo; b) las reparaciones se desarrollen y tengan lugar en la mayor parte antes de la celebración del juicio oral; y c) control y seguimiento y acompañamiento por los mediadores del efectivo cumplimiento de las mismas hasta que finalice la ejecución de la pena. Esta opinión no la compartimos en absoluto, pues escapa claramente de las funciones del mediador. Se refiere a estas experiencias de la Comunidad de Madrid también SÁNCHEZ ALVÁREZ, B., “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de mediación. La mediación penitenciaria”, en el libro colectivo *Mediación civil y penal...* cit., pp. 233-252.

Madrid ofrece interesantes resultados de estas experiencias que pueden destacarse⁽¹¹⁾.

VI. INTERESANTES EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

Aun cuando en la mayor parte de los sistemas jurídicos el procedimiento de mediación se produce en el ámbito de la justicia penal juvenil, poco a poco ha ido ganando terreno, siquiera por influencia de este ámbito de la justicia penal, en el seno de la delincuencia de adultos. Especialmente significativas han sido las experiencias vividas en el seno del mundo anglosajón, especialmente en EEUU, que ha venido a consagrar un modelo de justicia inicialmente alternativa y en la actualidad integrada en el mismo Poder Judicial y en el que se ubica la mediación como método de solución extrajudicial de los conflictos, a través de la denominada ADR (*Alternative Dispute Resolution*), extendiéndose paralelamente a Canadá y a Gran Bretaña y Gales. En los países de corte continental, aun cuando posteriormente, han venido acogiendo este modelo de mediación de forma escalonada; destaca la actividad desplegada en Francia, Holanda, Bélgica, Alemania, Austria, Noruega, Portugal, etc., a las que indudablemente pueden unirse países como el nuestro, en el que el modelo de mediación penal de menores funciona sin lugar a dudas, empero no ha culminado con la implantación legal del mismo o de un sistema similar en el ámbito de la justicia penal para adultos.

Probablemente la experiencia de décadas de funcionamiento de este procedimiento de mediación en los países del modelo *common law* han permitido que su extensión con el paso de los años tanto objetiva como subjetivamente haya sido significativa y que las restricciones que en materia de delitos o de sujetos que pueden someterse a este modelo de mediación, que se dan en países de corte continental, no encuentren las cortapisas meritadas en modelos como el canadiense o el norteamericano.

Precisamente por tratarse de un modelo jurídico semejante al nuestro, puede ser de interés conocer la evolución que en el seno de la incorporación y desarrollo de la mediación penal se ha producido en la RF Alemana. Y a ella dedicamos las páginas siguientes.

Pese a las discusiones acerca de la bondad de la mediación penal en Alemania y su posible confrontación con el principio de legalidad, surgieron poco a

(11) Puede destacarse en este sentido el documento presentado por el Grupo de trabajo de Madrid para la elaboración de un texto sobre mediación penal y penitenciaria, elaborado por Ramón Sáez, Justino Zapatero, Isabel González Cano, Julián Ríos y Concepción Sáez, que ofreció interesantes aportaciones desde las que comenzar a elaborar un texto de incorporación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico.

poco diversos proyectos de conciliación autor-víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) a mediados de los ochenta⁽¹²⁾, aun cuando inicialmente —como en todos los sistemas jurídicos— en menores, generándose un interesante debate doctrinal que propugnó numerosas cuestiones en torno a la consideración de la reparación entre las funciones del derecho penal llegando a declararse, como hizo ROXIN, que se trataba de la tercera vía o *dritte spur* entre la pena y la medida de seguridad⁽¹³⁾, y ello pese a los detractores doctrinales, que también los hubo⁽¹⁴⁾. Estos debates científicos no han cesado y de ellos son muchos los resultados alcanzados, como sucedió por ejemplo con la aparición de un movimiento con raíces igualmente en el mundo anglosajón preocupado por la víctima y que dio lugar a la victimología.

De interés es citar igualmente la celebración en 1984 del *Deutscher Juristentag* en Hamburgo, donde surgió la necesidad de la mediación entre víctima-delincuente, y el proyecto alternativo sobre reparación penal en el año 1992 (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*)⁽¹⁵⁾ que impulsó la reforma penal y procesal penal para instaurar manifestaciones de justicia restaurativa. Se otorga a la reparación una función de reacción social ante la comisión de los delitos, convirtiéndola en tercera vía dentro de las consecuencias jurídicas, centrada esencialmente en la protección a la víctima y en la restauración de la paz jurídica.

En 1994 se introdujeron las primeras manifestaciones en el artículo 46a StGB, y posteriormente en 1998 el ministro de Justicia federal designó una Comisión de expertos cuya tarea era revisar el sistema de sanciones penales y preparar un informe con un elenco de sanciones de contenido diverso que supusieran una mejora adicional de las existentes. En su informe final, que se publi-

(12) Los primeros proyectos comenzaron a surgir en los primeros años de la década de los ochenta, en 1985, y fueron 5 inicialmente, el de *Braunschweig-Niedersachsen*, el de *Handschlag* en la ciudad de Reutlingen; en 1986, los proyectos *Die Waage* de Colonia y *Gerichtshilfe* de Tübingen, y en 1987 el proyecto *Ausgleich-München/Landshut*.

(13) ROXIN, Claus, en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung*, 1987, p. 52. Como apunta ROXIN no es la reparación un fin de la pena, dado que el único que puede serlo es la prevención, sino que es una prestación de carácter autónomo que puede servir para alcanzar los fines penales tradicionales y que si lo consigue, sustituye a la pena o puede ser considerada para su atenuación.

(14) HIRSCH, Hans Joachim, “Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts” *ZStW* 102 (1990), pp. 541-542.

(15) Puede encontrarse la traducción del texto del Proyecto, realizada por Beatriz de la Gándara Vallejo, en *Proyecto alternativo sobre Reparación Penal (Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos)*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998.

có en 2000, se referían a la necesidad de impulsar el *Täter-Opfer-Ausgleich* y a la potenciación de los elementos restaurativos. Las modificaciones legales que se produjeron en estos años iban directamente orientadas ora a la protección de la víctima (como sucedió con la reforma del artículo 46 StGB) ora a la consecuencia de la lucha contra el crimen, fomentándose las funciones de prevención, general o especial (reforma de 1994 en relación con el artículo 46a StGB).

Resulta de interés determinar algunas de las notas que permiten caracterizar el modelo alemán de mediación, que son las que a continuación se establecen:

1. Aun cuando cabe la mediación con y sin institución, se ha apostado por la institucionalizada, que se denomina TOA. Se ha abogado por la profesionalización de los mediadores, que en unos casos intervienen con dedicación exclusiva y en otros parcial.

2. En la década de los 90 se ofreció el marco legal adecuado para su regulación, tanto procesal como penal. Con este marco legal se ofrece la posibilidad del TOA en cualesquiera que sea la fase procesal en la que se pretenda⁽¹⁶⁾. Se diferencia en Alemania entre la legislación común o básica y las legislaciones de los estados federales. De la legislación común podemos destacar:

a) Desde el punto de vista procesal, el Fiscal decide la conveniencia de remitir a mediación el asunto o mantener la acusación en el proceso. Ello no es óbice para que el tribunal pueda igualmente considerar conveniente la mediación siempre que no se haya procedido a formular aun la acusación, en la fase *pretrial* [artículo 153.a)1, 1 y 5 de la StPO y artículo 45.2 y 3 Código Penal de

(16) Para más detalles puede verse LÖSCHNIG-GSPANDL, M. y KILCHLING, M., "Victim/Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany - Stocktaking and Perspectives for Future Research", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, 5, pp. 58-78; HARTMANN, A., KILCHLING, M., "The Development of Victim/Offender Mediation in the German Juvenile Justice System from the Legal and Criminological Point of View", in Walgrave, L. (ed.), *Restorative Justice for Juveniles*, Leuven, Leuven University Press, 1998, pp. 261-282; BANNENBERG, B., "Victim-offender mediation in Germany", in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), *Victim-Offender Mediation in Europe - Making Restorative Justice Work*, Leuven, Leuven University Press, 2000, pp. 251-279; KILCHLING, M. y LÖSCHNIG-GSPANDL, M., "Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany", *International Review of Victimology*, 2000, 7, pp. 305-332; BANNENBERG, B., DELATTRE, R., "Germany", in Miers, D. and Willemssens, J. (eds.), *Mapping Restorative Justice*, Leuven, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, 2004, 67-75. Colofón de todos ellos es KILCHLING, M., "Restorative Justice Developments in Germany", en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., en prensa.

menores]. Inclusive cabría en la fase de juicio cuando el juez considera que la mediación puede permitir una justicia reparatoria que favorezca a los sujetos implicados y a la propia Justicia, suspendiendo el juicio. En 1999 se introdujo una disposición en el ordenamiento jurídico alemán en virtud de la cual debe en cualquier etapa de la fase de la investigación o del juicio ponerse en conocimiento de los querellantes y los sujetos que intervienen en el proceso de las posibilidades de remitir al sistema de TOA para conseguir las finalidades propias de la justicia restaurativa (en tal sentido, el artículo 155a de la StPO). Se ha venido convirtiendo en la norma procesal básica que ofrece a los sujetos la posibilidad de remitir la causa penal a la mediación. La regulación en Alemania viene a consagrar la máxima de que la reparación permite eliminar el interés público en la persecución del hecho y en la ulterior previsible condena penal. Esa reparación puede asimismo obtenerse por decisión de las partes, que llegan a acuerdo mediante una mediación no oficial. Cuestión diversa es la referida a las consecuencias procesales, dado que será el fiscal o el juez el que decida, en su caso, si se debe archivar el proceso o continuar con el mismo⁽¹⁷⁾.

b) Por su parte, en el ámbito penal destaca el artículo 46.2 de la StGB, modificado por la ley de protección a las víctimas de 1986. Y posteriormente, en 1994, con motivo de la regulación alemana de lucha contra la delincuencia grave, la remuneración a la víctima podía servir como atenuante de la pena, si se cumpliera con determinadas condiciones legalmente establecidas (artículo 46a StGB). Se distingue entre remuneración o reparación a las víctimas, reparación parcial o inclusive tentativa de reparación (reparación simbólica). Se acogen cualesquiera que sea como contenido de la sentencia; y de no cumplirse, cabría revocarla, dada su naturaleza condicional. Producido el efectivo cumplimiento pueden cancelarse los antecedentes penales del condenado.

Es posible, asimismo, que la reparación a la víctima sea contenido posible que favorezca, una vez condenado el sujeto, la libertad condicional. Se tratará en estos casos de los supuestos en que el TOA puede jugar inevitablemente un papel importante en el seno de la ejecución penal de la sentencia. A esta posibilidad se refieren los artículos 56 y 57 del StGB.

Por su parte, y en relación con la legislación complementaria merece destacarse que en los dieciséis estados federales, que tienen capacidad exclusiva sobre organización y administración de la justicia, se han venido conformando reglas generales y principios que traten de consolidar la exigencia de uniformidad en su aplicación. Pese a todo, el tratamiento recibido en todo el país es

(17) BANNENBERG, Britta, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis. Eine empirisch-kriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsprojekte in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1993, pp. 23-24.

realmente dispar. Excepto en Baviera⁽¹⁸⁾, todos los estados federales introdujeron normas o pautas específicas sobre el TOA; en algunos de ellos versan sobre derecho penal juvenil, mientras que en otros se regulan con carácter general.

En cualquier caso pueden destacarse tres grandes temas que han querido expresamente referenciarse: por un lado, la necesidad de la voluntariedad en el sometimiento al modelo; en segundo lugar, los deberes específicos de cada uno de los sujetos que intervienen, haciendo referencia en algunos estados al papel de la policía o incluso de los padres en el mismo; y en tercer lugar, se hace especial hincapié en los delitos que pueden plantearse a través de la mediación.

Estas reglas son de interés especialmente para los fiscales, que son los directores de la posible justicia restaurativa, dado que los jueces se rigen sólo —o mejor, se someten— a las normas generales antes expuestas, sin que le sea dada por los estados federales la manera de interpretar aquéllas. Ello no es óbice a la posibilidad que se ofrece con las mismas de atribuir unas reglas de interpretación, pero —insistimos— carecen de fuerza vinculante alguna.

3. En relación con el ámbito de aplicación (esto es, qué hechos pueden llevarse a TOA y cuáles serían las condiciones para que los mismos pudieran ser objeto de sometimiento), se asume que cualquier delito podría ser objeto de TOA, cualesquiera sean, siempre que lleven una pena mínima de un año de prisión. Ese principio general se matiza por decisión judicial, cuando considere conveniente la aplicación de la función preventiva frente a la restaurativa. Los motivos pueden verse en la mayoría de los estados, mediante listas positivas o negativas de los hechos que pueden llevarse a los TOA. Por poner ejemplos, algunos estados federales excluyen de la mediación los delitos sexuales y los casos de la violencia doméstica. En otros casos se hace referencia a que el empleo de la violencia en la comisión del hecho debería ser motivo de exclusión de la mediación, o incluso el riesgo de peligrosidad para la víctima. Uno de los grandes debates en torno a la determinación de los delitos que deben excluirse de la posible mediación son los de la violencia doméstica y más aún los de la violencia de género; la razón no es otra que para que se pueda efectivamente proceder a dar debido cumplimiento a los fines de la mediación es imprescindible que se respete el principio de igualdad y que los sujetos en la mediación actúen de manera libre y sin presiones psicológicas. En tal sentido existen numerosas situaciones en que la mujer violentada no va a decidir libremente sino “sometida” al sometedor, por lo que difícilmente puede alcanzarse

(18) REUBER, S. y RÖSSNER, D., “Sammlung der Länderrichtlinien zum Täter-Opfer-Ausgleich mit einer vergleichenden Analyse”, in *DBH-Materialien No. 49*, Köln, Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, 2003.

un acuerdo libre. Este debate es universal y no sólo se lleva a cabo en Alemania sino también en nuestro país⁽¹⁹⁾.

Asimismo puede considerarse, por otra parte, que no se exige que sean delincuentes primarios, sino que, aun con antecedentes penales, es posible remitir a mediación⁽²⁰⁾.

En relación con las víctimas existe permisibilidad sea persona física o jurídica, sea individual o colectiva, sea determinada o indeterminada.

Inclusive se viene empleando otro criterio que puede afectar a las consecuencias dañinas que haya sufrido, sean materiales o sean morales, que pueden favorecer o perturbar la viabilidad del acuerdo alcanzable entre las partes.

4. ¿Quién asume la iniciativa de ir a mediación? En la reforma de 1999 se introdujeron algunas interesantes modificaciones en materia procesal en relación con la misma organización y estructura de TOA. Básicamente, derivado del artículo 155a de la StPO debe afirmarse que las partes y el juez deben considerar en cualquier momento del procedimiento y del proceso las posibilidades de someter el asunto a mediación y alcanzar un acuerdo. De este modo, cuando así se considere, se remitirá a las dependencias del TOA, a salvo de que la víctima se oponga (artículo 153a.3 StPO). Si no existe oposición, la decisión de remisión se realizará de oficio, en atención a las circunstancias concurrentes y al supuesto de hecho planteado, amén de las características propias del sujeto presunto autor del hecho. Se otorga con ello un gran margen de discrecionalidad a la decisión judicial. La duda se halla en la posibilidad de que lo fuere la

(19) En cualquier caso, y en lo que a Alemania se refiere, puede verse de KILCHLING, M., "Restorative Justice Developments in Germany", en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., en prensa. Este autor explica cómo en Alemania existe consenso en asumir que no debe excluirse *a priori*, máxime cuando existen supuestos, fundamentalmente centrados en el tema de la violencia familiar o doméstica, en la que las relaciones que existen entre los sujetos son afectivas, de sentimiento, y van a perdurar, por lo que frente a una sanción impositiva, la solución consensuada que se alcance en mediación favorece la recomposición de las relaciones existentes y las que inevitablemente van a continuar en el futuro. Sobre esta cuestión específica puede verse también, BANNENBERG, B., RÖSSNER, D. 'New developments in restorative justice to handle family violence', in Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (eds.), *Restorative Justice in context. International practice and directions*, Cullompton, Willan, 2003, pp. 51-79.

(20) Así, a título de ejemplo, en el estado de Baden-Württemberg, a mediados de los años 90 sólo el 40% de los delincuentes que se sometieron a mediación eran primarios. Puede verse, al respecto, KILCHLING, M., "Restorative Justice Developments in Germany", en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., en prensa.

policía; sin embargo, la policía alemana no tiene esta posibilidad al no existir norma habilitante.

Surge la cuestión de si las partes pueden tener iniciativa para instarla. La respuesta que debe darse en el derecho alemán es positiva y ello por cuanto el legislador ha ofrecido fundamento a esta posibilidad de mediación por iniciativa particular.

5. En cuanto a la eficacia que produce lo alcanzado en mediación debemos tener en cuenta que el acuerdo puede llevar a dictar auto de sobreseimiento o bien llegar a convertirse en contenido de la sentencia que se dicte finalizando el proceso, si bien se trataría en realidad de una resolución condicionada, dado que su efectividad dependerá de que realmente se proceda a dar debido cumplimiento de las medidas reparatorias.

Desde el punto de vista penal, estas actividades pueden provocar la reducción o la eliminación de la pena si el delincuente intenta reparar o restaurar a la víctima (artículo 46a StGB). No se trata de una medida de *diversion* —cosa que sí sucede por ejemplo, en el ordenamiento austriaco— aplicada, dado que en este caso hay sentencia condenatoria, sino en una posible medida de reparación de las víctimas que responde a una manifestación de la justicia reparatoria. En el caso de la *diversion*, aun no existiendo condena real en la práctica, se mantienen los antecedentes penales, cosa que en mediación no sucede. Se produce inevitablemente una alteración de la aplicación de la norma penal común, en cuanto se produce una modificación de la consecuencia jurídica que en principio debería llevar aparejada la comisión del hecho. El comportamiento de reparar se valora desde un grado de menor culpabilidad del autor. Esta decisión es recurrible.

Por su parte, son muy pocos los supuestos en que los jueces han adoptado las denominadas sentencias condicionales con advertencia restaurativa a que se refiere el artículo 59 StGB. En estos casos las consecuencias jurídicas van más allá, por cuanto se llega a eliminar los antecedentes penales del delincuente, provocando con ello una función rehabilitadora innegable y ha provocado ciertas reticencias por parte de los penalistas, que ven en la aplicación de este precepto un exceso como respuesta penal.

Además de lo anterior, la posibilidad de la remuneración o la posible mediación que se impone en fase de ejecución, y como condición de la libertad condicional es bien vista en la doctrina. A pesar de ello no existen estadísticas judiciales disponibles que permitan determinar el grado de eficacia de las mismas y las bondades que ellas producen. En todo caso en Alemania se considera de manera restrictiva la posibilidad de la justicia restauradora *post-sententiam*, no regulándose con carácter general, como sucede en Austria, una norma que permita *a posteriori* una atenuación de la pena.

En el año 2006 se introdujo una reforma en el artículo 42.3 del Código Penal a través de la Ley de modernización del sistema de justicia de 22 de diciembre de 2006, por medio del cual se incorpora una cláusula que permite que los pagos por reparación a las víctimas, en aquellos supuestos en que los medios económicos del delincuente sean limitados, se consideren prioritariamente a la exigencia de cumplimiento ejecución de las multas. Cuando se hace referencia en este precepto a los pagos por reparación se entiende que también se incluye en los mismos a aquellos que se derivan de la conclusión de un acuerdo adoptado en el seno de una mediación o confrontación víctima-victimario, pero sin que ello se haya querido considerar por la doctrina como una posible regulación restaurativa de la justicia en sentido estricto.

6. En cuanto a los centros de mediación: si bien inicialmente eran privados, fueron poco a poco creciendo los de naturaleza pública o semipública. El personal que trabaja en los mismos puede serlo con dedicación parcial o exclusiva, no existiendo límites a este respecto. En la mayoría de ellos se funciona por financiación de los estados federales.

7. Datos estadísticos: número de asuntos, tipo de delitos y víctimas: El número de asuntos que fueron desde sus inicios, especialmente en la década de los años 80 hasta la actualidad ha ido creciendo. Así, de los 1.500 asuntos en la década de los 80 se pasó en los inicios de los 90, a unos 2.000, para pasar unos años después, en concreto en 1996, a 9.000 asuntos, a 10.000 en 1997, aproximándose a los 20.000 por año lo que en los últimos años se ha venido llevando a mediación⁽²¹⁾. De ellos existe una mayor proporción de asuntos en el derecho

(21) Puede verse sobre estos datos: KAISER, G., "Täter-Opfer-Ausgleich nach dem SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems", in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1994, 27, p. 315; BÖTTCHER, R., "Täter-Opfer-Ausgleich. Eine kritische Zwischenbilanz bisheriger Praxiserfahrungen und Forschungsergebnisse", in *Bewährungshilfe (BewHi)*, 1994, 41, 45-57; HARTMANN, A., "Forschungskonzept der Bundesweiten TOA-Statistik", in Hassemer, E., MARKS, E. and MEYER, K. (eds.) *Zehn Jahre Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung*, Bonn, Forum-Verlag, 1997, 413-477; HARTMANN, A., KILCHLING, M., "The Development of Victim/Offender Mediation in the German Juvenile Justice System from the Legal and Criminological Point of View", in WALGRAVE, L. (ed.), *Restorative Justice for Juveniles*, Leuven, Leuven University Press, 1998, 261-282; WANDREY, M., WEITERKAMP, E., "Die organisatorische Umsetzung des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland - eine vorläufige Einschätzung der Entwicklung im Zeitraum von 1989 bis 1995", in Bundesministerium der Justiz (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bonn, Forum-Verlag, 1998, 121-148; BANNENBERG, B., "Victim-offender mediation in Germany", in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), cit.; KERNER, H.-J., "Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich", in HAFT, F. y SCHLIEFFEN, K. (eds.), *Handbuch Mediation*, München, C.H. Beck, 2002,

penal de menores (aproximadamente dos tercios) frente a los asuntos en el modelo penal de adultos, que viene a ocupar un tercio de las mediaciones. Puede considerarse:

1. En cuanto al tipo de delitos, pueden llevarse todos, aun cuando puede destacarse que los delitos sin víctimas individualizadas, tales como hurto en tiendas o grandes almacenes, el reparto generalizado de drogas y las ofensas del tráfico sin las víctimas individuales fueron excluidos del procedimiento de la mediación desde el principio. Y merece asimismo mención que la mayoría de los delitos versaban sobre asaltos y actos con violencia personal. Es más, el daño a bienes es la categoría más frecuente (el 10%), seguida por el hurto y el fraude.

2. Por su parte, en relación con los sujetos-víctimas puede destacarse que el 95% son víctimas personas físicas y el 5% son víctimas-personas jurídicas. De las primeras, el 62% son hombres y el 38% son mujeres. Por su parte, el 80% de los delincuentes son hombres. Dos tercios de ambas víctimas y delincuentes son nacionales alemanes. En términos de daño causado, el 43% de las víctimas tenían lesiones corporales; pérdidas materiales, el 23%, y daños psicológicos, el 20%.

3. En relación con las clases de mediación: mientras que en menores se desarrollan un 75% cara a cara, en adultos el sistema de diálogo es lo normal, mediante entrevistas separadas. Así, el 55% fueron mediaciones directas y el resto se llevó a cabo separadamente. La mediación directa se ha empleado esencialmente en robo con fuerza (70%), en daños a bienes (64%), hurto y fraudes (58%) y en robos y extorsiones (44%).

4. Respecto de los acuerdos alcanzados: en el 80% de los casos se obtiene acuerdo total; en un 15%, sólo parcialmente, y en un 5%, ningún acuerdo.

5. Respecto a modalidades de acuerdos: en el 70% de los casos se consigue el reconocimiento del hecho y la solicitud de perdón; en un 25%, la restitución; en un 14%, la reparación por el daño físico; en un 5%, la realización de actividades comunes entre la víctima y el delincuente; en un 5% servicios personales a prestar a favor de la víctima, y en un 5%, obsequios y otros. El elemento económico no es lo más trascendental, de manera que se barajan cantidades realmente pequeñas en concepto de restitución y/o reparación (unos 500 euros). Y respecto al grado de cumplimiento de estos acuerdos existe un

1252-1274; RÖSSNER, D., “Ergebnisse und Defizite der aktuellen TOA-Begleitforschung —Rechtliche und empirische Aspekte”, in Gutsche, G. and RÖSSNER, D. (eds.), *Täter-Opfer-Ausgleich — Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis*, Mönchengladbach, Forum-Verlag, 2000b, 7-40. Todos ellos citados asimismo en KILCHLING, M., “Restorative Justice Developments in Germany”, en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., en prensa.

alto índice de cumplimiento de los delincuentes, de manera que menos del 4% no cumplieron, mientras que el resto cumplieron adecuadamente, siendo en unos casos cumplido en tiempo (el 82%), o, en otros casos, en diversas etapas más largas⁽²²⁾.

8. Interesa destacar cuáles son los factores positivos de la legislación alemana en el ámbito propio de la regulación de mediación penal, y en tal sentido debemos considerar:

PRIMERO, ámbito expansivo, en el que no se excluye supuesto *a priori*, ya desde los hechos o ya desde los sujetos. Los límites posibles son referidos a posibles consecuencias que se derivarían en casos de delitos con violencia (como sucedería, por ejemplo, en los delitos sexuales). En estos casos es la propia naturaleza de los hechos la que lleva a excluir la eficacia de la mediación.

SEGUNDO, existe casi una ilimitada posibilidad de mediar en cualquier momento preprocesal, procesal o *postsententiam*.

TERCERO, las posibilidades de la mediación penal en Alemania son factibles tanto para los delincuentes menores como para los adultos y no sólo está referida a aquellos casos en que se trata de menores que pueden someterse a un tratamiento de reeducación o de rehabilitación, sino que se extiende a cualesquiera fuere el sujeto presunto autor de los hechos.

CUARTO, el gran impacto práctico y político que un sistema como la mediación supone, ha supuesto y puede potencialmente suponer en el sistema penal. Las posibilidades de eficiencia del sistema, lejos de estar agotadas, son perfectamente expansivas y no han alcanzado aún las cotas que una institución pacificadora como la que se analiza puede llegar a obtener.

9. Por su parte, también es posible destacar ciertos factores negativos en la meritada regulación, tales como:

PRIMERO, no existe una regulación taxativa al estilo de la que se conoce en Austria sino más bien una norma marco reguladora de la mediación, tanto en la organización como en la estructura, y esto puede considerarse por algún sector como un elemento de inhibición de la misma.

SEGUNDO, si bien en sus orígenes se vinculó el TOA a las posibilidades de la *diversion*, en la actualidad se ha producido un alejamiento respecto de la misma. Esta decisión ha sido criticada al privar de garantías al instrumento, inclusive alejándole de los intereses en ciertos casos de la víctima o de los autores.

(22) Pueden encontrarse todos estos datos estadísticos en KILCHLING, M., “Restorative Justice Developments in Germany”, en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., en prensa.

10. Conclusiones: Pese a los esfuerzos de casi tres décadas, los resultados no son los que se desearían⁽²³⁾. Existe una indudable voluntad política de impulso, que ha llevado precisamente a que las autoridades ministeriales recojan la importancia de esta institución. Quizás falta la debida difusión entre los colectivos jurídicos, que lleve a una promoción de la institución, explicando que no sólo puede ser remitida de oficio, sino también a instancia de parte. Se han realizado esfuerzos realizados por el Ministerio de Justicia federal, al elaborar un manual para las víctimas, que ofrece información detallada sobre las ventajas de TOA⁽²⁴⁾. En determinados Estados federales, como Baden-Württemberg también han venido proporcionando información detallada en sus *web sites*. Por su parte, se han llevado a cabo esfuerzos por estimular y favorecer el empleo de la mediación por iniciativa privado, especialmente por *TOA-Servicebüro*, amén de la idea de configurar los denominados mecanismos de mediación móvil, o la creación de un teléfono directo del teléfono del servicio (como se hizo en 2005)⁽²⁵⁾. El camino, pese a todo, sigue y queda mucho por hacer y sobre todo la concienciación a los operadores jurídicos de la posibilidad de la mediación en la delincuencia con adultos y los posibles frutos que para la sociedad y para los sujetos en cuestión pueden ofrecerse.

VII. REGLAS DEL JUEGO PARA LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Aun cuando la incorporación de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico requiera de una normativa legal y reglamentaria adecuada que permita determinar cuándo, cómo y de qué manera va a poder acudirse a la mediación penal, y los efectos jurídicos que la misma pueda provocar como consecuencia de un acuerdo, es imprescindible que no se desatienda a la necesaria conexión que debe existir entre la conformación de la mediación y las instituciones que en nuestro ordenamiento jurídico pueden interconectarse con ella, inclusive sirviéndose de la mediación como cauce garantista de alcanzar soluciones que ya se hallan cubiertas legalmente en nuestro ordenamiento jurídico. A ellas haremos referencia.

(23) PELIKAN, C., TRENCZEK, T., “Victim offender mediation and restorative justice. The European landscape”, in Sullivan, D., Tift, L. (eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, London, Taylor and Francis, 2006, p. 67.

(24) Puede verse en www.bmj.de/files/-/331/Opferfibel.pdf.

(25) DELATTRE, G., y FAHL, E. “Erfolgreicher Start des bundesweiten TOA-Servicetelefons”, in *Infodienst. Rundbrief zum Täter-Opfer-Ausgleich*, Nr. 31, Köln, TOA-Servicebüro, 2007.

Igualmente se han de determinar las características de la mediación, el ámbito objetivo de actuación de la mediación (posible limitación o no de las infracciones que pueden plantearse en mediación), el elemento subjetivo esencial en el procedimiento, que es el mediador, y las fases del procedimiento de mediación —siempre en grandes trazos—.

1. Instituciones a las que vincular la mediación penal

La existencia de instituciones que en la actualidad se fundamentan y sirven a funciones de naturaleza reparatoria o en las que la reparación es un elemento esencial para alcanzar ciertos beneficios, lleva a considerar que el procedimiento de mediación puede servir a las mismas, amén de favorecer su desarrollo. No se trata sin más de hacer un elenco de instituciones de posible vinculación sino que en la regulación de todas ellas se efectúe la correspondiente referencia a esta estrecha conexión que puede darse con la mediación. En tal sentido, es posible citar como interconectables:

1. La posible situación de suspensión de la condena a que se refiere el artículo 80 del CP. Dado que la reparación puede considerarse como medio para hacer efectiva la responsabilidad civil exigida para su aplicación, quedaría complementada si se hubiere participado en un procedimiento de mediación, en cuanto concurriría la voluntad del infractor de rehabilitarse, de reparar y de evitar reincidencias, o lo que es mejor favorecer su rehabilitación a través de tratamientos de desintoxicación, de ayuda psicológica, etc. (artículo 81.3 del CP).

2. Puede asimismo vincularse a la sustitución de la pena de prisión a que se refiere el artículo 88 del CP, dado que precisamente reparar o el solo hecho de su intento es elemento indiscutible para obtener esta sustitución. La voluntad de intervenir en el procedimiento de mediación es un síntoma de esa *voluntas* de cumplir con la condición legalmente establecida.

3. Puede ser de interés en los supuestos de tramitación de un indulto, a que se refiere el artículo 4.4 del CP, por cuanto a través de la mediación podría favorecerse la voluntad de reinserción social del penado, otorgando de este modo motivo posible de concesión del indulto. Con ello se llegaría a suspender, en su caso, la ejecución de la pena en tanto en cuanto se está tramitando el citado indulto.

4. Permitiría favorecer el pase a régimen abierto del artículo 72.5 de la LOGP así como la posible concesión de la libertad condicional, y ello por cuanto la posible satisfacción de la responsabilidad civil así como la posible reparación o voluntad de realizarla influye en todos ellos, amén de la concesión, por ejemplo, de permisos, licencias, y en el mismo informe evolutivo que se realiza en relación con el tratamiento del sujeto. La mediación en esta fase debe considerarse como una voluntad de colaborar, una manifestación de buena con-

ducta que va a jugar como un dato esencial para conseguir la libertad condicional de manera anticipada, a que se refiere el artículo 91.2 del CP. Se trata de aquellos supuestos en que se ha querido participar en programas de reparación del daño.

5. Puede incorporarse, asimismo, a la posible supresión del periodo de seguridad que deberá decidir el Juez de Vigilancia Penitenciaria a que se refiere el artículo 36.2 del CP, en aquellos supuestos de personas condenadas a penas superiores a los cinco años: La participación en un procedimiento de mediación precisamente para llevar a cabo la reparación del daño a la víctima podría valorarse favorablemente en cuanto al tratamiento reeducador, lo que permitiría un informe positivo judicial de exclusión del período de seguridad.

6. Evidentemente todo ello sin olvidar que existe una intrínseca vinculación de la mediación con las posibles formas de abreviar el procedimiento penal en cuanto pueden llevar a un sobreseimiento sin apertura del juicio oral, o incluso a una sentencia de conformidad. En ambos casos es el acuerdo alcanzado en mediación el que otorga esa fuerza procesal posterior obtenida a través de la resolución judicial pertinente, ya fuere auto o sentencia.

2. Características de la mediación penal

Son interesantes las connotaciones que permiten caracterizar la mediación en el marco de los posibles cauces de tutela que permite el ordenamiento jurídico. Y, en tal sentido, puede concluirse que las características esenciales del modelo de mediación que se propone son las siguientes⁽²⁶⁾:

A) Libertad o de voluntad de las partes

La base sobre la que juega cualesquiera de las soluciones extrajudiciales de conflictos es la libertad, a saber, la necesidad de que quienes acudan a la mediación penal, sea la víctima o sea la persona infractora, lo hagan voluntariamente. Y en todo caso debe tratarse de un verdadero acto de libertad, lo que implica no coerción.

El ejercicio de este derecho se asienta en la necesidad de que ambas estén debidamente informadas acerca de lo que significa la mediación, las fases del procedimiento y las consecuencias que pueden derivarse de la misma. Es por ello que se viene exigiendo en los procedimientos de mediación la firma de un documento en el que consten la voluntad de sometimiento a este procedimiento por ambos y el conocimiento de lo que la mediación comporta.

⁽²⁶⁾ Muchas de estas características han quedado reflejadas en las conclusiones de RÍOS MARTÍN y OLAVARRÍA IGLESIA, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, cit., pp. 258-261.

Ello no implica, sin embargo, que el imputado acepte ir a mediación porque está reconociendo los hechos en esa primera toma de contacto. Antes al contrario, acudir a mediación no puede significar en sí mismo un reconocimiento de la culpabilidad o de la comisión de los hechos porque de lo contrario se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia. Es por ello por lo que debe asumirse con cautela la aceptación de someterse a mediación, que nunca puede valorarse como un reconocimiento de culpabilidad alguna.

B) Gratuidad

Se ha venido entendiendo, de manera muy acertada, que el procedimiento de mediación debe ser gratuito. La razón de este principio se basa en la necesidad de considerar que estamos ante un procedimiento de naturaleza pública en el que los gastos deben asumirse por la administración de justicia, como componente del sistema que es.

C) Confidencialidad

Este principio es la esencia de la mediación, de manera que no debe transmitirse al juez los diálogos, debates, afirmaciones o alegaciones que se hayan realizado por las partes, sino tan sólo conocerá del documento final, que es algo así como un acta en la que se suscriben los posibles acuerdos, o no, de las partes. Es por ello que tras la información correspondiente a las partes de lo que es la mediación, el mediador hará firmar un acta o documento de confidencialidad a las mismas. Con ello se mantiene una idea fundamental para que la mediación prospere y es precisamente que es posible que las partes puedan desistir de la misma para volver al proceso penal, no pudiendo tener valor inculpativo cuanto se hubiere expresado en la mediación, lógicamente a salvo de que ambas partes estuvieren de acuerdo en otorgarle el valor probatorio a ciertas afirmaciones, expresiones o manifestaciones vertidas oralmente o por escrito por ellas. Lo contrario supondría un claro atentado al principio de presunción de inocencia, y provocaría un gran recelo sobre todo por parte del infractor de participar en este procedimiento.

Como consecuencia de lo expuesto, el mediador nunca podrá ser llamado al proceso ni como testigo ni como perito. Es por ello que, precisamente para garantizar este principio, se dice que el mediador no puede ser llamado al proceso como testigo o como informante porque implicaría un atentado a este principio de presunción de inocencia.

D) ¿Principio de oficialidad o principio dispositivo?

Es posible asumir que tan sólo le corresponde al juez o al fiscal, o incluso al equipo técnico, ofrecer la posibilidad de la mediación a las partes, si bien no

vemos dificultades en considerar que pueda ser decisión de las mismas el acudir a mediación. Quizás podría existir una situación intermedia en la que, aun siendo propuesta por las partes, deba ser de oficio la decisión final de remitir o no al procedimiento de mediación. En general podría pensarse en que lo común debiera ser que una vez se han incoado diligencias, se le informe por el mismo Juzgado en el que se le hayan abierto, de la posibilidad de realizar mediación, comunicándose e informando igualmente a la víctima, derivándoles, en su caso, a un Servicio de Mediación, quien tras informarles de lo que es la mediación y sus consecuencias, será el que se comunicará con el abogado del imputado para darle la información pertinente.

E) Necesidad de dualidad de posiciones y respeto a la igualdad y posible contradicción

Se hace necesario que el procedimiento de mediación se desarrolle entre dos sujetos que mantienen posiciones diversas y a los que se les debe dar oportunidad de ser oídos a lo largo del procedimiento. Las técnicas de la contradicción pueden ser diversas según el tipo de delito y las circunstancias concurrentes, de manera que es posible una contradicción simultánea, que consistiría en el diálogo simultáneo o confrontación cara a cara, o bien es posible el diálogo personal y separado; en ambos casos a las partes se les permite ser oídos y se les da las mismas posibilidades de intervención, ya fuere con confrontación simultánea o ya a través de entrevistas individuales.

La afirmación anterior no empece el hecho de que terceras personas puedan intervenir colaborando con cualesquiera de ellas, no siendo ni la víctima ni el victimario. Lo único que habrá que valorar, no que exigir, es que las posibilidades de intervención se den desde ambos lados, de manera simétrica, lo que no es óbice a que una de ellas no quiera que nadie, a excepción de sí misma, tenga intervención en el procedimiento de mediación. Esto tiene especial relevancia cuando se trata de la intervención posible de los letrados de los sujetos que acuden a mediación, y quizás más especialmente del letrado del posible victimario, dado que aun cuando se cuestiona su posible intervención en el procedimiento, es indudable que su presencia debería permitirse, máxime si se otorga fuerza jurídica procesal a lo acordado en mediación, pudiendo afectarle a su situación jurídica procesal.

F) Flexibilidad

Una de las bondades del modelo de mediación es precisamente su carácter poco formal y flexible, de manera que la regulación que se haga del procedimiento de mediación debe ser más amplia y a modo de sugerencias, aun cuando es indudable que pueden establecerse plazos, especialmente cuando se trate de garantizar la suspensión de la prescripción, el plazo de suspensión del proceso

para desarrollar un procedimiento de mediación o los plazos exigibles para emitir los informes de los mediadores.

Parece mucho más coherente con el significado pretendido a la mediación, que exista flexibilidad en el desarrollo de los diálogos comunes, de las entrevistas individuales y en suma del propio procedimiento de mediación, así como del tiempo empleado para alcanzar los fines esenciales de reparación. Este principio de flexibilidad debe afectar a las garantías esenciales que en la legislación procesal se otorgan a los sujetos del proceso, y especialmente al imputado, de manera que el respeto a los derechos esenciales de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia deben estar presentes también en la actividad desplegada en el seno de la mediación.

3. Ámbito objetivo de la mediación: posibles infracciones penales susceptibles de mediación

Una de las cuestiones que suscitan más debate en la conformación de la mediación es la de la fijación objetiva de su ámbito de actuación. Las experiencias vividas en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, amén de las que se han desplegado en otros sistemas de nuestro entorno, ofrecen interesantes reflexiones que permiten abordar situaciones especiales con soluciones quizás también adecuadas para resolver en cada caso concreto. En tal sentido:

1. La primera cuestión sería la de determinar si debe o no considerarse *a priori* excluible alguna infracción penal, y, en su caso, si sería o no conveniente configurar un elenco de conductas que pudieren o no ser objeto de mediación. En tal sentido, y a la vista de las experiencias conocidas parece más recomendable la no existencia de una lista cerrada sino que sea resuelto en cada caso concreto y atendidas las condiciones que se den. Parece más conveniente, por ello, que no exista una enumeración cerrada de supuestos en que pueda acudir a mediación.

2. Cabría, pese a la afirmación general, plantearse la posibilidad de restringir o limitar la mediación a los supuestos que no fueren especialmente graves. La gravedad podría jugar como elemento de exclusión, aun cuando no es así en algunos ordenamientos jurídicos y además hay quien defiende que si fuera así, se privaría en ciertos casos de la posibilidad de que la víctima y el acusado pudieran beneficiarse de los efectos positivos de la mediación.

Esto no niega la premisa inicial como punto de partida y ello por cuanto pudiera suceder que en determinados asuntos graves la víctima se halla en posición poco propicia al diálogo y, en consecuencia, no puede darse debido cumplimiento al principio de igualdad, lo que enervaría la posible virtualidad de la mediación, careciendo de sentido “someter” a la misma a quien no va a obtener sus efectos positivos.

3. En ciertos casos existe una situación apropiada para alcanzar con éxito los resultados de la mediación, tal como sucede, por ejemplo, con los delitos contra el patrimonio. Probablemente porque desde ellos tiene mucho sentido favorecer la reparación, propugnándose en este tipo de delitos la misma como positiva. Por su parte, y en lo que a faltas se refiere, existe una posición maximalista en la consideración de la mediación como instrumento a través del cual proceder a conocer de las mismas, lo que no es óbice a la posible exclusión de ciertas faltas en las que muy probablemente ora por hallarse en juego los intereses generales ora por afectar al orden público no se considera adecuada la mediación. Asimismo, puede pensarse en otro tipo de delitos en los que acudir a la mediación puede ofrecer una solución altamente positiva, como sucede, a título de ejemplo, con los delitos de lesiones; los delitos contra la libertad, como amenazas o coacciones; los delitos contra el honor, como las injurias y calumnias, y los delitos contra los derechos y deberes familiares, tales como el impago de pensiones, y asimismo cabría pensar en los delitos contra la salud pública, en cuanto cabría hacer referencia a las denominadas reparaciones de naturaleza simbólica o a la comunidad.

4. Junto a las anteriores modalidades delictivas que favorecen de manera apriorística la mediación, es posible considerar asimismo algunas modalidades delictivas que suscitan cuanto menos dudas acerca de su viabilidad. Pasamos a considerar algunos de estos supuestos:

a) Uno de los supuestos que ha planteado dudas en la doctrina ha sido el de los delitos de violencia de género⁽²⁷⁾. El legislador quiso excluir en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 la mediación en estos casos, aun cuando no está claro que se refiriese al ámbito civil sólo o también la exclusión se extendiese al ámbito penal. Evidentemente es indudable que existen numerosos supuestos en los que la aplicación de la premisa primera expuesta daría como consecuencia la negativa a considerar como viable la mediación en estos casos, y ello por cuanto los sujetos víctima y victimario se hallan en una posición de desigualdad, en la que la mujer se encuentra “sometida” a su victimario y ello impide el diálogo, el consenso y el acuerdo de ambos. Salvados estos supuestos, que son numerosos, pueden darse otros en que el perdón, la explicación de los hechos, el reconocimiento de la culpa, etc., pueden ser muy útiles para una posible relación que pudiera perdurar. Resulta curioso observar cómo en las experiencias que se conocen con mediación penal en adultos precisamente los conflictos que se suscitan en el ámbito de los conflictos familiares es en el que está resultando efectiva la mediación, muy probablemente porque en estos su-

(27) Un desarrollo interesante de esta materia puede verse en la obra de ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

puestos los sentimientos están muy presentes y la ayuda del psicólogo puede ser esencial para que las relaciones se modulen, puedan recomponerse o simplemente alterarse en cuanto a las perspectivas de futuro, de ahí que en los delitos de violencia familiar existan supuestos de mediación con éxito.

b) Supuestos de mediación con personas reincidentes, en los que existe una cierta reticencia en excluirlos, lo que *a priori* puede implicar un uso excesivo de las etiquetas, máxime si se piensa que aun cuando alguien pudo ser reincidente, las circunstancias personales, sociales, etc., que le rodearon pueden ser claramente diversas en los momentos en que se produce el hecho y la mediación puede jugar de manera esencial en la recomposición de las relaciones entre víctima-victimario y servir de canalización para una verdadera rehabilitación del sujeto. Repárese que el reincidente puede serlo por un delito o falta que nada tuvo que ver con la actuación anterior, y, por tanto, que los elementos que deben concurrir para poder trabajar con el mediador se den sin problema alguno. Entiendo que habrá que valorar desde quienes proponen acudir a mediación (por remisión del fiscal o del juez, por ejemplo) sea por los mismos mediadores, de manera concreta y caso por caso, si la mediación es o puede ser útil a los efectos pretendidos o si sería un mero obstáculo a salvar sin efectos positivos para los sujetos.

c) También se ha cuestionado la viabilidad de la mediación en los delitos de peligro. Quizás en estos casos el obstáculo mayor que se argumenta es la inexistencia de víctima singularizada, como sucede, a título de ejemplo, en los delitos contra la salud pública. No existe unanimidad acerca de la necesidad o no de que la víctima sea concreta dado que hay quienes defienden la existencia en estos supuestos de una denominada “víctima simbólica”, como podrían serlo en los asuntos de drogodependencias quienes se hallan sometidos a un proceso de desintoxicación de estas sustancias, en alguna asociación destinada a este efecto, aun cuando ello no es en todo caso tan sencillo, dado que habría que otorgar mediante una norma habilitante legitimidad a aquellas entidades ya fueren públicas o privadas a las que se permitiere acudir a mediación. En suma, se trata de aquellos supuestos en que puede hablarse de la víctima social y se da entrada en el procedimiento de mediación, como parte, a alguien que debe representar esos intereses sociales. Obviamente, y aun cuando nada es imposible, cierto es que se trata de determinados hechos que complican, cuanto menos, el desarrollo de la mediación y su efectividad, en su caso⁽²⁸⁾. Y puede comprenderse asimismo la posición contraria de cierto sector de la doctrina, que ve realmente difícil la situación.

⁽²⁸⁾ Interesantes son las conclusiones al curso sobre mediación civil y penal de RÍOS MARTÍN y OLAVARRÍA IGLESIA, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, cit., p. 265.

d) Mediación en supuestos con una pluralidad de sujetos, en los que por ejemplo, siendo varios los acusados, no todos quieren someterse al procedimiento de mediación. Repárese que el reconocer los hechos por alguno de ellos está afectando o puede afectar tanto a la presunción de inocencia de los demás como a su propio derecho de defensa. Éstos son obstáculos que deben valorarse a la hora de admitir y considerar para unos hechos la mediación sólo parcialmente subjetiva. Probablemente en muchos casos la misma no se haga recomendable. Parece que en estos casos y asumiéndose las posibles consecuencias de esta situación, no deberían jugar como prueba de cargo para los restantes coimputados y las soluciones de reparación no pueden hacerse extensivas a quienes no intervinieron. Realmente, desde el punto de vista jurídico, parece recomendable aplicar aquí las mismas soluciones que se dan al regular la posible conformidad y su eficacia procesal cuando son varios los sujetos acusados.

e) También se ha cuestionado la viabilidad de la mediación con víctimas menores de edad o incapaces, y se entiende que en estos supuestos la mediación podría desplegarse, pero necesitaría de la intervención de las personas que legalmente les representen, amén del Ministerio Fiscal. Ello dificulta en todo caso el dar debido cumplimiento a los objetivos de la mediación, por cuanto no es la persona en sí la que libremente está tomando parte para asumir las consecuencias que se deriven de la misma.

4. Elemento subjetivo: el mediador y sus características

Finalmente nos referiremos al tercero que debe dirigir la mediación: el mediador. Repárese que la persona que interviene y dirige este procedimiento es, a la postre, la que da nombre al procedimiento mismo.

En tal sentido, debe configurarse, por un lado, quién puede ser mediador en un proceso penal y, por otro, cuáles deberían ser las notas esenciales de su estatuto de mediador. La necesidad de garantías es nota esencial que ha preocupado tanto a los técnicos y expertos españoles que han venido experimentando en mediación como a los ordenamientos jurídicos en los que se desarrolla con eficacia este modelo de justicia restaurativa.

A) Mediador. Sujetos que pueden serlo

Ante la duda de quién puede ser realmente mediador parece conveniente efectuar algunas reflexiones. Y ello por cuanto no se trata de conseguir a personas que por su carácter sean buenos consensuadores, sino de quienes hayan alcanzado la suficiente capacitación técnica para poder desplegar todas sus capacidades o aptitudes personales.

En tal sentido, surgen ciertos interrogantes en relación con algunos operadores jurídicos. Así, por la función que desempeñan, los jueces deben cumplir su función, que es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de manera heterocompositiva, dejando a otros profesionales el ejercicio de la función autocompositiva fuera del propio ámbito judicial.

Las experiencias de menores no sirven a este respecto, en cuanto el equipo técnico en el ámbito de la responsabilidad penal del menor juega un papel esencial, en el sentido de que intervienen o pueden intervenir una pluralidad de personas, como juristas, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales... Y en este caso habrá que tener en cuenta que la configuración de un Servicio de Mediación puede ser esencial para su buen actuar, pudiendo estar financiado por Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Concejalías, etc. Ahora bien nada impide que se trate de mediadores individuales tan sólo, que podrían perfectamente asumir la función que se les atribuye en materia penal.

En cualquier caso es imprescindible la capacitación como mediador. Para ello, insistimos, debe efectuarse el correspondiente curso teórico-práctico, como lo han venido desplegando algunos modelos de nuestro entorno, en los que es necesario cursar entre 250 y 300 horas para obtener el título de mediador. Ello debería completarse —creemos— con la existencia de un registro de mediadores⁽²⁹⁾. El resultado no es otro sino profesionalizar esta función mediadora, que debe alcanzarse con una formación adecuada, que permita la adquisición de unas técnicas de comunicación y habilidades para el manejo de la gestión de conflictos, amén de una publicidad de los que las poseen a través del registro.

B) Facultades y obligaciones del mediador

En cuanto a las facultades y obligaciones del mediador, podemos tomar en consideración algunas de las propuestas del Grupo de Trabajo de Madrid para la elaboración de un texto sobre mediación penal y penitenciaria⁽³⁰⁾, entre las que se encuentran:

(29) En este sentido parece que deberían cooperar en dicho registro el Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas, exigiendo que se trate de registro obligatorio para poder actuar en sede de la Administración de Justicia. Se ha apuntado si sería posible Registros llevados a cabo por colegios profesionales, tales como Colegio de Abogados o de Psicólogos. Entiendo mucho más razonable el registro general que el de colectivos y viene a determinar las mismas exigencias para todos los registrados.

(30) Fue elaborado por Ramón Sáez, Justino Zapatero, Isabel González Cano, Julián Ríos y Concepción Sáez.

1. No iniciar la mediación cuando parece que no va a cumplir los fines propuestos y en general los beneficiosos para las partes.

2. Suspender, en su caso, el procedimiento de mediación cuando entienda que puede causar algún perjuicio a alguna de las partes que se hallan en conflicto.

3. Actuar en el desarrollo del procedimiento con la debida diligencia y respeto a los derechos de las partes y con flexibilidad para favorecer las bondades del modelo y los fines de la misma.

4. Contar con una copia de los autos del proceso, remitidos con anterioridad por la secretaría del Juzgado.

5. Mantener contacto con los sujetos de la mediación tantas veces como considere oportuno, manteniendo entrevistas individuales o colectivas.

6. Fijar las duraciones de cada una de las sesiones en el transcurso de la mediación.

7. Para el desempeño de estas facultades será necesario que se le otorgue un despacho, sala o espacio habilitado para llevar a cabo su función de mediador en el procedimiento correspondiente, con el fin de que los sujetos perciban esa estrecha vinculación con la Administración de Justicia.

Por su parte, estarán obligados a: guardar la debida confidencialidad, actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad⁽³¹⁾, iniciar el procedimiento tan sólo cuando se haya manifestado por las partes la voluntad libre de participar en él, desarrollar su actividad en el espacio otorgado y no recibir remuneración de ninguna de las partes, tiene el deber de promover el acuerdo entre ellas, poner fin al procedimiento de mediación en el plazo que se establezca en la norma correspondiente, presentando el informe con el acta de reparación, en su caso, o no, al Juzgado, y siempre cumpliendo con las reglas deontológicas profesionales que correspondan.

Como no podía ser de otra manera, la función de mediador es contraria a la del ejercicio simultáneo de asesoramiento jurídico como abogado de una de las partes.

(31) Los autores del documento consideran que para guardar estas cualidades la persona mediadora no podrá ejercer como tal *cuando tenga interés personal en el asunto; vínculos de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo con alguna de las partes; amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes; cuando haya conocido de ese conflicto como consecuencia del ejercicio de su profesión de origen, o los intereses que se manejan sean contrapuestos a otros en los que esté interviniendo o haya intervenido con anterioridad*. Estas causas sugeridas en el documento de trabajo pueden evitarse si las partes conocen de su existencia y a pesar de ello aceptan al mediador y lo hacen ambas de manera expresa.

5. Procedimiento de mediación: posibles fases

En diversas ocasiones hemos venido afirmando que no es posible desarrollar de manera taxativa un rígido procedimiento de mediación, porque se le estaría privando de la eficacia correspondiente. Resulta de interés observar las diversas fases que en las experiencias piloto se han ofrecido para poder configurar, si cabe, unas mínimas reglas procedimentales de la mediación. En la medida en que los sujetos que intervienen en la mediación, como mediadores, están capacitados para saber cómo desarrollar cada una de estas fases y en qué supuestos alguna de ellas puede significar la no continuidad o, por el contrario, la necesidad de prolongarla ante las buenas perspectivas de efectividad de este procedimiento de mediación, debe dejarse a la casuística la conformación definitiva del citado procedimiento.

En nuestro país se ha venido desarrollando la mediación sobre la base de unos protocolos de actuación articulados para ordenar el procedimiento de mediación en sus diversas fases. Es muy recomendable que estos protocolos, que son el paraguas jurídico que ha ofrecido viabilidad a la mediación, deje paso a una regulación uniforme y adecuada para todas las mediaciones, fuere donde fuere el lugar en el que se practicaren.

Las fases en las que se ha venido estructurando el procedimiento esencialmente han sido las que a continuación se exponen, y que pudieren considerarse a efectos de una futura regulación inmediata:

a) *Fase de aproximación o de contacto.* Se inicia la misma por decisión del juez o del fiscal y siempre que exista inclinación favorable a la misma por parte del acusado y del abogado.

En tal caso el equipo de mediación comienza a entrar en contacto con las partes, realizándose una sesión inicial en la que se suscribe un documento firmado por ambos en el que consienten de haber sido informados de lo que es y de lo que significa la mediación. Es importante este momento porque supone la consagración del principio de voluntariedad y libertad de sometimiento a este modelo de justicia.

El mediador podrá llevar a cabo entrevistas individuales, para valorar si existe un verdadero interés de las partes en alcanzar mediante el diálogo una solución a su conflicto. Son importantes estas entrevistas para cerciorarse de que la voluntad de sometimiento al procedimiento de mediación es voluntaria y libre y no obedece a cualesquiera razones de evitar consecuencias más gravosas sin más, sin que medie deseo alguno de alcanzar acuerdos reparatorios.

b) *Fase de encuentro o de acogida.* En esta segunda fase, producto del éxito de la anterior, se llevarán normalmente a cabo entrevistas conjuntas o cualesquiera otras que permitan, aun cuando se trate de actividades indirectas, favorecer el acuerdo.

En todo caso, la naturaleza de los hechos y las coordenadas en que los mismos se desplegaron deben jugar como condiciones de actuación de los mismos mediadores, quienes determinarán las pautas a seguir en estos casos. Ello no es óbice a que existan protocolos de actuación en atención a las diversas situaciones derivadas de una pluralidad de sujetos, o de delitos cometidos en la unidad familiar, o delitos cometidos contra el patrimonio, etc.

c) *Fase de acuerdo o negociación.* La tercera fase pretende suscribir un documento en la que se alcance el citado acuerdo, o lo que se ha denominado como el “Plan de Reparación”. Cuando no exista éxito en la culminación del acuerdo, el mediador informará de estas circunstancias al Juez o en su caso al Fiscal, respetando la confidencialidad de lo que se haya venido aportando en el procedimiento de mediación.

Evidentemente es la fase en la que el éxito de la mediación se deja sentir, en cuanto que si existe acuerdo, los objetivos pretendidos se han conseguido, mientras que, en los supuestos en que no se da acuerdo, la continuación del proceso penal se hace necesaria y los esfuerzos realizados en este procedimiento no han surtido los efectos pretendidos, beneficiosos para los sujetos en cuestión.

Es importante determinar cuál debe ser el contenido del posible acuerdo que se alcance, y ello por cuanto deberán concretarse los hechos que han sido objeto de aceptación por ambas, así como las circunstancias en que se dieron, lo que pasa ineludiblemente por el reconocimiento de los hechos realizado por el infractor. La consecuencia del acuerdo deberá quedar por escrito y consistirá en la reparación, que puede ser material, consistente tanto en la entrega de una cantidad de dinero como en un hacer algo, una reparación moral, consistente en la petición de perdón o simbólica, que puede incluso referirse a trabajos en beneficio de la comunidad. El acuerdo de mediación debe quedar firmado por las partes y surge la duda de si debería ratificarlo igualmente el abogado defensor, lo que vendrá, a la postre, determinado por el modelo procesal en el que lo ubiquemos y en el momento procesal en el que se dé. Si se trata de un supuesto de mediación remitido desde sede judicial, el imputado tiene ya letrado, quien de alguna manera deberá ser partícipe de la existencia del procedimiento de mediación; lo que no tengo tan claro es que la voluntad del abogado, plasmada en su firma, debe ser elemento de efectividad del mismo.

d) *Fase de ejecución.* Supone la realización de las fórmulas de reparación que se hubieren pactado por las partes, y en este sentido juega aquí tanto la reparación material como aquella que se denomina reparación simbólica, que debe, pese a su denominación, ser objeto de cumplimiento. A esta modalidad reparatoria se refieren igualmente la mayoría de los sistemas de derecho comparado.

Una de las cuestiones precisamente que se han venido suscitando al respecto es la del seguimiento de su cumplimiento efectivo, en cuanto a determinar

quién o quiénes deberían ser los que se interesaren por el mismo. Parece razonable que, en atención al modelo establecido, lo sea el Juez o el Fiscal. No comparto la opinión de que deba ser el mediador cuando de adultos se trate.

Este control es decisivo en cuanto a la suerte procesal del infractor, y ello por cuanto la reparación deberá llevarse a cabo antes de que se dicte la resolución final que ponga fin al proceso penal, lo que obliga a que la ejecución del acuerdo, siquiera parcialmente, debería haberse comenzado a realizar antes de que pueda desplegarse el juicio oral. La futura legislación deberá referirse a los supuestos en que el incumplimiento de la reparación se dé, ya sea total o parcial, dado que los efectos de dicho incumplimiento deben dejarse sentir en la ejecución de la sentencia, a través de la no concesión de beneficios, o revocando los concedidos, por ejemplo, o la imposibilidad de someterse a un tratamiento rehabilitador, etc. Es obvio que el incumplimiento total debe imposibilitar de eficacia a la mediación, lo que significa que debería producirse la continuación del proceso⁽³²⁾.

(32) En todo caso, repárese que la mediación penal en España parece estar pensada esencialmente para aquellos supuestos en que se produce la remisión a la misma por estar pendientes unas diligencias incoadas contra el infractor. Es por ello que se canalizará formalmente la mediación como un incidente en el mismo proceso, y si se alcanza el acuerdo deberá homologarse por el juez mediante auto, y si no se alcanza, deberá darse por finalizado el procedimiento de mediación por el juez mediante auto para proceder a continuar con la pieza principal.

LAS FALTAS CONTRA LOS INTERESES GENERALES EN EL CÓDIGO PENAL

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un acercamiento a las figuras penales contenidas en el Título III del Libro III del vigente Código Penal, referidas a las “Faltas contra los intereses generales”, que, pese a su frecuente aplicación por los Tribunales de Justicia, no gozan de una especial atención por parte de la doctrina penal. De ahí la necesidad de un estudio detallado de ellas.

De esta manera, se realiza una exégesis doctrinal de los artículos 629 a 632 del Código Penal, incluyendo las referencias a la llamada jurisprudencia menor dictada por las Audiencias Provinciales sobre los tipos penales en cuestión.

Palabras clave: *Faltas contra los intereses generales; expendición de moneda; abandono de jeringuillas e instrumentos peligrosos; abandono y maltrato de animales; ataques a la flora.*

ABSTRACT

The present work seeks to carry out an approach to the penal figures contained in the Title III of the Book III of the current Penal Code, referred to “Missdemeanours against the general interests” that, in spite of its frequent application by the Tribunals of Justice, don’t enjoy a special attention on the part of the penal doctrine. So the necessity of a detailed study of them.

This way, it is carried out a doctrinal exegesis of the articles 629 to 632 of the Penal Code, including the references to the so called minor jurisprudence pronounced by the Provincial Courts on the penal types in question.

Key words: *Misdemeanours against the general interests; currency expedition; abandonment of syringes and dangerous instruments; abandonment and cruelty to animals; attack to the flora.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA FALTA DE EXPENDICIÓN DE MONEDA Y OTROS EFECTOS FALSOS.

1. **Bien jurídico protegido.**
2. **Objetos materiales.**
3. **Conducta y elementos típicos.**
4. **Aspecto subjetivo.**
5. **Grados de ejecución.**

III. ABANDONO DE JERINGUILLAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS.

1. **Objeto material.**
2. **Conducta típica.**
3. **Aspecto subjetivo.**

IV. ABANDONO DE ANIMALES.

1. **El apartado 1 y los animales feroces o dañinos.**

- a) Conducta típica.
- b) El concepto de animales feroces o dañinos. Delimitación.
- c) Aspecto subjetivo.
- d) Penalidad.

2. **El apartado 2 y los animales domésticos.**

- a) Concepto de animal doméstico.
- b) Conducta de abandono.
- c) Penalidad.

V. ATAQUES A LA FLORA Y MALTRATO DE ANIMALES.

1. **El apartado primero.**

- a) Objeto material.
- b) Conducta típica.
- c) El resultado.

2. **El apartado 2 y el maltrato de animales.**

- a) Introducción.
- b) Bien jurídico protegido.
- c) Objeto material.
- d) Conducta típica. El maltrato.
- e) La crueldad y el ensañamiento.
- f) La experimentación.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en el contenido de los tipos, debe reseñarse que el Título III del Libro III del Código Penal español, referido a las “Faltas contra los intereses generales”, ha sido calificado en muchas ocasiones como un auténtico “cajón de sastre”, dada la heterogeneidad de las conductas aquí sancionadas. Además, no parece que, como debiera ser, la rúbrica del Título responda a la utilización de un criterio sistematizador en función del bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de los comportamientos contemplados en los arts. 629 a 632, pues, como advierte ROBLES, únicamente la falta de maltrato de animales del actual art. 632.2 parece responder realmente a la rúbrica de faltas contra los intereses generales.

En cuanto a su enjuiciamiento, debe tenerse en cuenta que el art. 14.1 de la LECrim establece que “conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido”. El procedimiento específico para el juicio sobre faltas se contempla en el Libro VI (arts. 962 a 977) de la LECrim, y en el que deben observarse los principios de oralidad y acusatorio.

La sentencia, en su caso, es apelable en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación, distinguiendo la LOPJ entre la dictada por los Jueces de Paz, en cuyo caso la apelación debe tramitarse ante el Juzgado de Instrucción —art. 87.1.e)—, y la dictada por el Juzgado de Instrucción, en que debe tramitarse ante la Audiencia Provincial —art. 82.2—. En esta segunda instancia, en la que rige la normativa del procedimiento abreviado (arts. 790 a 792 de la LECrim), también ha de observarse el principio acusatorio y, además, la regla de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Respecto del principio acusatorio, como se recuerda en la STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 4, dicho principio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, incluidas asimismo como derecho fundamental en el art. 24.2 de la CE (SSTC 54/1985, de 10 de abril, 84/1985, de 8 de julio, 104/1985, de 4 de octubre, 20/1987, de 19 de febrero, 53/1987, de 7 de mayo, 57/1987, de 18 de mayo, 17/1988, de 16 de febrero, 40/1988, de 10 de marzo, 168/1990, de 5 de noviembre, 47/1991, de 28 de febrero, 11/1992, de 27 de enero, 83/1992, de 28 de mayo, 273/1993, de 20 de septiembre, 290/1993, de 4 de octubre, 2/1994, de 17 de enero, 277/1994, de 17 de octubre, 95/1995, 47/1998, de 2 de marzo, 62/1998, de 17 de marzo). Este principio rige en todos los procesos penales (SSTC 11/1992, de 27 de enero, 83/1992, de 28 de mayo, y 277/1994, de 17 de octubre) y en cada una de las instancias de éstos (SSTC 83/1992, 277/1994), e implica, entre otros contenidos, que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” (SSTC 11/1992,

277/1994, 95/1995, 36/1996, de 11 de marzo, 230/1997 de 16 de diciembre, 181/1998, de 17 de septiembre).

De manera específica, ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 54/1985, de 18 de abril, y reiterado en otras resoluciones, como las SSTC 84/1985, de 8 de julio, FJ 3; 57/1987, de 18 de mayo, FJ 2; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 4, que el principio acusatorio debe regir también en los juicios de faltas.

En cuanto a la *reformatio in peius*, tiene declarado el Tribunal Constitucional que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 de la CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 5).

II. LA FALTA DE EXPENDICIÓN DE MONEDA Y OTROS EFECTOS FALSOS

El primero de los tipos se contiene en el artículo 629, cuyo texto es el siguiente:

“Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad”.

Al iniciar la exégesis del tipo debe señalarse que se ha dicho que con él se cierra el área de intervención penal relativa a las falsedades de moneda y de efectos timbrados, tipificando la expendición de poca cuantía (en cantidad que no exceda de 400 euros) de aquellos objetos o efectos por parte de quien,

habiéndolos recibido ignorando su falsedad, trata de resarcirse de su error trasladando el perjuicio a otro y manteniendo así en el mercado instrumentos esenciales del tráfico económico, que se confunden con los legítimos. Por lo tanto, es requisito imprescindible para la comisión de la falta, la expedición de la moneda, lo que significa que ha de gastarse, dársele salida o, en definitiva, ponerla en circulación.

El precepto fue modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, sustituyendo la inicial referencia a 50.000 pesetas por la de 400 euros; la del límite mínimo de la multa de 15 a 20 días, y la de la pena alternativa prevista inicialmente de arresto de fin de semana, suprimida del catálogo de penas del art. 33 del Código Penal, por la nueva de localización permanente.

Al respecto, se señalaba en su exposición de motivos, apartado II, c), “Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración —de tres meses en adelante en los delitos—, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta ley orgánica”.

A renglón seguido, se añadía: “d) La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente”.

En consecuencia, la nueva pena de localización permanente aparece configurada como pena leve [art. 33.4.g)], con el carácter de pena privativa de libertad (art. 35). A ella se dedica todo el contenido del art. 37 que, ahora, señala: “1. La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia. 2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada. 3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468”. Debe tenerse en cuenta que el RD 515/2005, de 6 de mayo, establece las circunstancias de ejecución de dicha pena en los arts. 12 a 15.

Por lo demás, el art. 629 del CP es el correlato del delito contemplado en el penúltimo párrafo del art. 386, cuando el valor aparente de la moneda no exceda de 400 euros, así como del contemplado en el párrafo segundo del art. 389.

1. Bien jurídico protegido

El precepto, con antecedente en el art. 573 del Código Penal anterior, se ubica, según el parecer más compartido en el siempre escaso interés que los tratadistas han dispensado a las faltas, entre aquellos que protegen la fe pública toda vez que su objeto recae en aquellos en los cuales descansa la general confianza de legitimidad, indispensable en el tráfico jurídico, por lo que éste sería el bien jurídico protegido (así ORTS). La fe pública, a juicio de MUÑOZ CONDE, no sería más que una consecuencia del poder estatal que la mantiene.

Podría decirse, como indicara MORILLAS respecto del delito del art. 386 del CP, que ese tráfico jurídico se completa o mejor se deriva con la tutela del sistema monetario o el mercado de pagos nacional e internacional.

2. Objetos materiales

Los objetos materiales de la acción descrita en el tipo son la moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos.

Respecto de la moneda y billetes, debe recordarse que el art. 387 establece un concepto normativo de moneda, válido a efectos penales (VILLACAMPA), señalando que “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”.

Siendo actualmente la moneda nacional el euro (*vid.* LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley 46/1998, sobre Introducción del Euro), la equiparación debe hacerse con las monedas del resto de países europeos fuera de la zona euro, como el Reino Unido, y los demás países del mundo que acuñen moneda nacional propia.

Al respecto la Instrucción 5/2001, de 13 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal, indicaba:

“pese a dejar de tener la peseta la consideración de moneda nacional y de gozar de la protección del sistema monetario a partir del 1 de enero de 2002, y sobre todo perder su capacidad liberatoria a partir del 1 de marzo de 2002, las monedas y billetes de pesetas siguen teniendo tal consideración durante todo el

período de canje al que se refiere el art. 24 de la LIE (es decir, hasta el 30 de junio de 2002) al efecto de poder ser objeto material de las conductas típicas relativas a la falsificación de moneda (art. 2.3 de la LO 10/1998). Por el contrario, a partir del 1 de julio de 2002, coincidiendo con el momento en que las monedas y billetes de peseta sólo pueden ser objeto de canje en el Banco de España (art. 25 de la LIE), su falsificación pasa a ser una conducta atípica, sin perjuicio de que pueda dar lugar a otros delitos de carácter patrimonial, como la estafa que tendría lugar en el caso de hacer un pago en pesetas falsas a un particular que las recibiese creyendo que iba a poder canjearlas por euros en el Banco de España, o en el supuesto de vender a un coleccionista billetes o monedas de pesetas antiguas que hubiesen sido falsificados”.

Por otra parte, en cuanto a los efectos timbrados, entendiéndolos por tales los destinados acreditar el pago de obligaciones fiscales (como se señalaba en el art. 13.1 del Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley de 14 de abril de 1955, del Timbre del Estado) y que sirven como medio de pago de ciertos servicios públicos (correos y telégrafos, por ejemplo), el art. 39.1 del RD 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, señala que “Tienen la condición de efectos timbrados:

- a) El papel timbrado común.
- b) El papel timbrado de pagos al Estado.
- c) Los documentos timbrados especiales.
- d) Los timbres móviles.
- e) Los aprobados por orden del Ministro de Economía y Hacienda”.

Los sellos de correos son, también, efectos timbrados, por lo que sobra iterar algo que ya está contenido en la comprensión más genérica de efectos timbrados (MORILLAS). El uso de sellos de correos caducados constituye una infracción administrativa (MUÑOZ CONDE), al igual que los usados y utilizados posteriormente (VILLACAMPA), señalando al respecto el art. 77 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que “A los envíos postales franqueados con sellos o signos falsos o caducados les será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior para el supuesto de insuficiencia de franqueo y, en su caso, lo previsto en el párrafo h) del artículo 41.2 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de las sanciones de otro orden que le puedan corresponder según la legislación vigente”.

En todo caso, como denunció CANCIO, llama la atención la asimetría de esta norma en relación con la del art. 386 respecto a su objeto material, que tiene el efecto de dejar al margen del art. 629 el llamado “dinero de plástico”,

esto es, las tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago (incluidas las de crédito y débito) y los cheques de viaje, equiparados a la moneda nacional en el art. 387, y que QUERALT califica de “seria dislexia tipificadora”. Recuérdese que el llamado “dinero de plástico” (tarjetas de crédito o de débito) está equiparado a la moneda por el artículo 387, por lo que la incorporación a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago de unos datos obtenidos fraudulentamente constituye un proceso de fabricación de moneda, que debe ser incardinado en el artículo 386 del CP. Tal criterio, establecido en el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (JUR 2002/192448), fue recogido por la STS de 8 de julio de 2002 (RJ 2002/8939).

Sin embargo, me parece plausible esta decisión del legislador al configurar la falta de este art. 629, no sé si pensada o no, pero que viene a poner de manifiesto que son económica y jurídicamente instrumentos diversos (QUERALT), resultando excesiva su identificación penológica en la figura de delito con la emitida por los bancos centrales de los Estados. Además, y salvo pacto previo, nadie está obligado a cobrar mediante tarjeta (ORTS) y lo mismo ocurre con la moneda extranjera que, aun cuando sea de curso legal, no tiene curso forzoso, que es una cualidad propia tan sólo del dinero en sentido estricto (ARÁNGUEZ).

3. Conducta y elementos típicos

Como ya he señalado, la conducta que aquí se contempla como única recoge las previstas en dos delitos distintos dentro de las falsedades (los arts. 386 y 389 del CP), el primero referido a la expendición y distribución de moneda falsa, y el segundo a la distribución y utilización de sellos de correos y efectos timbrados falsos. La diferencia estriba únicamente en el *quantum* del valor aparente, que aquí, como en todas las faltas que se castigan en nuestro Código Penal, se cifra actualmente en los 400 euros.

Es necesaria la concurrencia de una adquisición inicial por el sujeto activo de la moneda o efectos timbrados falsos en la creencia de no serlo (adquisición de buena fe), el conocimiento posterior o sobrevenido de su falsedad, la expedición o distribución de la moneda falsa tras conocer su falsedad y que dicha moneda o efectos no supere el valor de los 400 euros. De esta manera, la barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expendición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida [así, STS 88/1999, de 27 de enero (RJ 1999/827); SSAP de Burgos, 1.^a, de 20 de febrero de 2003, Teruel, 1.^a, 30/2007, de 8 de noviembre (JUR 2008/67118)].

Dos son, en suma, los momentos contemplados en la norma: aquel en que se recibe y aquel en que se transmite, con la capital diferencia de que en éste último el autor conoce que el título o efecto es falso (así la SAP de Barcelona 10.^a, 18 de febrero de 2002).

En todo caso, aunque puede parecer que la distribución es término equivalente a la expendición, disyuntivamente utilizado en el párrafo penúltimo del artículo 386, no son términos coincidentes, pues la distribución es un acto previo a la expendición (MORILLAS, ARÁNGUEZ). En este sentido, cabe decir que “expendir” es sinónimo de poner en circulación la moneda, y “distribuir”, la entrega de la moneda a persona cualquiera.

Debe entenderse que ese *quantum* del valor aparente, tanto de las monedas como de los efectos timbrados, ha de establecerse respecto de la expendición y no de la previa recepción (así parece entenderlo también ORTS y, más claramente, LASCURAIN).

4. Aspecto subjetivo

La estructura eminentemente dolosa de la conducta que, innecesariamente, *ex art.* 12 del CP, recalca la añeja dicción de “a sabiendas”, partiendo de la premisa de la tenencia de tales títulos o efectos falsos (posesión que obedece a recepción *bona fides*) requiere su puesta en circulación con conciencia de su falsedad.

Respecto a la expresión “a sabiendas de su falsedad”, la jurisprudencia señala que “El tipo penal que nos ocupa implica, aparte la expedición de billetes o monedas falsos, el conocimiento de la falsedad. Se trata de un elemento subjetivo del injusto, con el que ciertos aspectos del elemento intelectual del dolo se incorporan a la fórmula típica para configurarla y reforzar el reproche de la antijuricidad de la conducta: el que la adquisición de las monedas falsas se haga ‘sabiendo que lo eran’. Este elemento subjetivo, como todos los de tal naturaleza anímica es discutible en casación. Pero tal discusión ha de hacerse sobre bases convincentes y objetivas, obrantes en los autos y recogidos en el *factum*, y que racionalmente contradigan la inferencia que sobre tal elemento haya hecho la Sala *a quo* en su función juzgadora [Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5308)].

Bien entendido que la dinámica delictiva, que el grave atentado a la economía y estabilidad monetaria de un país, representa la falsificación y expedición de moneda falsa, alterando artificial y fraudulentamente la masa monetaria en circulación, hace que el legislador haya establecido una forma progresiva de sanción (la misma resolución citada del Tribunal Supremo)” [SAP de Jaén, 3.^a, 55/2003, de 23 de abril (JUR 2003/103425)].

Así pues, para la comisión de la falta penada en el artículo 629 del Código Penal se exige no sólo la expedición o entrega de un billete o moneda falsas previamente recibida con buena fe, sino que la posterior utilización o entrega lo sea de mala fe, o dolosa, es decir, con conocimiento de la falsedad de la moneda y con intención de introducirlo como medio solutorio a “sabiendas de la falsedad”. Por ello, se absuelve al sujeto al no constar “la falsedad de dichos billetes

en el momento del enjuiciamiento de los hechos, ni mucho menos, pese a la posterior constancia de ello, la existencia del elemento doloso e intencional, exigible y necesario para la configuración del tipo delictivo, atendido el citado informe del Banco de España, en que se hace constar la buena simulación y la fácil confundibilidad con uno legítimo” [SAP de Alicante, 1.^a, 136/2006, de 1 de marzo (JUR 2006/247869)]; también se absuelve al razonarse que “del hecho de haber entregado I. días antes, y en el mismo establecimiento, un billete de 200 euros con síntomas de falsedad, no permite inferir que conocía, siquiera sea a título de dolo eventual, que el que entregaba el día 15-15-2007 era falso, cuando no consta que recibiese los billetes de una misma persona o que el primer día fuese advertido de la falsedad, que además no se tiene por acreditada, revelando el informe pericial la peligrosidad de la falsedad al requerirse para su apreciación un examen detenido y medios auxiliares, por lo que no cabe siquiera afirmar que necesariamente Isidro debió advertir la naturaleza fraudulenta del billete que entregaba” [SAP de Madrid, 3.^a, 104/2008, de 8 de abril (JUR 2008/150411)]. Por el contrario, se condena, por “estimar rigurosa la inferencia sobre la conciencia y conocimiento del denunciado entregando como pago un billete de cien euros falso, por la consumición de una cerveza, y su negativa a entregar cualquier otra cantidad para saldar la deuda” [SAP de Madrid, 2.^a, 251/2006, de 28 de septiembre (JUR 2006/268571)].

5. Grados de ejecución

Dado que, a tenor de lo dispuesto en el art. 15.2 del CP, esta clase de faltas “sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas”, ha sido muy discutida por la jurisprudencia menor la cuestión de la consumación de esta falta y su deslinde con las formas imperfectas de ejecución y el llamado agotamiento.

Así, por ejemplo, puede leerse: “En el *iter criminis* se debe distinguir, aparte las formas imperfectas de ejecución (tentativa acabada e inacabada), entre la consumación y agotamiento del delito, esto es, dicho de otra manera, no se precisa para entender una infracción consumada que el agente consiga su propósito, y así, si el delito consumado supone de ordinario la total coincidencia entre los hechos y el tipo delictivo, que se realiza tanto desde el punto de vista de la acción como del resultado, hay casos, en las infracciones de consumación anticipada, como la que ahora nos ocupa, en las que basta emprender una conducta con un indeterminado fin antijurídico, aunque éste no se alcance, y así en el supuesto enjuiciado el acusado, que no dio explicación satisfactoria de hasta 4 billetes de 10.000 ptas. falsos, intentó conseguir una transacción comercial entregando uno de ellos, con lo que la cuestionada falta se consumó” (SAP de Sevilla, 1.^a, de 2 de junio de 2000), o que “La infracción contra los intereses generales se consume por el hecho de expender o entregar el billete falso sin precisar de ningún ulterior resultado para su consumación, pues la consecución del fraude y perjuicio patrimonial para el receptor del billete no

pertenece a la fase de perfección de la infracción ya consumada con abstracción del éxito o fracaso de la entrega” (SAP de León, 3.^a, de 15 de octubre de 2002).

No obstante, otra dirección jurisprudencial, que considero más respetuosa con la naturaleza de la falta, ha considerado que caben supuestos de tentativa y, así, se señala:

“(…) como declaró la STS de 30 de junio de 1993, ‘el acto de expender hace referencia a una actividad instantánea de entregar, gastar o ‘dar salida’ a la moneda o billetes falsos, por lo que el tipo queda consumado en el mismo momento en que la moneda pasa de las manos del expendedor a las del receptor (Sentencia de 17 de abril de 1909). Podrá haber tentativa cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, como puede ser una intervención policial (Sentencias de 19 de enero de 1910 y 7 de abril de 1984). Y frustración en el caso en que en el mismo momento de la entrega la moneda es rechazada por la persona a quien se ofrece, por lo que jurídicamente no se produce tal entrega (Sentencias de 26 de enero de 1906 y 27 de noviembre de 1907)’. Las formas imperfectas referidas, tentativa y frustración, han quedado con el Código Penal de 1995 incluidas en un único concepto de tentativa, definitivo en el art. 16 como la acción de dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, que no se produce por causas independientes a la voluntad del autor (pues en otro caso, hablaríamos de desistimiento). A la luz de la referida jurisprudencia (de la que se hacen eco algunas sentencias de otras Audiencias, como la de Ciudad Real, sec. 1.^a, sent. de 9 de noviembre de 1999) y de la definición legal de la tentativa, puede concluirse que en el caso enjuiciado estamos ante dicha forma imperfecta, ya que, según el relato de hechos probados, el billete de 50 euros no pasó a poder y posesión de la vendedora, quien dándose cuenta de la maniobra fraudulenta se negó a cogerlo, exigiendo otro que momentos antes había entregado a la denunciada. Consecuentemente, no llegó a dar salida a la moneda falsa, ni a ponerla en circulación (el art. 386 también habla de distribuir), ni por ello se produjo el resultado de inseguridad para el tráfico requerido por la falta imputada, pues si la ley hubiera querido configurar la infracción penal anticipando la consumación, como un tipo de resultado cortado, a semejanza de la tenencia castigada en el art. 386 del Código, lo habría previsto expresa y taxativamente, sin que quepan interpretaciones extensivas del tipo penal aplicado” (SAP de Tarragona, 2.^a, de 7 de enero de 2003).

Como se sabe, las formas imperfectas de ejecución, tentativa y frustración quedan en el Código Penal de 1995 incluidas en un único concepto de tentativa, definido en el artículo 16 como la acción de dar “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”. Ahora bien, la STS 1154/2002, de 17 de junio, respecto a la falta prevenida en el artículo 629 del Código Penal expresa que: “figurando en el Capítulo Tercero del Libro II, y hallándose la ejecución del ilícito penal en grado de tentativa (...) resulta de aplicación el art. 15.2 del Código Penal, que únicamente permite castigar faltas

en grado de tentativa, cuando son de las comprendidas en sus Caps. I y II del Libro II (contra las personas y el patrimonio). La que nos atañe queda englobada dentro de la rúbrica de las que afectan a ‘los intereses generales’ (Cap. III). La conducta sería impune”.

Siguiendo esta doctrina, la SAP de La Rioja, 1.^a, 53/2006, de 6 de junio (JUR 2006/210338), señala:

“en el caso enjuiciado el ilícito se intentó pero no se consumó, ya que el resultado no se produjo al percatarse el denunciante de la falsedad inmediatamente de serle entregado el billete por el denunciado, advirtiéndole aquél a éste de que no lo aceptaba y de haber avisado a la Guardia Civil, huyendo entonces el denunciado. Por tanto, no llegó el denunciado a poner en circulación el billete que abandonó huyendo del lugar, y fue entregado por el denunciante a la Guardia civil (folio 10), no procediéndose, en suma, el resultado de inseguridad para el tráfico requerido por la falta imputada, debiendo resaltarse que el artículo 629 del Código Penal, sanciona la expedición y no la mera tenencia, que sí se castiga en el tipo del delito del artículo 386 del Código Penal, sin que quepan interpretaciones extensivas del precepto que prevé el tipo por el que venía siendo acusado específicamente el denunciado por el Ministerio Fiscal, como consta en el acta del juicio, y, aunque pudiera estimarse el hecho como constitutivo de una tentativa de estafa, no se formuló tal acusación en el momento procesal oportuno.

Es por ello que el recurso ha de ser estimado, en tanto el billete fue rechazado por el denunciante en el mismo momento de su entrega, y entregado a la Guardia Civil, no consiguiendo el denunciado, por la inmediata reacción del denunciante, poner en circulación el billete falso que entregó materialmente a éste, que lo rechazó en el acto, no llegando a producirse, por tanto, jurídicamente la entrega, quedando en grado de tentativa la infracción, resultando impune la conducta, por lo que se impone la absolución del denunciado”.

III. ABANDONO DE JERINGUILLAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS

Esta figura delictiva se contiene en el artículo 630, cuyo tenor literal es como sigue:

“Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de localización permanente de seis a 10 días o multa de uno a dos meses”.

El precepto, que novedosamente se contempla ahora en el Código Penal de 1995, fue modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el único sentido de sustituir la pena alternativa prevista inicialmente de arresto de fin de semana, suprimida del catálogo de penas del art. 33 del Código Penal, por la

nueva de localización permanente. Sobre ello, *vid. supra* lo ya reseñado al respecto en el art. 629.

Ante todo, y a los efectos de evitar supuestos de *ne bis in idem*, debe recordarse que la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, contempla en el art. 25.1 como infracción grave a la seguridad ciudadana el abandono en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos de los “útiles o instrumentos utilizados” para el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La sanción establecida es de multa de cincuenta mil una pesetas a cinco millones de pesetas, esto es, de 300,52 a 30.050,61 euros, de acuerdo con la “redenominación en euros” aprobada por la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Administraciones Públicas de 22 de octubre de 2001.

Nos encontramos, entonces, ante la infracción de normas de policía y, como tal, se trata de una infracción más propia del Derecho administrativo sancionador (COBO/QUINTANAR), siendo impropio que figure en un texto penal (QUERALT).

En todo caso, es evidente que la *ratio legis* del precepto debe encontrarse en la preocupación porque ciertos objetos, especialmente las jeringuillas usadas por toxicómanos, sean abandonados en lugares públicos de recreo y en los que los menores suelen realizar sus juegos. Se configura, entonces, como una infracción de riesgo por los daños que pudiera acarrear para la salud e integridad física de las personas el posible contagio de enfermedades como hepatitis o SIDA.

1. Objeto material

La redacción del precepto no es, precisamente, la mejor. Así, se menciona específicamente a las jeringuillas y, a renglón seguido, a otros instrumentos peligrosos, cuando es evidente que las jeringuillas ya pueden considerarse así.

A mi juicio, el hecho de que el legislador nomine expresamente a las jeringuillas se debe a que, en todo caso, constituyen *per se* un instrumento peligroso. De todas formas, la expresión genérica “otros instrumentos peligrosos” debe ser valorada en cada caso por el juzgador. En este sentido se han planteado casos curiosos, como el vertido de excrementos en camino situado en parte trasera de una vivienda [así, el contemplado por la SAP de Pontevedra, 1.^a, 219/1998, de 30 de noviembre (ARP 1998/5027)], o el arrojado de pencas u hojas de chumbera, aunque tengan espinas [contemplado por la SAP de Granada, 1.^a, 662/2002, de 31 de octubre (JUR 2003/42253)]. En ambos supuestos, los Tribunales entendieron que los excrementos o escombros o las hojas de chumbera no son susceptibles de ser considerados “instrumentos”, pues, no sólo en un sentido figurado o vulgar no tienen tal denominación, sino que tampoco ninguna de las aceptaciones que el diccionario de la RAE da al término permite tal identifi-

cación (conjunto de piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios, ingenio o máquina, aquellos de que nos servimos para hacer una cosa).

Recuérdese que, a efectos de la calificación del robo con armas u otros medios igualmente peligrosos del art. 242.2 del Código Penal, el Tribunal Supremo, desde antiguo, viene calificando a las jeringuillas hipodérmicas (artefacto compuesto por un tubo, en cuyo interior juega un émbolo para expeler la sustancia que contenga, y el cual termina por su parte anterior en un cañoncito delgado en el que se enchufa una aguja, que es una barrita hueca de metal de punta aguda cortada en bisel, por la que se inyectan sustancias medicamentosas en el interior de tejidos y órganos), de armas a efectos penales, o al menos de objetos peligrosos, conforme a las SSTS de 18 de febrero de 1992 (RJ 1992/1255), o de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992/4260).

Este Tribunal, de acuerdo con una constante jurisprudencia, tiene establecido: “Ya se ha pronunciado esta Sala sobre la necesidad de que la jeringuilla que con efectos intimidantes se esgrimía para robar ha de constar que tenía a su extremo colocada la aguja para poderla considerar instrumento peligroso [sentencias de 19 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8715), 3 (RJ 1998, 418) y 10 de febrero (RJ 1998, 951), 21 de abril (RJ 1998, 3786) y 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10073)], ya que la calificación de peligroso de un instrumento está en función de su capacidad de potenciar o aumentar la capacidad agresiva del agente y de creación de un mayor riesgo para el atacado” [STS 793/2000, de 10 de mayo (RJ 2000, 3454)].

Dada la amplia redacción del precepto, pueden adquirir la condición de objetos peligrosos que, además, pudieran causar daño a las personas, las botellas rotas, latas oxidadas, objetos punzantes o cortantes, clavos, cristales, etc. (ARMENTEROS). En todo caso, es claro que no cabe interpretación extensiva alguna del precepto, ni jurídicamente sería permisible ni gramaticalmente posible, al margen de otro tipo de responsabilidad, pero distinta a la penal.

2. Conducta típica

La conducta castigada consiste, alternativamente, en el abandono de tales objetos materiales dichos, siempre que se realice de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores.

Aun cuando una primera lectura del precepto puede llevarnos a la conclusión de que el abandono de las jeringuillas es punible en todo caso, creo más bien que una interpretación teleológica nos lleva a entender que tal conducta debe realizarse de la manera o en los lugares que menciona el precepto. En otro caso, podría darse la paradoja de tener que castigar, por ejemplo, el abandono de una jeringuilla perfectamente envasada y con el envoltorio cerrado. Se impone, pues, una interpretación restrictiva del precepto.

Si, como parece, estamos ante una figura de peligro en el que el elemento esencial está en el potencial lesivo de los objetos abandonados (CANCIO), ha de requerirse una cierta idoneidad del objeto para causar daño a las personas o contagiar enfermedades.

La conducta típica del abandono puede revestir dos modalidades: de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores. Respecto de la primera, y de aceptarse la restricción que acabo de señalar sobre las jeringuillas, únicamente en los supuestos en que el abandono de tales objetos o instrumentos suponga ese daño potencial respecto a las personas cabe hablar de la infracción penal; obsérvese que el tipo incorpora la locución verbal “pudieran”.

En cuanto a la segunda modalidad, esto es, el abandono en lugares frecuentados por menores, como pueden ser los parques infantiles o los patios de recreo de guarderías, parece que tal comportamiento se reputa más peligroso que el anterior, dada la especial vulnerabilidad de aquéllos, por lo que debe calificarse la infracción como de peligro abstracto, bastando el abandono en tales lugares (ver ROBLES).

A esta misma conclusión debe llegarse, de entender, como parece desprenderse de la dicción literal del precepto, que el simple abandono de las jeringuillas supone en todo caso la realización del tipo objetivo, que antes hemos negado. No es, desde luego, ésta la opinión mayoritaria de la doctrina, que entiende que el peligro se presume *iuris et de iure* en el supuesto de que el objeto abandonado sea una jeringuilla (en este sentido, VALLDECABRES, ROBLES, GARCÍA ALBERO, MAGALDI).

Los eventuales resultados dañosos para las personas, evidentemente, no quedan absorbidos por la infracción, debiendo castigarse según las reglas del concurso de delitos contempladas en el art. 77 del Código Penal.

3. Aspecto subjetivo

Señala la jurisprudencia menor que “El elemento subjetivo de la citada infracción penal lo constituye la concurrencia en el sujeto activo de un dolo de riesgo o peligro, es decir, que aquél realice los elementos objetivos del tipo previendo y aceptando plenamente que con su conducta causa un riesgo para la integridad de las personas o para su salud, no siendo necesario que se produzca un daño concreto y efectivo sino que basta con la existencia de un riesgo, dado que nos encontramos en un caso de peligro abstracto” [SAP de Ciudad Real, 2.^a, 6/1998, de 5 de febrero (ARP 1998/752)].

No cabe excluir supuestos de error de prohibición, a resolver conforme a lo dispuesto en el art. 14.3 del CP.

Finalmente, y en lo que respecta a su enjuiciamiento, debe recordarse que, como ya señalamos anteriormente, y a tenor de lo dispuesto en el art. 14.1 de la

LECrím, será el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido quien conocerá de los juicios por faltas tipificadas en este artículo 630 del Código Penal.

IV. ABANDONO DE ANIMALES

El artículo 631, dividido en dos apartados, contempla dos situaciones distintas, como cabe deducir a simple vista de la lectura de éste:

“1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de 20 a 30 días.

2. Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de 10 a 30 días”.

1. El apartado 1 y los animales feroces o dañinos

El actual artículo 631 consta, pues, de dos apartados, el segundo de ellos añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cuya exposición de motivos [apartado III.h), *in fine*] se señala lacónicamente que “se introduce como falta el abandono de animales”.

El primer apartado, siguiendo una larga tradición histórica, reproduce el texto de sus precedentes (arts. 482.12.º del CP de 1848; 495.9.º del CP de 1850; 599.3.º del CP de 1870; 810.3.º del CP de 1928; 575.3.º del CP de 1932; 580 del CP de 1944, manteniéndose en el Texto Revisado de 1963 y en el Texto Refundido de 1973), con las únicas diferencias del *quantum* de las penas y, como señala ROCA, una pequeña estilística en la descripción de la conducta típica (así, mientras que tradicionalmente se decía “o en disposición de causar mal”, ahora se dice “o en condiciones de causar mal”, merced a una mera corrección de estilo producida en la tramitación parlamentaria ya en el Senado, pues en el texto del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados se continuaba utilizando la redacción histórica. Además, la LO 3/1989, de 21 de junio, extendió el ámbito de los sujetos activos a los encargados de su custodia.

Está configurado como un tipo mixto alternativo, describiendo dos conductas distintas: dejar sueltos a animales feroces o dañinos, o en condiciones de causar un mal. En alguna ocasión se ha dicho que “debía haber desaparecido del texto penal porque, en realidad, se trata de una mera infracción administrativa” (AYO), lo que evitaría la posibilidad de un *ne bis in idem* con las normas administrativas sobre la materia. En concreto, la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente

Peligrosos, desarrollada por el RD 287/2002, de 22 de marzo, que, a su vez, ha sido modificado por el RD 1570/2007, de 30 de noviembre.

Los términos de este apartado deben ser interpretados restrictivamente, para no infringir el principio de intervención mínima del Derecho penal y vaciar de contenido el art. 1905 del Código Civil, precepto que impone una responsabilidad cuasi objetiva al poseedor de un animal o al que se sirva de él por los daños o perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Éste es el precepto a aplicar en casos de que “el mal” al que se refiere el precepto fuera causado a bienes de contenido patrimonial, debiendo reservarse el precepto penal para los casos en que el daño recaiga sobre la vida o la integridad de las persona (MAGALDI).

Precisamente, en relación con la obligación de responder por los daños causados por los animales, más concretamente por perros —domésticos o asilvestrados—, se señala en la STS, Sala de lo Civil, 848/2007, de 12 de julio, que “se hace cada vez más exigente en la actualidad, por su frecuencia y crueldad de resultados, hasta el punto de constituir alarma social, sin embargo ha ocurrido en todos los tiempos, que obligó a adoptar medidas necesarias y así con precedente romano (*actio de pauperie*), nuestro Derecho Histórico se preocupó de la cuestión y el Fuero Real (Libro IV, Título IV, Ley XX), obligaba al dueño de los animales mansos a indemnizar los daños causados y La Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII imponían a los propietarios de animales fieros el deber de tenerlos bien custodiados, incluyendo la indemnización el lucro cesante (Sentencia de 12 de abril de 2000)”.

No es el desvalor del resultado, sino el de la acción, el fundamento de esta falta. En todo caso, como indicara ROBLES, y en orden a la eventual apreciación de causas de justificación, pueden jugar papel destacado las situaciones de legítima defensa (art. 20.4.^º), de estado de necesidad (art. 20.5.^º), o de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7.^º).

a) Conducta típica

La conducta típica consiste en dejar al animal suelto o en disposición de causar mal: el discernimiento de las precauciones que han de adoptarse habrá de tener en cuenta las circunstancias de cada caso. “No se requiere que se trate de un lugar abierto al público, pero sí será preciso que sea previsible la presencia de personas a las que pueda atacar; pero, aun entonces, de estar sueltos, la pauta de deber objetivo de cuidado exige la advertencia de su existencia para conocimiento de quien ocasionalmente pudiera disponerse a entrar en el lugar” (SAP de Madrid, 17.^ª, de 17 de enero de 2005).

Estamos ante un tipo penal de los denominados de mera actividad, en los que ni siquiera es exigible la producción de un resultado lesivo o dañoso y

consiste en “dejar suelto” o “en condiciones de causar mal” a animales feroces o dañinos, si bien el dolo debe abarcar la intención del dueño del animal de dejarlo suelto o en disposición de causar mal; dado que este tipo penal no admite comisión culposa (aun cuando se ha llegado a considerar en alguna ocasión por la doctrina científica “como un caso en el que se sanciona penalmente la *culpa in vigilando*, siendo la seguridad colectiva el bien jurídico protegido” (SAP de Zamora, 1.ª, de 4 de julio de 2005), es preciso acreditar intención dolosa por parte del agente, por lo que, desde el punto de vista penal, no es posible ante la ausencia de dolo no acreditado ni deducido, la exigencia de responsabilidad al dueño del animal por negligencia e imprudencia. En su caso, el perjuicio que pueda derivar de la posible desatención o descuido del dueño deberá ser exigido en vía civil. Sobre ello volveremos más adelante.

La infracción suele ser catalogada, también, como de riesgo o peligro abstracto, por lo que bastará con acreditar la peligrosidad del animal, así como su suelta o, alternativamente, su tenencia en condiciones de causar un resultado dañoso (GARCÍA ALBERO). Para CANCIO “queda claro” que la producción de un resultado a consecuencia de la conducta descrita en el precepto puede dar lugar a una responsabilidad en comisión por omisión, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 del CP.

De la descripción típica forman parte conceptos jurídicamente indeterminados, al menos inicialmente, y para cuya aplicación es preciso que se sea dueño o custodio de un animal feroz o dañino y que se tenga en condiciones de causar un mal, lo que ha de ser abarcado por el dolo del autor. Se pueden encontrar las pautas para integrar jurídicamente el precepto —superando su inicial indeterminación— acudiendo a las normas legales y reglamentarias dictadas a propósito de la tenencia de animales potencialmente peligrosos, expresión semánticamente coincidente con la calificación de “dañinos”, utilizada por la norma penal.

Debe existir una relación concreta entre el agente y el animal. Es una relación dominical o de hecho, en análogos términos a los que emplea el Código Civil en su art. 1905, obviamente emparentado con este precepto penal que comentamos.

b) El concepto de animales feroces o dañinos. Delimitación

Los animales en cuestión han de tener la condición de feroces o dañinos. Los animales feroces equivalen claramente a los fieros o salvajes; aquellos que, por regla general (ya que cabe su domesticación o amansamiento), no están sujetos a la voluntad humana, ni siquiera parcialmente, y, por sus características de agresividad, tamaño o fuerza, pueden causar daño a las personas o a las cosas. Existe una representación cultural colectiva de este tipo de animales, de los que pueden ser arquetipos las grandes fieras como el león o el tigre. La

cualidad de feroz o dañino no debe hacerse desde una perspectiva abstracta atendiendo al género, raza o especie del animal, sino estando al caso en concreto; así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 1966 (RJ 1966, 3773), al señalar que “la ferocidad no puede circunscribirse a la raza o clase a que el animal pertenezca, sino a sus condiciones de agresividad y fiereza, habiendo declarado dicho Tribunal, al referirse a los perros, que desde el momento en que sin ser hostigados atacan, ponen de manifiesto su peligrosidad y condición de dañinos (STS de 22 febrero de 1947, 22 de febrero de 1949, 7 de mayo de 1932, 16 de marzo de 1915, 10 de diciembre de 1891, 22 de junio de 1889 y 28 de noviembre de 1879)”.

Animal “feroz” es, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, aquel animal que obra con ferocidad y dureza. Ferocidad, aplicada a un animal, es lo mismo que fiereza, crueldad; y dureza, aplicada a un animal, es sinónimo de violencia e insensibilidad. La definición de animal “dañino” ya plantea más problemas. Según el Tribunal Supremo, animal “dañino” es “aquel doméstico que tiene malos instintos o resabios con los que puede producir un mal”. Sería la agresividad del animal lo que pondría de relieve su condición de dañino y su propia peligrosidad.

Lo que permite incluir a cualquier animal en el tipo penal previsto en el artículo 631 del Código es “justamente su condición de animal ‘dañino’ en tanto en cuanto ha causado un daño o es potencialmente causante de daño; pero eso no lo es todo, pues se exige que bien ese daño, bien esa potencialidad, traiga causa de o se exteriorice en las características del animal, en especial su agresividad, fiereza, entrenamiento o tamaño” (SAP de Zamora, 1.ª, de 4 de julio de 2005).

En realidad, los animales feroces son una especie de los dañinos (en una de esas sentencias citadas, ya antigua, de 22 de febrero del 1947, la Sala Segunda del Tribunal Supremo diferenciaba entre el animal feroz, que siempre se considera dañino, y el dañino que, en determinados casos, ha de ser tratado como feroz), cuya definición se encuentra en la última parte de la anterior (los que, por sus características de agresividad, tamaño o fuerza, pueden causar daño a las personas o a las cosas), y, entre ellos, pueden estar tanto animales fieros o salvajes, como domesticados o amansados y aun los domésticos. Dañinos pueden ser igualmente animales de pequeño tamaño y escasa fuerza, pero que cuentan con mecanismos ofensivo-defensivos que pueden producir graves lesiones e incluso la muerte a personas y animales.

La condición de dañinos ha de atribuirse únicamente a aquellas concretas especies animales que tengan tal carácter por naturaleza, o a aquellos animales que, sin pertenecer a una especie naturalmente agresiva, en el caso concreto y por las circunstancias concurrentes, llegan a ocasionar daños a las personas, a otros animales o a las cosas. La Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos define

en su art. 2 a los animales potencialmente peligrosos, entendiéndolos por tales, con carácter genérico, “todos los que, perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizados como animales domésticos o de compañía, con independencia de su agresividad, pertenecen a especies o razas que tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas”. Y añade el art. 2 citado que “también tendrán la calificación de potencialmente peligrosos los animales domésticos o de compañía que reglamentariamente se determinen, en particular, los pertenecientes a la especie canina, incluidos dentro de una tipología racial, que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas”. La tenencia de “cualesquiera animales clasificados como potencialmente peligrosos al amparo de esta Ley requerirá la previa obtención de una licencia administrativa, que será otorgada por el Ayuntamiento del municipio de residencia del solicitante, o, con previa constancia en este Ayuntamiento, por el Ayuntamiento en el que se realiza la actividad de comercio o adiestramiento” (art. 3.1).

En este contexto debe reseñarse la legislación en materia de animales peligrosos elaborada por las Comunidades Autónomas. Así, como recuerda GÓMEZ-MAMPASO, cuentan con una regulación específica Castilla y León, Cataluña, Galicia, Madrid, País Vasco, Principado de Asturias y la Comunidad Valenciana.

Es evidente que no podemos admitir la acepción gramatical (según la cual animales dañinos son todos los que pueden causar daño), que llevaría a calificar de tales prácticamente a todos los animales domésticos, otorgando una desmesurada extensión al tipo penal, que pugnaría con el reiterado principio de mínima intervención del Derecho penal, sino que “la condición de dañinos ha de predicarse únicamente de muy concretas especies animales que tengan tal carácter por naturaleza (p. ej. las reses bravas, algunas razas de perros...), o de aquellos que en el caso concreto por las circunstancias concurrentes (tipo de animal, lugar del hecho, medidas de cautela adoptadas por el propietario) y aun sin pertenecer a una especie particularmente agresiva o peligrosa, llegan a ocasionar daños a las personas, a otros animales o a las cosas” (SAP de Cádiz, 8.ª, de 15 de marzo de 2002). En este sentido se ha dicho que “la agresividad del animal o animales en cuestión debe ser un elemento integrador del tipo penal” (SAP de Granada, 2.ª, de 16 de noviembre de 2001), o que “Agresividad, peligrosidad y potencialidad damnificadora constituyen, por tanto, los elementos característicos del animal potencialmente peligroso; cuando ese animal, además, causa el daño nos encontraremos ante el ‘animal dañino’ al que alude el artículo 631 del Código Penal, pues, según el Diccionario de la Real Academia, ‘dañino’ es el ‘que daña o hace perjuicio’, generalmente dicho respecto de animales” (SAP de Cantabria, 3.ª, de 2 de junio de 2005).

Además, como lo que exige el tipo es que el animal sea feroz o dañino, al venir dichos dos atributos enlazados por la conjunción disyuntiva “o”, significa que cualquiera de las dos alternativas que se presente permitirá que entre en juego el precepto... “no es la fiereza o la dimensión del animal lo que va a definir que sea dañino o deje de serlo, sino que lo que lo define es que cause daño y ello no depende del tamaño ni de la fiereza” (SAP de Madrid, 23.^a, de 26 de octubre de 2001). Aquí conviene recordar, como hace ROCA, que en los Códigos penales de 1870, de 1928 y de 1932, se exigía copulativamente que los animales fueran feroces “y” dañinos, mientras que en los Códigos de 1848, 1850 y 1944 ya se establecía, como ahora, que los animales podían ser alternativamente feroces “o” dañinos.

Respecto de los perros, animales que pueden entrar en el ámbito de los feroces o dañinos, la doctrina jurisprudencial, ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1883, tiene declarado que: “como no sean de presa o conste su condición de feroz”, son animales domésticos que no tienen la consideración de dañinos en principio, y por tanto la acción, por sí sola, de dejarlos sueltos no integra la falta de que se trata. “Lo fundamental en el tipo penal es que de la condición del perro se deduzca su consideración de dañino o feroz en razón a su morfología, raza, tamaño, edad, agresividad, adiestramiento, destino, de presa o ataque, u otras características o circunstancias concurrentes de las que se deduzca *a priori* la peligrosidad ínsita del animal” (SAP de Burgos, 1.^a, de 3 de marzo de 2004). Los perros, pues, deben tener la consideración de “feroces o dañinos” que los convierte en potencialmente peligrosos, teniendo dicha consideración, según manifiesta nuestra jurisprudencia menor, los siguientes: a) perros que han tenido episodios de agresiones a personas o a otros perros, b) perros que han sido adiestrados para el ataque y la defensa y c) perros que pertenezcan a una de las razas que legal o reglamentariamente las autoridades administrativas señalan (entre las que se pueden incluir bullmastill, dóberman, dogo argentino, dogo de Burdeos, fila brasileño, mastín napolitano, pit bull, de presa canario, rottweiler, terrier, staffordshire americano, fosa japonés, bóxer, etc.), (SSAP de Cádiz, 8.^a, de 15 de marzo de 2002; Barcelona de 9 de febrero de 2004; Toledo, 2.^a, de 18 de noviembre de 2004, o de Burgos, 1.^a, de 1 de julio de 2005).

Como se indica, por ejemplo, en la SAP de Pontevedra, 3.^a, 17/1998, de 17 de febrero, “Aun reconociendo evidentemente, que el perro es el animal doméstico de compañía por excelencia, y pudiendo añadir incluso que ‘es el mejor amigo del hombre’, no por ello ha de olvidarse que, también es pública y notoria la ferocidad de que hacen alarde muchos perros, lo que obliga a tenerlos atados y cuando se sale a la calle con ellos, incluso a llevarlos con bozal, para evitar el peligro que pueden representar, por su ferocidad”. En este sentido, la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, es terminante en su disposición adicional

primera cuando establece que “para la presencia y circulación en espacios públicos de los perros potencialmente peligrosos, será obligatoria la utilización de correa o cadena de menos de dos metros de longitud, así como un bozal homologado y adecuado para su raza”.

c) Aspecto subjetivo

Como ya dejamos antes apuntado, las dos modalidades de comportamientos típicos sólo son castigadas en su forma dolosa, al no estar prevista la punición imprudente, lo que acarrea que los claros supuestos de error, por el juego de los arts. 12 y 14 del Código, no sean punibles. Al respecto, señala la jurisprudencia que “(...) el artículo 631 no exige ningún dolo específico o elemento subjetivo del injusto, sino el dolo genérico, que consiste no en la intención del dueño de dañar, lesionar o asustar azuzando al animal (pues en tal caso estaríamos hablando no de la falta del artículo 631 sino de una falta de daños, de lesiones o de amenazas) sino en que su conciencia y voluntad abarquen los elementos objetivos del tipo, o sea que el dueño sea consciente de que el animal es feroz o dañino y de que está suelto o en condiciones de causar mal (se sobreentiende que un mal ilegítimo, no justificado, como lo estaría en un caso de legítima defensa) y pese a ello, pudiendo, no lo evite” (SAP de Barcelona, 9.^a, de 16 de marzo de 2005); “para la concurrencia del tipo penal es preciso que el agente haya buscado de propósito (dolo directo) o aceptado (dolo eventual) tanto la ferocidad o el carácter dañino del animal como la situación de riesgo generada por dejarlo suelto o en disposición de causar mal. La comisión imprudente, la del dueño o encargado que no adopta las adecuadas medidas de seguridad para evitar que el can vague en plena libertad y/o en condiciones de causar daño, debe sancionarse administrativamente, por la autoridad local correspondiente, incumbiendo a ella la obligación de adoptar las medidas necesarias para que hechos como el de autos no vuelvan a repetirse. La solución propuesta no impide que esa incuria pueda pensarse cuando se produzca un resultado lesivo para las personas o las cosas, pero no por el cauce del artículo 631, sino por la falta de lesiones o el delito de daños de los artículos 621 y 267 del Código Penal, que expresamente regulan modalidades imprudentes” (SAP de Murcia, 1.^a, de 1 de marzo de 2005).

De todas formas, cabe entender que “(..) la infracción tipificada en el artículo 631 del CP, es efectivamente dolosa, pero también lo es de omisión propia, en tanto en cuanto que la conducta que se sanciona es la no adopción de las medidas de seguridad a las que viene obligado quien tiene la custodia del animal potencialmente dañino para evitar el riesgo de que pudiera causar algún mal a las personas, o incluso las cosas, de no adoptarse las debidas cautelas. Se trata, por tanto, de un incumplimiento por parte del sujeto activo de la exigencia que le es exigida de vigilancia y custodia del animal para que éste no pueda causar ningún mal a las personas o a las cosas, anticipándose el reproche penal a

la mera realización de la conducta descrita en el tipo sin necesidad de que se produzca una situación concreta de peligro ni tampoco un resultado dañoso o lesivo.

El dolo en las infracciones de omisión, por su propia estructura, exige sólo el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, no siendo preciso, por tanto, la concurrencia del elemento volitivo del dolo, en el sentido de querer la realización de esos elementos, porque esa voluntad o querer sólo concurre cuando se realiza un comportamiento activo que constituye precisamente la concreción de ese querer, en tanto en cuanto el dolo no es un simple querer sino una voluntad en realización, es decir, un querer que se materializa en actos” (SAP de Girona, 3.ª, de 2 de septiembre de 2004).

d) Penalidad

La pena prevista para estas conductas es la de multa de 20 a 30 días, que deberá cumplirse según el sistema de días-multa.

Ya advertimos anteriormente que podrían darse supuestos de *ne bis in idem* con la normativa administrativa, pero, además, de aplicarse preferentemente la norma penal, como es preceptivo, también parece que pudieran darse casos en que el infractor resultase más favorecido, a pesar de la escasa cuantía de las sanciones administrativas. A título de ejemplo, indica PÉREZ MONGUIÓ, en referencia a las similares infracciones graves contempladas en el art. 13.2.a) y d) de la Ley 50/1999, que la sanción penal mínima sería de 40 euros (2 euros por 20 días), mientras que la administrativa asciende a 300,52 euros, si bien creo que no ha tenido en cuenta que el art. 50.4 del Código Penal establece los límites de la cuota diaria para el sistema de días-multa en un mínimo de 2 y un máximo de 400 euros.

A esta conclusión no cabe oponer que el art. 638 del Código Penal establezca que “En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código”, pues, como es fácil comprobar en el texto transcrito, el legislador se ha cuidado de remarcar que ese arbitrio judicial no puede soslayar que se realice dentro de los límites de cada una. En definitiva, nada se opone a que se fije en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales de éste y, en consecuencia, pudiendo llegar al límite máximo. Cosa distinta es la dificultad práctica que, de hecho, encuentra la aplicación de este sistema de días-multa (sobre ello, *vid.* GRACIA MARTÍN).

Por otra parte, de darse un resultado (un mal) consistente, por ejemplo, en un atentado contra la vida o la integridad personal, o de daños, ese posible

concurso de normas debe resolverse de acuerdo a las reglas contempladas en el art. 8 del CP, si bien algún autor mantiene que la solución más acorde con la naturaleza de la infracción es la del concurso ideal de delitos (GÓMEZ MARTÍN) y, en consecuencia, la aplicación del art. 77 del CP.

2. El apartado 2 y los animales domésticos

Como ya advertimos anteriormente, el segundo apartado del art. 631 fue añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cuya exposición de motivos [apartado III. h), *in fine*] se señala lacónicamente que “se introduce como falta el abandono de animales” y que MARTÍNEZ-BUJÁN tilda de “sorprendente”. En todo caso, con ello, como pone de relieve GARCÍA ALBERO, el legislador trata de salir al paso de un problema hondamente sentido por asociaciones protectoras de animales, ante el abandono masivo de animales de compañía por parte de sus propietarios, sobre todo y aparentemente en épocas de vacaciones.

Las Comunidades Autónomas con competencia sobre la materia han elaborado normas para la protección de los animales domésticos y de compañía. Así, a título de ejemplo, puede citarse la Ley 1/1990, de 1 de febrero, modificada por la Ley 1/2000, de 11 de febrero (Madrid); Ley 10/1990, de 27 de agosto (Región de Murcia); Ley 7/1990, de 28 de diciembre (Castilla-La Mancha); Ley 8/1991, de 30 de abril (Islas Canarias); Ley 3/1992, de 18 de marzo, modificada por la Ley 8/1997, de 30 de diciembre (Cantabria); Ley 1/1992, de 8 de abril (Illes Balears); Ley 1/1993, de 13 de abril (Galicia); Ley 6/1993, de 29 de octubre (País Vasco); Ley Foral 7/1994, de 31 de mayo (Comunidad Foral de Navarra); Ley 4/1994, de 8 de julio (Comunidad Valenciana); Ley 5/1995, de 22 de marzo (La Rioja); Ley 5/1997, de 24 de abril (Castilla y León); Ley 5/2002, de 23 de mayo (Extremadura); Ley 13/2002, de 23 de diciembre (Principado de Asturias); Ley 11/2003, de 19 de marzo (Aragón); Ley 11/2003, de 24 de noviembre (Andalucía); Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Protección de los Animales (Cataluña).

a) Concepto de animal doméstico

Ante la falta de definición legal, por lo que algún autor como MUÑOZ LORENTE haya instado a la reforma del precepto y a la introducción de un concepto claro de lo que ha de entenderse por animal doméstico a efectos penales, señala AYO que, por animal doméstico, debe entenderse todo animal que esté amaestrado, domesticado, viviendo en dependencias de quien lo cuida.

Por su parte, indica GARCÍA ALBERO que su definición debe hacerse por referencia al destino del animal, como animal de compañía, cohabitando con su dueño o propietario. Algo similar puede leerse en la jurisprudencia, excluyen-

do, por ejemplo, a los caballos: “En aras de la interpretación restrictiva de los tipos, no debe entenderse un concepto tan amplio de animal doméstico como aquellos que se hallen bajo el control efectivo de sus dueños o responsables, que fue defendido por un grupo parlamentario que restó en minoría; como doméstico, en conjunción con la doctrina más autorizada, debe entenderse el animal de compañía que cohabita con su dueño o propietario. Así cobra intelección el precepto; y se entiende la razón de la especial protección de los animales domésticos, en otro caso, valga el ejemplo, difícilmente se entendería la diferente tutela de un tostón en una granja de producción intensiva, frente a un jabato hallado en un retamal” (SAP de Segovia de 15 de septiembre de 1998), o, más recientemente la SAP de Madrid, 6.ª, 117/2006, de 9 de marzo (JUR 2006/17214), en la que se insiste en que “El derecho penal exige interpretaciones restrictivas, y por ello por animal doméstico debe entenderse aquellos que se hallen bajo el control efectivo de sus dueños o responsables, es decir, el animal de compañía que cohabita con su dueño o propietario, resultando además que éste es el concepto social de animal doméstico”.

Sin embargo, creo que el concepto de animal doméstico no debe circunscribirse al de compañía, sino que, como propugna MUÑOZ LORENTE, con apoyo en la propia definición del Diccionario de la Real Academia Española y en algunas normas autonómicas, cabría definir a los animales domésticos como “todos aquellos que dependen de la mano del hombre para su subsistencia”. En definitiva, una concepción amplia de dichos animales, pues el concepto de animal doméstico viene, en realidad, determinado por el concepto histórico y sociocultural que se tenga de tal en un momento dado (COBO/QUINTANAR).

b) Conducta de abandono

Según el Diccionario de la Real Academia, abandonar es, en la acepción que nos ocupa, “dejar, desamparar a una persona o cosa”. Por lo tanto, gramaticalmente el abandono puede entenderse tanto desde un punto de vista activo como omisivo, bastando con que la conducta cause desamparo del animal en este caso. El abandono se puede producir porque se deje al animal o porque se le coloque en situación de desamparo, tanto por la acción directa de expulsarlo como por la omisiva de no acogerlo cuando se sabe dónde se encuentra, puesto que la obligación moral y legal de todo propietario de un animal es cuidar de éste y darle la asistencia precisa para permitir su vida e integridad.

De esta manera, el comportamiento previsto en el tipo penal consiste en dejar al animal sin medios para su manutención y cuidado, al margen de que se le deje en lugar abierto o cerrado, siendo preciso que el abandono sitúe al animal en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad (AYO). Ello, ciertamente, no proporciona base interpretativa alguna en orden a la delimitación del bien jurídico protegido, como indica MAGALDI.

Señala GARCÍA ALBERO que no basta con el simple abandono si por las circunstancias del lugar no pelagra la vida del animal, siendo, dice, en definitiva, un “delito (*sic*) de aptitud conformado sobre la técnica del peligro potencial”. En todo caso, como señala la SAP de Segovia de 5 de marzo de 2007, enjuiciando un supuesto en que la denunciada, pese a que se le comunicó que habían visto a su perra, para que pudiese buscarla, manifestó de forma expresa que ya no la quería, sin hacer nada por recuperarla, por lo que la dejó abandonada, poniendo con su conducta de forma objetiva en peligro la vida del animal, algo que además supo cuando decidió desampararla, ya que la perra tenía graves lesiones en el lomo, que requirieron de asistencia veterinaria para su curación, “carece de relevancia que otros vecinos pudieran, por compasión, alimentarla o acogerla puntualmente y que avisasen a la asociación protectora, puesto que el hecho típico se comete cuando se la pone en peligro, siendo irrelevante que finalmente el riesgo existente no se materialice en un resultado por la intervención de terceros”.

c) Penalidad

La pena prevista para esta modalidad de conducta es la de multa de 10 a 30 días. Aquí, también, se plantean cuestiones similares a las ya comentadas en referencia a la conducta del apartado 1 de este art. 631, teniendo en cuenta, además, que el límite mínimo es inferior al allí establecido.

V. ATAQUES A LA FLORA Y MALTRATO DE ANIMALES

Estas últimas figuras que contempla nuestro Código Penal, dentro de las faltas contra los intereses generales, aparecen en el artículo 632 con la siguiente dicción:

“1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.

2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días”.

1. El apartado primero

Este apartado 1, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, cabe entender que está incluido en esas “determinadas modificaciones en los tipos

delictivos que afectan al medio ambiente, bienes jurídicos especialmente protegidos y objeto de una creciente preocupación social”, que se realizan en el Código Penal, como se dice en el apartado III, letra g) de la exposición de motivos de la ley.

Así cabe entenderlo, al modificarse, también, la redacción del art. 332 del Código Penal. En todo caso, la diferencia con el delito estriba en que las conductas se realicen sin grave perjuicio para el medio natural, debiendo observarse que aquí, a diferencia del art. 332 del CP, no se contempla la conducta de tráfico ilegal.

a) Objeto material

Al igual que acontece en el art. 332 del CP, el objeto material está configurado por “alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos”, términos que tienen un carácter normativo y que hacen necesario recurrir a la normativa administrativa sobre la materia. En concreto, debemos acudir a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Dicha Ley, que derogó la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. El art. 53.1 de la Ley 42/2007 señala que “Se crea el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, que se instrumentará reglamentariamente, previa consulta a las Comunidades autónomas y que incluirá especies, subespecies y poblaciones que sean merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, por su singularidad, rareza, o grado de amenaza, así como aquellas que figuren como protegidas en los anexos de las Directivas y los convenios internacionales ratificados por España. El Listado tendrá carácter administrativo y ámbito estatal, y dependerá del Ministerio de Medio Ambiente (actualmente, Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino)”; añadiéndose en el art. 55.1 que “En el seno del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, se establece el Catálogo Español de Especies Amenazadas que incluirá, cuando exista información técnica o científica que así lo aconseje, los taxones o poblaciones de la biodiversidad amenazada”.

Al respecto, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Teruel de 6 de marzo de 2001 (ARP 2001, 80); la de la AP de Lleida de 15 de marzo de 2005 (ARP 2005, 145), y la de Córdoba, 1.^a, de 15 de octubre de 2007 (ARP 2008/84), entre otras, recogen que los artículos que definen los denominados delitos relativos a la protección de la flora y fauna, entre otros los 332, 333 y

334 del Código Penal, son calificados como tipos penales total o parcialmente en blanco, habiendo admitido el Tribunal Constitucional, en SS 127/1990, 118/1992, 62/1994, 24/1996 y 120/1998, como dicen las del TS de 8 de febrero (RJ 2000/ 311) y 13 de marzo de 2000 (RJ 2000/ 3315), la constitucionalidad de estos tipos penales en los que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en el tipo, debiendo acudir, para su integración, a una norma distinta; exigiéndose, solamente, el respeto de tres requisitos: 1.º Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón al bien jurídico protegido por la norma penal, 2.º Que la Ley Penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y 3.º Que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada delictiva quede suficientemente precisada, con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite y resulta de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada, puesto que “la reserva de Ley que exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos Administrativos” (STC 120/1998, de 15 de junio).

Pues, bien, en el tipo penal que comentamos, al igual que su paralelo del art. 332, se aprecia que en él viene expresamente establecido el núcleo esencial de la prohibición y la concreción de la conducta calificada delictiva así como la definición del objeto de protección que es la especie amenazada, siendo necesario, por tanto, acudir a la normativa administrativa, donde se desplaza, en consecuencia, todo el peso de la calificación como delictiva de la conducta. En definitiva, encontrándonos ante una norma penal en blanco, es la legislación especial la que debe tenerse presente a fin de determinar qué debe entenderse por especie amenazada.

Valga como criterio interpretativo, aunque referido al art. 334 del CP, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002/949), con una claridad que no deja lugar a dudas, mantiene que la Jurisprudencia de esta Sala [STS núm. 829/1999, de 19 de mayo (RJ 1999/3827)] señala que “sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas”.

b) Conducta típica

En cuanto a la conducta típica, también aquí se contempla el mismo elenco que en el art. 332, esto es, cortar, talar, quemar, arrancar y recolectar los objetos materiales dichos, si bien, como ya he adelantado, en la falta de este art. 632.1 no se hace mención a la conducta de tráfico ilegal, que, por evidente decisión del legislador, queda referida únicamente a la figura del delito.

Tampoco, como puede comprobarse, ha querido el legislador degradar a mera falta los comportamientos, también incluidos en la figura delictiva, de destruir o alterar “gravemente” el hábitat. Con todo, denuncia GARCÍA ALBERO el hecho de que el grueso de conductas antes constitutivas de delito pasen ahora a considerarse meras faltas, pues, a su juicio, el “grave peligro para el medio ambiente” reclama de conductas de destrucción muy importantes, que afecten significativamente a las poblaciones protegidas, o bien a la biodiversidad de determinadas áreas concretas.

Puede convenirse, en definitiva, que la conducta típica podrá consistir en destruir directamente la especie o subespecie de flora amenazada (cortando, arrancando, quemando, talando o recolectando) o bien hacerlo de forma indirecta, destruyendo los propágulos, que, como partes de las plantas destinadas a su reproducción, conducirán en último término a la destrucción de la especie, que no va a poder así multiplicarse vegetativamente (ARMENTEROS).

c) El resultado

Como recuerda MAGALDI, estamos ante un delito de resultado, pues las conductas contempladas en este art. 632 deben realizarse “sin grave perjuicio para el medio ambiente”. Ésta es otra de las diferencias con la figura del art. 332. El perjuicio, pues, no debe ser “grave”.

En sentido semántico, grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial, y hay que deducirlo en función de “las concretas condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro” [SSTS 11 de marzo de 1992 (RJ 1992/4319)], 27 de enero de 1999 (RJ 1999/826), 30 de enero de 2002 (RJ 2002/3065)]. Los dictámenes periciales servirán de modo fundamental al juzgador para dictar la resolución pertinente.

En definitiva, “Se trata de un delito de resultado, no bastando para su perpetración el riesgo abstracto o el peligro que se cierne sobre las especies vegetales a que hace referencia lógicamente. Es un precepto penal ‘en blanco’ porque ha de integrarse en las normas concretas que regulen las especies protegidas, en un intento de preservar el medio ambiente para dar cumplimiento al precepto constitucional del artículo 45, que tiende a mejorar la calidad de la vida, a preservar y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la solidaridad colectiva. Este mandato va dirigido directamente a los poderes públicos, pero ha de completarse con las medidas sancionadoras necesarias” [SAP de Jaén, 1.^a, 168/1998, de 22 de diciembre (ARP 1998/4957)].

2. El apartado 2 y el maltrato de animales

a) Introducción

Los únicos antecedentes de esta figura en la legislación penal pueden encontrarse en la falta contemplada en el art. 810.4.^º (“Los que públicamente maltrataren a los animales domésticos o los obliguen a una fatiga excesiva”) del Código Penal de 1928 (el denominado como “código gubernativo” o “estatuto penal faccioso”, aprobado mediante Decreto-Ley y promulgado durante la dictadura del General Primo de Rivera y Orbaneja), y en el supuesto de estado peligroso noveno del art. 2 de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, modificado en su redacción por la Ley 77/1978, de 26 de diciembre (“Los que con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas”). Desde luego que son curiosos, por no utilizar otra expresión, antecedentes.

Esta infracción delictiva, recogida actualmente en el art. 632.2, “origen gran polémica en su discusión parlamentaria, hasta el extremo de ser la falta que más se debatió en su tramitación legislativa; así hasta el último Pleno en el que se debatió el Código Penal, a 8 de noviembre de 1995, no se configuró su redacción definitiva, al incorporar de nuevo la exigencia de crueldad en los malos tratos; infracción que con frecuencia es tachada de superflua, ante la profusión de normas administrativas y autonómicas, que sancionan estas conductas con mayor severidad que la recogida en el Código Penal”, como se recordaba en la SAP de Segovia, Única, 65/1998, de 15 de septiembre. *Vid.*, también, DE LORA.

Por su parte, la LO 15/2003 modificó el originario art. 337 del Código Penal para introducir, como delito, los comportamientos de maltrato a los animales domésticos, manteniendo como falta el actual apartado 2 del art. 632 y declarando expresamente su subsidiariedad respecto al tipo delictivo. En la exposición de motivos de dicha ley se señala en su apartado III, letra h), que “El maltrato de animales domésticos se configura como delito cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves”, añadiendo en la letra m) que “Se establece, como se ha señalado, una falta de maltrato de animales cuando la conducta fuese muy leve y no tuviese las consecuencias previstas para el delito”. Con ello, indicaba DE LORA, la reforma introducida, aunque en absoluto idónea, supone un avance notable y recoge en buena medida una demanda muy extendida entre la ciudadanía española.

Al respecto, indicaba VALLDECABRES que la razón de este precepto se explica por el interés del legislador en perseguir los frecuentes espectáculos de ámbito local en los que se producen actos vandálicos contra los animales.

b) Bien jurídico protegido

En los malos tratos a los animales lo que se protege, más que el derecho a su integridad física o la vida, serían las obligaciones bioéticas para con ellos, en el sentido del deber de tratarlos adecuadamente, como viene a propugnar HIGUERA. En todo caso, ya puso de manifiesto ESCAJEDO, con carácter general sobre el sistema penal ambiental vigente en nuestro país, que ese conjunto normativo (en el que indebidamente se ubica el actual art. 337 y, en consecuencia, el art. 632.2 del CP) es una manifestación de la llamada legislación simbólica con un sentido claramente negativo. Por eso, creo que no le falta razón a MARTÍNEZ-BUJÁN cuando asevera, precisamente, sobre el nuevo art. 337 del CP que se trata de un nuevo ejemplo de legislación simbólica, que debería haber permanecido confinado en la órbita de las faltas o, mejor aún, en la de las infracciones administrativas. Además, como antes se apuntó, en las disposiciones dictadas por la Comunidades Autónomas con competencia sobre esta materia se contienen sanciones mucho más severas para esta clase de conductas (*vid.* MUÑOZ LORENTE).

c) Objeto material

En cuanto al objeto material, *vid. supra* lo dicho sobre los animales domésticos o no en el análisis del contenido del art. 631.

d) Conducta típica. El maltrato

Los comportamientos típicos de maltrato, esto es, aquellos en que se causa sufrimientos a los animales, exigen por expresa disposición legal que se realicen cruelmente. No se contemplan aquí los supuestos de abandono de los domésticos, que, como vimos, tienen ya acogida en el art. 631.2.

El art. 632.2 parece contemplar dos figuras distintas, aunque la inicial dicción literal del precepto solía llevar a entender que nos encontramos ante un solo comportamiento de maltrato realizado en espectáculos no autorizados, si bien la referencia que se hace ahora en el tipo tras la reforma operada por la LO 15/2003 parece que avala esa dicotomía. De entenderse que se contemplan efectivamente dos supuestos diferentes, en el primer inciso nos encontraríamos con el maltrato de los animales domésticos sin incurrir en los supuestos previstos en el art. 337 y, a continuación, el de cualesquiera otros animales que se realice en espectáculos no autorizados legalmente. En más de una ocasión se refiere la jurisprudencia a que todos los posibles comportamientos, a efectos de su castigo, se ocasionen en espectáculos no autorizados [así, SSAP de Cádiz, 1.^a, de 11 de junio de 2003; Almería, 2.^a, de 26 de junio de 1998, y AAP de Madrid, 27.^a, 540/2006, de 30 de octubre (JUR 2007/207532), referidas a peleas de gallos].

En todo caso, existen algunas diferencias entre el delito del art. 337 y la falta del art. 632.2 del Código Penal. En primer lugar, la falta está referida no sólo a los animales domésticos sino, también, a cualesquiera otros; en segundo lugar, que el maltrato se realice en espectáculos no autorizados legalmente, y, en tercer lugar, que dicho maltrato se realice cruelmente.

Al referirse la falta a toda clase de animales se amplía el ámbito del objeto material. En cuanto al concepto de animales domésticos, véase el comentario al apartado 2 del artículo anterior.

Por otra parte, como puede observarse, los comportamientos de la segunda figura se circunscriben a los que se realicen en espectáculos “no autorizados legalmente” (por ejemplo, peleas de gallos o de perros) y, en consecuencia, no pueden incluirse, por ejemplo, las competiciones de tiro de pichón promovidas por asociaciones de tiro y realizadas bajo la supervisión de la Federación correspondiente, y las corridas de toros (reses de lidia pertenecientes a dicha raza bovina e inscritas en el libro genealógico correspondiente a dicha raza) que cumplan con las exigencias del Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, y modificado por RD 1034/2001, de 21 de septiembre. Curiosamente, la Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales, de las Islas Canarias, prohíbe las corridas de toros y permite las peleas de gallos en las localidades donde se venían celebrando tradicionalmente, siempre que se cumplan una serie de requisitos (*vid.* SERRANO TÁRRAGA). Sobre otras fiestas o tradiciones populares en las que se utiliza a los animales, *vid.* DE LORA, REQUEJO.

En todo caso, la cuestión a dilucidar, a mi juicio, es si, como se dejó apuntado al inicio de este comentario, en la segunda figura debe incluirse a toda clase de animales, domésticos o no, y en consecuencia sólo serán punibles las conductas que se realicen durante espectáculos no autorizados o, por el contrario, cabe entender que el maltrato a los domésticos está castigado en todo caso. Creo que esta última opción es la que más se acompasa con el texto legal pues, de no ser así, no se entenderían las modificaciones introducidas por la LO 15/2003. Parece, pues, que el precepto tipifica los maltratos a animales domésticos en todo caso (sean o no infligidos en espectáculos públicos no autorizados) y que los que recaigan sobre cualesquiera otros deberán ser castigados en los supuestos en que se realicen en los espectáculos dichos (en sentido parecido AYO, GARCÍA ALBERO). Un elenco de resoluciones judiciales al respecto puede verse en REQUEJO.

De la discusión, que parece que continúa, es reflejo la reciente SAP de Barcelona, 9.^ª, 382/29007, de 24 de octubre (JUR 2008/11985), en la que se dice:

“la redacción del actual artículo 632.2 del CP ciertamente adolece de una deficiente o cuando menos desafortunada redacción, de modo que puede suscitar o dar lugar a diferentes interpretaciones partiendo de su literalidad. Así, es posible

entender, como lo hecho la doctrina científica y la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales:

a) Que la distinción que efectúa el tipo entre animales domésticos y cualesquiera otros es superflua e inútil en el texto legal, pues —como sostiene la representación del condenado— en todo caso, es precisa la concurrencia de una crueldad acreditada y que la conducta se haya llevado a cabo con publicidad no autorizada, es decir en espectáculos no autorizados, concluyendo que el maltrato sin proyección a terceros debe considerarse atípico. Apoya dicha tesis una interpretación restrictiva del Derecho penal que trae como consecuencia la no distinción de supuestos *contra reo*. Interpretación que ha tenido traducción en diversas resoluciones de Audiencias Provinciales.

b) Al contrario, la distinción que opera el precepto entre animales domésticos y cualesquiera otros no es gratuita y obedece a un verdadero interés en la protección de bienes jurídicos dignos de tutela penal. A juicio de los defensores de esta interpretación, carecería de sentido que el legislador hubiera diferenciado entre animales domésticos y no, pues la misma obedece al establecimiento de un doble nivel de protección dependiendo de la relación del animal con el ser humano. En consecuencia un primer nivel de protección, más generoso, abarcaría todos los animales que pueden calificarse de domésticos, donde el tipo sólo exigiría —además de dicho carácter— la concurrencia del maltrato cruel. Y un segundo nivel de protección, más restrictivo, que recaería sobre el resto de animales, cuya protección es de menor intensidad; en tales casos, será necesario que el maltrato se lleve a cabo en espectáculos no autorizados legalmente.

A nuestro modo de entender, resulta más correcta la segunda interpretación. Y ello, no sólo por la redacción literal del precepto, cuando el legislador utiliza la disyuntiva ‘o’ que implica describir dos acciones alternativas. También por la referencia que el artículo 632.2 del CP hace al artículo 337 del mismo texto punitivo, cuando se castiga el maltrato cruel e injustificado a animales domésticos con resultado de muerte o de lesiones con grave menoscabo físico. El hecho de que la falta del art. 632.2 pueda ser defectiva o residual del delito del art. 337, sólo en animales domésticos, cuando —recordemos— el CP otorga un primer nivel de protección, avala que la diferenciación apreciada en la redacción del número 2 del artículo 632 no es gratuita ni superficial. De forma que la exigencia de que el maltrato se opere con publicidad, en espectáculos no autorizados legalmente, sólo resulta aplicable al supuesto de que se trate de animales no domésticos”.

e) La crueldad y el ensañamiento

En orden a la calificación que se da a los comportamientos castigados, esto es, que se realicen cruelmente, téngase en cuenta que el legislador utiliza en el art. 337 las expresiones con ensañamiento e injustificadamente. Con ello, parece, se pretende diferenciar, también, el delito de la falta, otra cosa es que se haya conseguido, pues puede convenirse en que el maltrato cruel ya cristaliza con hacer intervenir a los animales en los espectáculos no autorizados (MAGALDI).

La jurisprudencia señala que “La exigencia de la ‘crueldad’ en el maltrato es un elemento normativo del tipo, que no cabe sino entender como complacencia en el sufrimiento o dolor del animal, en forma gratuita e innecesaria [SSAP de Baleares, 1.^a, de 24 de diciembre de 1997, ARP 1997/1880, y Madrid, 6.^a, 117/2006, de 9 de marzo (JUR 2006/172147)]. De esta manera, la expresión maltrato cruel, proveniente del término latino ‘crudelis’, implica deleite en hacer el mal o complacencia en los padecimientos ajenos causados voluntariamente, sin justificación alguna, que no fuera el propio placer de hacer sufrir sin otro motivo (SSAP de Valencia, 3.^a, 656/2000, de 9 de diciembre; Almería, 2.^a, 99/2003, de 16 de mayo; Madrid, 17.^a, 287/2004, de 19 de abril; Castellón, 2.^a, 231/2004, de 14 de septiembre; Asturias 2.^a, 36/2006, de 2 de marzo).

Si, como parece lógico, el término ensañamiento debe interpretarse en el mismo sentido que la agravante mixta (por afectar a la antijuricidad y a la culpabilidad) 5.^a del art. 22, eso sí, con la obligada sustitución del vocablo “inhumanamente” por otro más propio de la infracción, como “inanimalmente” (así, MARTÍNEZ-BUJÁN, GODOY), y, además, se añade injustificadamente, pocas o ninguna diferencia parece existir con el vocablo cruelmente que se utiliza en el art. 632.2 del CP, sin olvidar que en alguna ocasión el ensañamiento y la crueldad se han considerado como términos sinónimos o equiparables [así, SAP de Barcelona, 20.^a, 1044/2006, de 5 de diciembre (JUR 2007/163439)], lo que también sostienen REQUEJO y MUÑOZ LORENTE, entre otros autores.

f) La experimentación

Para poder apreciar que el maltrato de animales está justificado cabe acudir al ejercicio legítimo de un derecho u oficio (art. 20.7.^o), donde deben residenciarse los supuestos de experimentación. En este sentido, han de tenerse en cuenta la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, y el Real Decreto 1201/2005, de 10 de octubre, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, y la normativa dictada al respecto por las Comunidades Autónomas con competencia para legislar sobre la materia.

La vigente normativa estatal es consecuencia de la inicial trasposición, por Real Decreto 223/1988, de 14 de marzo, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, desarrollado posteriormente por Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 13 de octubre de 1989, por la que se establecen las normas de registro de los establecimientos de cría, suministradores y usuarios de animales de experimentación de titularidad estatal, así como las de autorización para el empleo de animales en experimentos, de la Directiva 86/609/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los anima-

les utilizados para experimentación y otros fines científicos, modificada mediante la Directiva 2003/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 22 de julio de 2003. Tal Directiva tiene como objeto armonizar la legislación de los distintos Estados miembros de la Unión Europea en lo que se refiere a la protección de los animales utilizados para dichos fines. Esta directiva pretende garantizar que el número de animales empleados en este tipo de prácticas se reduzca al mínimo y que, en todo caso, a los que se utilicen, se les conceda un trato que evite al máximo el dolor, el sufrimiento o la lesión, prolongados innecesariamente. Fomenta, asimismo, la puesta a punto de métodos alternativos que puedan aportar el mismo nivel de información que el obtenido en procedimientos con animales y que supongan una menor utilización de éstos, conceptos que actualmente se engloban en el “principio de las tres erres” (reducción, refinamiento y reemplazo). En la misma fecha, y dada la voluntad de definir y limitar el uso de animales de experimentación para determinados fines como son la investigación científica, la educación y la formación y la investigación médico-legal, los Estados miembros adoptaron la Resolución 86/C 331/02.

Por otra parte, España ratificó, el 25 de octubre de 1990, el Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos (Estrasburgo, 18 de marzo de 1986), que contiene reglas generales cuyo objetivo es evitar que a los animales a los que dicho convenio les es de aplicación se les cause dolor, sufrimiento o angustia innecesarios, así como la limitación de su utilización, favoreciendo el uso de métodos alternativos. Asimismo, en este marco del Consejo de Europa se adoptaron, en una serie de consultas multilaterales, un conjunto de resoluciones sobre la interpretación de ciertas disposiciones y expresiones del Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, sobre la formación y educación de las personas que trabajan con animales de laboratorio, sobre instalaciones y cuidados a los animales de laboratorio y sobre adquisición y transporte de éstos. (Estas normas internacionales, así como las de las Comunidades Autónomas, pueden contemplarse en la recopilación realizada por PÉREZ MONGUIÓ. *Vid*, también sobre esta cuestión, ROBLES).

Específicamente, el art. 16 del RD 1201/2005, de 10 de octubre, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, establece que:

“1. No deberá realizarse un procedimiento, si se dispone de otro método científicamente satisfactorio y contrastado, que permita obtener el resultado perseguido sin implicar la utilización de animales, excepto cuando la normativa de aplicación lo requiera.

2. Los procedimientos deberán realizarse de forma que eviten la angustia y el dolor o el sufrimiento innecesario a los animales de experimentación.

(...)

5. Ante la elección entre diversos procedimientos, se seleccionará aquel que permita obtener los resultados más satisfactorios y que:

- a) Utilice el menor número de animales”.

Por su parte, el art. 20 de dicho RD 1201/2005 señala:

“1. Los procedimientos deberán llevarse a cabo con anestesia general o local, salvo que se considere que ésta:

- a) Es más traumática para el animal que el procedimiento en sí.
- b) Es incompatible con los fines del procedimiento; en este caso, será preceptiva la autorización previa de la autoridad competente.

2. Si la anestesia no fuera posible, deberán utilizarse analgésicos u otros métodos idóneos para garantizar, en la medida de lo posible, que el dolor, el sufrimiento, la angustia o la lesión sean mínimos, y, en cualquier caso, que el animal no padezca dolor, angustia o sufrimiento intenso.

(...)

5. En ningún caso podrá utilizarse un animal más de una vez en procedimientos que conlleven dolor intenso, angustia o sufrimiento equivalente”.

Finalmente, y en lo que respecta a su enjuiciamiento, debe recordarse que, como ya señalamos anteriormente, y a tenor de lo dispuesto en el art. 14.1 de la LECrim, será el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido quien conocerá de los juicios por faltas tipificadas en este artículo 632 del Código Penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *La falsificación de moneda*, Barcelona, 2000.

ARMENTEROS LEÓN, Miguel, *Las faltas: derecho sustantivo y procesal*, Valencia, 2005.

AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas en el Código Penal y el Juicio de Faltas*, 6.ª ed., Pamplona, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, (Rodríguez Mourullo, dir. y Jorge Barreiro, coord.), Madrid, 1997.

DE LORA, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, 2003.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, *El medio ambiente en la crisis del estado social. Su protección penal simbólica*, Granada, 2006.

GARCÍA ALBERO, Ramón, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (G. Quintero Olivares, dir.), 6.ª ed., Pamplona, 2007.

GODOY SUÁREZ, Mónica, “Breves apuntes sobre el maltrato de animales en el artículo 337 del Código Penal”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (ed.), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, pp. 545-554.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico-penal de la suelta de animales potencialmente peligrosos”, en *Actualidad Penal*, 2002 (3), pp. 1139-1181.

GÓMEZ-MAMPASO DEL PALACIO, Ricardo, *Las distintas formas de responsabilidad derivada de la tenencia de animales*, Madrid, 2006.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El delito de maltrato de animales”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1319-1349.

HAVA GARCÍA, Esther, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Valladolid, 2000.

HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, “La protección de los animales en el Derecho positivo español”, en *Actualidad Administrativa*, 2005 (2), pp. 2575-2592.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, núm. 17, 1998, pp. 346 y ss.

MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª José, en *Comentarios al Código Penal, parte especial, tomo II* (Córdoba Roda y García Arán, dirs.), Madrid, 2004.

MUÑOZ LORENTE, José, La protección penal de los animales domésticos frente al maltrato, en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre 2007, pp. 5-37.

PÉREZ MONGUIÓ, José M.ª, *Textos legales sobre Experimentación Animal*, Universidad de Cádiz, 2003.

REQUEJO CONDE, Carmen, El delito de maltrato de animales, en *La Ley*, núm. 6690, 11 de abril de 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Las faltas contra los intereses generales en el nuevo Código Penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 36, 30 de septiembre-6 de octubre de 1996.

ROCA AGAPITO, Luis, “Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal”, en *Actualidad Penal*, 2000 (2), pp. 387 y ss.

SERRANO TÁRRAGA, M.^a Dolores, “El maltrato de animales en el Código Penal”, en *La Ley*, núm. 6274, 14 de junio de 2005.

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón, coord.), vol. II, Valencia, 1996.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, dir.), 6.^a ed., Pamplona, 2007.

CONSIDERACIONES JURÍDICO PENALES ACERCA DE LA PIRATERÍA MARÍTIMA

ANTONIO FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Doctor en Derecho
Personal investigador Universitat Jaume I

RESUMEN

La práctica de actos de piratería marítima está adquiriendo desde 1980 un incremento inusitado que, como la realidad se ha encargado de poner de manifiesto, también afecta a la flota española. Ello hacía necesario un análisis de la respuesta que a tal fenómeno delictivo se da en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de poder poner de manifiesto los defectos que pueda haber en él, proponiendo, en su caso, posibles soluciones a los mismos, no sin antes analizar la situación criminológica actual y el marco normativo internacional en el que ha de enmarcarse nuestra normativa interna.

Palabras clave: Piratería marítima; jurisdicción universal; derecho penal español.

ABSTRACT

The practice of acts of maritime piracy is acquiring from 1980 an unusual increment that, as the reality has demonstrated, also affects to the Spanish fleet. It became necessary an analysis of the answer that is given in our juridical norm to such a criminal phenomenon, in order to be able to show the defects that can be found in it, proposing, in that case, possible solutions to them, analyzing previously the current criminal situation and the international normative mark in which our internal norms must be classified within.

Key words: Maritime piracy; universal jurisdiction; Spanish penal law.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PIRATERÍA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.
 1. Régimen jurídico.
 2. Problemáticas derivadas del régimen jurídico internacional de la piratería.

III. LOS ACTOS DE PIRATERÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. **Propuesta de *lege ferenda*.**
2. **Un comentario urgente al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal.**

IV. CONCLUSIÓN.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, la piratería, el robo armado en el mar, el contrabando y los actos terroristas contra la navegación, las instalaciones en mar abierto y otros intereses marítimos, constituyen en la actualidad las principales amenazas a la seguridad marítima; con la consiguiente pérdida de vidas y generación de efectos desfavorables en el comercio internacional, la seguridad energética y la economía mundial⁽¹⁾.

La situación llega a ser tan grave en determinadas zonas que, incluso el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha dictado resoluciones al respecto, como es el caso de la aprobada el 2 de junio de 2008⁽²⁾ en la que, por un período de seis meses, autoriza a “los Estados que cooperen con el GFT⁽³⁾ en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la Costa de Somalia”, esto es, a entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir tales actos, así como a usar en ellas, “en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería”⁽⁴⁾, todos los medios necesarios para reprimirlos.

(1) Resolución A/RES/62/215, de 14 de marzo de 2008.

(2) Resolución 1816 (2008). Disponible en <http://www.un.org/spanish/docs/sc08/scrl08.htm> (último acceso 31 de octubre de 2008).

(3) Gobierno Federal de Transición de Somalia.

(4) Esto resulta relevante porque las aguas territoriales son consideradas territorio nacional y, por tanto, la soberanía del Estado del que forman parte se extiende también a ellas, lo que supone, como regla general, la jurisdicción de éste en tales aguas. Las excepciones a tal principio general vienen constituidas por el derecho de paso inocente (art. 14.1 del Convenio de 1958 sobre el Mar Territorial y art. 17.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) y los supuestos de no aceptación de la jurisdicción penal y civil del Estado ribereño en su mar territorial (arts. 19.1 y 20.1 del Convenio y arts. 27.1 y 28.1 de la Convención).

Desde abril de 1984, el Comité de Seguridad Marítima (el más alto órgano técnico de la Organización Marítima Internacional ⁽⁵⁾) estableció como una línea permanente en su programa de trabajo ⁽⁶⁾ la “piratería y el robo a mano armada perpetrado contra buques”, en la cual se elaboran y proponen medidas de actuación dirigidas a erradicar tales fenómenos delictivos. Desde dicha fecha, el Comité de Seguridad Marítima recibe información de los actos de piratería y los robos mediante el uso de armas producidos contra buques por parte de las autoridades de los Estados miembros y organizaciones internacionales. Datos con los que la OMI elabora informes ⁽⁷⁾ que son remitidos a sus Estados miembros y las Naciones Unidas ⁽⁸⁾.

En su *Informe relativo a los actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra buques*, correspondiente al mes de abril de 2008, la OMI hace referencia, entre un total de 33, a lo ocurrido al barco atunero congelador español *Playa de Bakio*, el cual fue atacado el día 20 de dicho mes en aguas internacionales, próximas a Somalia, por un grupo de personas que, mediante el uso de pistolas y lanzagranadas, se hizo con el gobierno de la embarcación, secuestrando a la tripulación. Casi una semana después de que tuvieran lugar tales hechos ⁽⁹⁾ se lograba, mediante la actuación de las autoridades españolas, la liberación de la tripulación y su regreso a España.

⁽⁵⁾ La Organización Marítima Internacional (OMI) es el primer organismo de las Naciones Unidas dedicado exclusivamente a la elaboración de medidas relativas a la seguridad marítima. Con sede en Reino Unido, está integrado por 166 Estados miembros y 2 miembros asociados.

Consultar http://www.imo.org/about/mainframe.asp?topic_id=415 (último acceso 31 de octubre de 2008).

⁽⁶⁾ *Piracy and armed robbery at sea*, enero de 2000.

Disponible en http://www.imo.org/includes/blast_bindoc.asp?doc_id=433&format=PDF (último acceso 31 de octubre de 2008).

⁽⁷⁾ Dichos informes, que comenzaron realizándose dos veces por año, pasaron después a hacerse trimestralmente y, desde el 2001, cuentan con una periodicidad mensual.

⁽⁸⁾ Según su *Informe sobre actos de piratería y robos a mano armada contra buques*, de 16 de junio de 2008, correspondiente al mes de marzo del referido año, (MSC.4/Circ.120), la OMI ha informado desde 1984, sobre un total de 4.616 actos de piratería y robo a mano armada perpetrados contra buques. Y, como la propia OMI ha puesto de manifiesto, el número real de sucesos es muy superior, pues es consciente de que los Estados no informan de todos los hechos acaecidos.

⁽⁹⁾ La tripulación permaneció bajo el poder del grupo de asaltantes desde el día 20 al 26.

Esta realidad dista mucho de la creencia generalizada consistente en que estos hechos pertenecen al pasado y sólo pueden encontrarse en relatos históricos. Muy al contrario, la piratería ha evolucionado desde la propia de los siglos XVI al XIX, modernizando y mejorando sus métodos de actuación.

Precisamente en atención a esta realidad criminológica, la International Chamber of Shipping (ICS) ha clasificado los actos de piratería en tres categorías: a) robos armados de bajo nivel, consistentes en sustracciones realizadas normalmente por la noche, en los que los asaltantes únicamente se apoderan de todo aquello que se encuentre en la cubierta y en las bodegas y que puedan llevarse. En estos ataques lo normal es que se haga uso de la violencia únicamente cuando la tripulación trata de oponerse a los piratas; b) asaltos y robos armados de nivel medio, que consisten en rápidos robos (no llegan a alcanzar la hora de duración) con violencia e intimidación y uso de armas, en los que los piratas abordan la embarcación de forma inesperada y obligan a la tripulación a entregarles todo lo que haya de valor en el buque, así como la carga, cuando ello es posible; c) y el más grave, los secuestros a alta escala, en los que parte de los piratas se apropian de la totalidad de la carga del buque trasladándola al suyo, mientras el resto mantiene a la tripulación controlada bajo la cubierta. En los peores casos el barco es secuestrado, la tripulación es abandonada a su suerte o muerta, la carga es transferida a otro buque o descargada en un puerto distinto al de destino y el buque es registrado en un puerto extranjero, con nuevo nombre y pabellón. Ni que decir tiene que todo ello es posible por los vínculos existentes con la criminalidad organizada y por la utilización de autoridades portuarias corruptas.

A la anterior clasificación han de añadirse además, métodos novedosos que reflejan nuevas tendencias. Así, las tácticas que están comenzando a emplearse consisten en el apoderamiento de buques con el consiguiente secuestro de su tripulación, por cuya liberación exigen un rescate económico. Ahora, además, se ha ampliado el espectro de objetivos y ya no se atacan únicamente los buques mercantes y barcos pesqueros, sino también los yates privados⁽¹⁰⁾. También el modo de atacar a los buques está cambiando y ya no se hace desde otro buque, sino desde lanchas motoras que provienen de una nave nodriza, lo que les otorga una gran velocidad y la posibilidad de atacar desde varios lugares al mismo tiempo⁽¹¹⁾.

(10) MUNICH RE GROUP, *Piracy - Threat at sea: A risk analysis*, Munich, Munich Re Group, 2006, disponible en http://www.munichre.com/publications/302-05053_en.pdf (último acceso 31 de octubre de 2008), pp. 14 y 15.

(11) LÓPEZ PULIDO, R., “Protección marítima y piratería en el siglo XXI: de la necesidad de inteligencia como elemento clave”, en *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm. 4, julio-noviembre de 2008, p. 203, habla en este sentido de: “Robos o ataques a buques fondeados o atracados en un muelle; Robo en buques en alta mar; Secuestro y robo de buques en sí mismos; Piratería de yates y Kidnap-for-ramson”.

Si a ello se añade que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁽¹²⁾, en su artículo 100, dispone que “todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en el alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado”, y que la Asamblea General de la ONU ha llegado a instar a los Estados en reiteradas ocasiones⁽¹³⁾ a que adopten las medidas necesarias⁽¹⁴⁾, fomentando e incentivando la cooperación entre Estados y con la OMI a fin de hacer frente a los “peligros que amenazan la seguridad de la navegación, como la piratería, el robo a mano armada en el mar, el contrabando y los actos terroristas contra el transporte marítimo, las instalaciones marinas y otros intereses marítimos, mediante instrumentos bilaterales y multilaterales encaminados a vigilar, prevenir y responder a tales amenazas”⁽¹⁵⁾, se hace necesario examinar hasta qué punto España cumple con tal obligación genérica y con las específicas derivadas de la misma.

II. LA PIRATERÍA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Como sobradamente es conocido, en Derecho internacional los espacios comunes o de interés internacional son aquellos que, sin estar sometidos a ninguna soberanía estatal, son susceptibles del ejercicio de competencias concurrentes de naturaleza extraterritorial por parte de todos los Estados⁽¹⁶⁾. Es

(12) Firmada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay (Jamaica), fue resultado de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. España la ratificó mediante el correspondiente instrumento, siendo publicada en el BOE de 14 de febrero de 1997, entrando en vigor para ella al día siguiente de su publicación. JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Capítulo XIX. Régimen jurídico de los espacios marinos (I). Aguas interiores, mar territorial y zona contigua”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 472.

(13) Concretamente, salvo error u omisión propia, en las Resoluciones A/RES/55/7, de 22 de febrero de 2001; A/RES/59/24, de 4 de febrero de 2005 y A/RES/61/122, de 16 de marzo de 2007.

(14) Especialmente las “relacionadas con la asistencia en el fomento de la capacidad por medio de la formación de los marinos, el personal portuario y el personal de vigilancia en la prevención, la denuncia y la investigación de incidentes, enjuiciando a los presuntos autores, de conformidad con el derecho internacional, y promulgando legislación nacional, así como suministrando naves y equipo de vigilancia e impidiendo la matriculación fraudulenta de buques” (Punto 47 de la Resolución A/RES/59/24).

(15) Punto 58 de la Resolución A/RES/61/122.

(16) DÍEZ DE VELASCO, M., “Capítulo XXII. Los espacios de interés internacional (I): el alta mar, la zona internacional de los fondos marinos y los espacios polares”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 538.

precisamente a estos espacios a los que se refiere la Convención sobre el Derecho del Mar en lo que a la piratería se refiere.

1. Régimen jurídico

La piratería constituye una práctica odiosa⁽¹⁷⁾ que se erige en límite a la libertad de navegación⁽¹⁸⁾, manifestación del principio de libertad de los mares⁽¹⁹⁾ que rige la alta mar. Y lo que debe entenderse por acto de piratería viene definido en el art. 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar, de la siguiente forma⁽²⁰⁾:

“Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;

ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente”.

(17) Lo son también la trata de esclavos (Convención de 25 de septiembre de 1928 contra la esclavitud, complementada por la Convención de 7 de septiembre de 1956); y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988).

(18) Las seis libertades actualmente previstas para el alta mar son: la referida libertad de navegación, la libertad de sobrevuelo, la libertad de tender cables y tuberías submarinos, la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el Derecho Internacional, la libertad de pesca y la libertad de investigación científica.

(19) Los principios que rigen el alta mar son, además del ya aludido, el de igualdad de uso, con atención al cual el alta mar está abierto a su empleo por todos los Estados, tengan o no litoral marítimo; el de no interferencia, que establece que no puede ser objeto de apropiación por parte de nadie y el de sumisión al Derecho internacional. DÍEZ DE VELASCO, M., *op. cit.*, p. 539.

(20) Definición esta que coincide con la ofrecida por la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 29 de abril de 1958.

Así pues, y atendiendo a la norma básica sobre esta cuestión en el ámbito internacional, un acto de piratería se fundamenta sobre cuatro elementos: consiste en un actuar violento o intimidatorio (1), cometido por varios sujetos privados (2), con el fin de obtener un provecho para sí mismos (3), contra un buque o una aeronave en alta mar o en un lugar no sujeto a la jurisdicción de ningún Estado (4).

Como puede apreciarse de la definición acabada de reseñar, la piratería, al igual que sucede con el terrorismo, el cual “constituye un fenómeno delictivo caracterizado por consistir en la comisión de delitos comunes que se encuentran revestidos de determinados caracteres específicos, en los cuales se fundamenta la mayor carga de desvalor jurídico que se les atribuye”⁽²¹⁾, se encuentra también integrada por delitos comunes⁽²²⁾ que son calificados como piratería por el hecho de revestir un elemento esencial, como es el ser cometidos en lugares en los que, en principio, no puede actuar ningún Estado.

A mi parecer, dado que la nota diferenciadora entre los delitos de piratería y de terrorismo no puede recaer ni en los comportamientos que lo componen (pues, en algunos casos, iguales conductas pueden ser calificadas de una u otra manera, dependiendo de las concretas características que le sean atribuibles, piénsese en una ejecución de la tripulación completa de un buque, como mecanismo de actuación para hacerse con el buque y su carga, o como instrumento de lucha para lograr la independencia de un determinado territorio), ni tampoco en el carácter privado de los sujetos activos (pues también los terroristas son sujetos privados y no representantes de un Estado), la exigencia de la persecución de un provecho propio sirve para diferenciarlo de los delitos de terrorismo, los cuales, por definición (al menos en nuestro sistema), son cometidos con una motivación política⁽²³⁾. Cuestión distinta es la necesidad o no de integrar dicha nota en la definición de acto de piratería.

(21) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 36.

(22) RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “El delito de piratería”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L 1997, p. 259, alude al robo agravado (art. 242 del CP), al robo con fuerza en las cosas (art. 238 del CP), al delito de daños (arts. 263 y ss. del CP) o al delito de estragos (art. 346 del CP).

(23) No se comparten, por ello, las objeciones realizadas a la definición de acto de piratería contenida en la Convención sobre el Derecho del Mar realizadas por BUHLER, PHILLIP A., “New Struggle with an Old Menace: Towards a Revised Definition for Maritime Piracy”, en *8 Currents Int'l Trade L.J.* 61, p. 62, según el cual, el hecho de que se enumeren como actos de piratería determinados actos violentos cometidos con una finalidad de obtener un beneficio económico permite a criminales y terroristas de cualquier clase evitar la persecución por piratería con la mera afirmación de perseguir un objetivo político o un fin no económico con sus robos. En relación a los criminales,

Precisamente, la configuración de los actos de piratería como un delito contra el derecho de gentes⁽²⁴⁾ implica que su comisión no sólo lesiona los concretos e inmediatos bienes jurídicos personales afectados, sino que afecta a un bien común *superior*⁽²⁵⁾ que justifica la calificación como tal de actos que, de ser llevados a cabo de manera diferente, recibirían no sólo una calificación jurídica distinta, sino incluso un trato procesal distinto. Como se verá, esto es relevante a la hora de ver las posibilidades de afirmación de competencia de la jurisdicción española. Así pues, además de los concretos instrumentos internos que cada Estado haya configurado en su ordenamiento jurídico, en el ámbito internacional se han previsto una serie de mecanismos de actuación.

Según el art. 107 de la Convención sobre el Derecho del Mar, “los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin” pueden llevar a cabo las actuaciones previstas en los arts. 105 y 110 de la referida Convención, esto es, el apresamiento de tales buques y aeronaves⁽²⁶⁾, y el derecho de visita⁽²⁷⁾ a éstos.

cualquier finalidad privada (de la que debe excluirse únicamente la política, por ser propia del terrorismo), convierte al acto de depredación en piratería, siempre que concurran el resto de requisitos necesarios para ello. Por lo que respecta a los terroristas, ello dependerá de lo que se entienda por acto terrorista, porque no todos los actos delictivos cometidos por un terrorista son terrorismo. No es la condición de terrorista la que convierte al delito en tal, sino a la inversa, es la consideración de un determinado comportamiento como terrorismo lo que otorga dicha calificación a quien lo comete. Y para el supuesto en que se considerara terrorismo el apresamiento de una embarcación para obtener fondos con los que financiar posteriormente actos terroristas, existen mecanismos internacionales y de carácter nacional a los que recurrir. Atendiendo a las normas incriminadoras del terrorismo existentes en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional, resulta dudoso que un criminal alegue motivaciones políticas para evitar una condena por piratería.

(24) MARTOS NÚÑEZ, J.A., “Piratería”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, p. 766.

(25) MARTOS NÚÑEZ, J.A., *op. y loc. cit.*, alude al “interés político de la Comunidad internacional en fundamentar la *paz mundial* sobre la base del respeto a la Ley y a los derechos humanos” (la cursiva en el original).

(26) Dicho precepto establece que: “Todo Estado puede apresarse, en el alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

(27) Según el art. 110:

“1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentre en el alta mar un buque extranjero

Esto implica que la Convención sobre el Derecho del Mar se constituye en un instrumento eficaz en lo que a la autorización de actuaciones gubernativas por parte de los Estados se refiere, pero no en relación a su enjuiciamiento y eventual punición, dado que en ella no se prevé sanción alguna por la comisión de tales comportamientos⁽²⁸⁾. Tal cuestión queda al arbitrio de los distintos Estados. Circunstancia que, como se verá, reviste vital importancia en lo que a la represión de la piratería se refiere.

Dejando por el momento el aspecto relativo a las posibilidades de actuación legalmente previstas a nivel internacional frente a tales actos, procede referirse con carácter previo a los problemas derivados de la definición acabada de referir.

2. Problemáticas derivadas del régimen jurídico internacional de la piratería

El 80 por ciento de los ataques a buques tienen lugar en aguas territoriales⁽²⁹⁾, lo cual implica que, acorde al texto de la Convención, no pueden ser considerados como actos de piratería⁽³⁰⁾. Tal defecto propició la aprobación del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navega-*

que no goce de completa inmunidad de conformidad con los arts. 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque:

- a) Se dedica a la piratería;
- b) Se dedica a la trata de esclavos;
- c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas siempre que el Estado de pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109;
- d) No tiene nacionalidad; o
- e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.

2. En los casos previstos en el párrafo 1, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aun después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles”.

(28) MUNICH RE GROUP, *op. cit.*, p. 26.

(29) MUNICH RE GROUP, *op. cit.*, p. 20.

(30) Precisamente por ese motivo, junto con el carácter político que revistió tal acto, el apoderamiento a manos de integrantes de la Organización para la Liberación de Palestina del buque italiano *Aquille Lauro* no pudo ser considerado como tal. PATHAK, MÓNICA, “Maritime Violence: Piracy at Sea & Marine Terrorism today”, en *20 W.R.L.S.I.* 65, p. 75.

ción marítima de 1988 ⁽³¹⁾. Convenio que, aunque previsto para actuar frente a los actos de terrorismo, también resulta aplicable a hechos que no necesariamente han de revestir una finalidad política. Por el contrario, resulta suficiente con que, mediante las diversas modalidades de actuación contenidas en su art. 3, se ponga ilícitamente en peligro la seguridad de las embarcaciones y de quienes se encuentren a bordo de éstas para su aplicación. Sin embargo, y pese a prever un espacio geográfico más amplio que la Convención de 1982, el mismo se limita a aquellos supuestos en los que el buque afectado navega, o prevé hacerlo, más allá de las aguas territoriales de su Estado de pabellón, con lo que no puede aplicarse a aquellos supuestos en los que las embarcaciones navegan únicamente por aguas nacionales.

Ha de tenerse en cuenta que el Convenio de 1988 es un instrumento para actuar ante actos que no encontraban debido acomodo en la Convención de 1982. Pero ello no implica que tales comportamientos puedan ser considerados como actos de piratería, pues continúan adoleciendo de la falta de alguno de los elementos legalmente exigidos para ser considerados como tales. Precisamente por ello se hizo necesaria su elaboración, aunque el problema de fondo sigue siendo el mismo.

De ahí que, a fin de poder completar dicha noción, la IMO definió en el párrafo 2.2 del *Código de prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada perpetrados contra los buques* [Resolución A.922 (22)], los “robos a mano armada perpetrados contra los buques” como “cualesquiera actos ilícitos de violencia o de detención, o cualesquiera actos de depredación o de amenaza de depredación, que no sean actos de piratería, dirigidos contra un buque o contra personas o bienes a bordo de éste, dentro de la jurisdicción de un Estado respecto de tales delitos”. Logrando con ello una unidad de tratamiento jurídico para los actos de piratería y los robos armados cometidos contra buques, a los cuales se había venido refiriendo de forma conjunta, en la totalidad de los documentos que al respecto ha elaborado ⁽³²⁾.

(31) Normativa internacional que se completó con el *Protocolo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* y el *Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*.

(32) En efecto, la OMI, ante el alarmante incremento que desde la década de los 80 del pasado siglo experimentaron los actos de piratería a nivel mundial, redactó en 1993 las Circulares 622 y 623, que fueron revisadas en 1999, dando lugar a: las Recomendaciones a los Gobiernos para prevenir y reprimir los actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra los buques (MSC/Circ.622/Rev.1), de 16 de junio de 1999 y a las Directrices para propietarios y armadores de buques, capitanes y tripulaciones sobre la prevención y represión de actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra buques (MSC/Circ.623/Rev.1), que ha sido a su vez sometida a nuevas revisiones, siendo la última de ellas la de 29 de mayo de 2002 (MSC/Circ.623/Rev.3).

Como pone de manifiesto DAHLVANG⁽³³⁾, las carencias de que adolece la definición de acto de piratería contenida en la Convención de Montego Bay podrían resolverse centrandó la definición, no en los motivos del sujeto activo ni (añado yo) en el lugar de comisión⁽³⁴⁾, sino en aquello en que consiste un acto de piratería. A mi parecer, la esencia de los actos de piratería radica en tres circunstancias:

a) Se trata de actos de sustracción, detención o destrucción ejecutados por medios violentos contra buques y su tripulación y carga. b) Que comportan un peligro grave para la seguridad de la embarcación y de cuanto y cuantos se encuentran a bordo de ella. c) Y que son cometidos por sujetos privados.

Por lo que se refiere a la finalidad perseguida por quienes lo ejecutan, no es necesario realizar alusión alguna a ésta porque, para el caso de que el objetivo perseguido sea político, ello lo convierte por sí mismo en acto terrorista, de ahí que no sea necesario hacer referencia a finalidades privadas para diferenciarlo de otras categorías delictivas. En lo que al lugar de comisión del acto se refiere, el problema de que tales actos sean ejecutados en aguas territoriales no es tanto de definición y de identidad fáctica de los hechos cometidos (pues son los mismos), como la habilitación de actuación que la calificación de un comportamiento como piratería otorga a todos los Estados. Ampliar la definición de acto de piratería a los hechos ocurridos en mares territoriales implicaría la posibilidad de que buques de guerra o al servicio de un Estado pudieran actuar en lugares sometidos a la jurisdicción de otros Estados, lo que no es posible en Derecho internacional. La solución podría pasar por ampliar la definición de acto de piratería a los cometidos en aguas territoriales, pero limitando el derecho de visita y de apresamiento únicamente al alta mar. Ello podría permitir el que en el momento en que quienes hayan cometido tales hechos salgan fuera del territorio donde cometieron los actos de piratería (para el caso de que dicho Estado no haya realizado actuación alguna al respecto) puedan ser apresados y juzgados por cualquier Estado. Pues, en tales casos, el delito cometido ya no es un delito común cuya competencia es atribuible únicamente al Estado en cuyo territorio tuvo lugar, sino un delito contra la comunidad internacional que puede

Puede encontrarse una detallada relación de los documentos oficiales emitidos por la IMO y otros organismos internacionales en relación a la piratería y los robos armados contra buques en IMO, *Information Resources on Piracy and Armed Robbery at Sea* (Information Sheet n.º 28), disponible en http://www.imo.org/InfoResource/mainframe.asp?topic_id=404 (último acceso 31 de octubre de 2008).

⁽³³⁾ DAHLVANG, N., "Thieves, robbers, & terrorists: Piracy in the 21st century", en *4 Regent J. Int'l* 17, p. 21.

⁽³⁴⁾ De la misma opinión es BUHLER, *op. cit.*, p. 69.

ser enjuiciado por cualquier Estado. Con ello podría solventarse la necesidad de la tipificación interna y las divergencias existentes entre los distintos ordenamientos estatales.

Con el sistema actual, la posibilidad de la punición efectiva de tales actos continúa dependiendo de la voluntad de los Estados. Dado que, a fin de cuentas, dichos actos han de enjuiciarse conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado que haya actuado. Por tanto, aunque pueda aludirse a una pluralidad de textos internacionales a fin de justificar la actuación de las autoridades estatales ante tales comportamientos, la clave sigue encontrándose, en última instancia, en lo previsto en los diferentes ordenamientos internos. Y no debe olvidarse que, pese a lo establecido en el art. 100 de la Convención sobre el Derecho del Mar, lo cierto es que dicho texto no obliga a los Estados parte a tipificar penalmente los comportamientos que ésta define como piratería, sino que únicamente obliga a “colaborar en toda la medida de lo posible” en su represión. Lo que, en toda lógica, y aunque ello sea la forma más directa y eficaz de hacerlo, no se limita únicamente a la actividad jurisdiccional⁽³⁵⁾. Y a igual conclusión puede llegarse de lo contenido en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, pues carecen de fuerza vinculante para los Estados miembros.

Llegados a este punto procede examinar cuál es el tratamiento que en nuestro ordenamiento jurídico se depara a la piratería.

III. LOS ACTOS DE PIRATERÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

No se dice nada nuevo cuando se pone de manifiesto que el Código Penal de 1995 no tipifica el delito de piratería en ninguna de sus modalidades: ni la marítima ni la aérea. Concretamente, en lo que a la primera se refiere, se ha pasado de hecho, de la concurrencia de normas a la ausencia de éstas.

Tampoco constituye novedad alguna recordar que dicho comportamiento sí se encontraba tipificado como delito en el texto refundido del Código Penal de 1973. Y, por no ser reiterativo, no se reproducirán las críticas que a dicho texto se hicieron, pues fueron sobradamente puestas de manifiesto en su momento⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ A este respecto, insisto, ha de tenerse en cuenta que lo que se establece en la Convención sobre el Derecho del Mar es la obligación de colaborar en la represión, no la obligación de adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito como ocurre en otros Convenios internacionales de los que España es parte.

⁽³⁶⁾ Vid. VIVES ANTÓN, T.S., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 1041; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 639 a 641; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 2.^a ed., Comares, Granada, 1990, p. 560.

El proyecto del Código Penal de 1992 no contenía regulación alguna de este delito “en el entendimiento de que su lugar idóneo es una Ley penal especial”, según la Exposición de Motivos de la iniciativa presentada por el Gobierno⁽³⁷⁾. Lo cual, por cierto, se ajustaba perfectamente a las consideraciones que la Doctrina especializada del momento hacía del texto punitivo como “letra muerta”⁽³⁸⁾, habida cuenta del carácter aplicativo prioritario de la, en ese momento todavía vigente, *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante*, de 22 de diciembre de 1955⁽³⁹⁾ y de la *Ley núm. 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea*⁽⁴⁰⁾ (en adelante LPPNA). Ninguna referencia, por el contrario, se hizo en el Proyecto de Ley Orgánica que finalmente se convirtió en el actualmente vigente Código Penal. De lo que cabe inferir que tal vez el motivo por el que tampoco se introdujeron tales delitos en el texto punitivo fuera el mismo. Sin embargo, cuando fue aprobada esta Ley Orgánica, la *Ley de Puertos*⁽⁴¹⁾ ya había derogado la *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante*, única norma en la que en ese momento se tipificaba el delito de piratería marítima⁽⁴²⁾.

Es probable que pudiera pensarse que, dado que España era parte del Convenio sobre el Alta Mar⁽⁴³⁾, en el cual se contenía la definición de piratería, así como la obligación de cooperar en la represión de la piratería en alta mar, y el derecho de visita y la capacidad de detención, se contara con un marco normativo su-

(37) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 102-1, 23 de septiembre de 1992, p. 27.

(38) No obstante, la situación hoy es diferente en lo que a la piratería marítima se refiere, pues ya no existe normativa penal especial que la regule, haciendo, en su caso, al Código Penal inoperante.

(39) BOE de 25 de diciembre de 1955. Derogada en su integridad por la *Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la Marina Mercante* (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992).

(40) BOE de 28 de diciembre de 1964. Modificada por la *Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas*.

(41) *Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la Marina Mercante*, (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992).

(42) Pues la LPPNA regula únicamente esa modalidad de piratería, sin hacer alusión alguna a la marítima.

(43) España se adhirió a éste y a los otros tres resultantes de la Conferencia Internacional para codificar el Derecho del Mar, que tuvo lugar en Ginebra del 24 al 27 de abril de 1958, el 25 de febrero de 1971, entrando en vigor (para ella) el 27 de marzo de 1971 (BOE de 24, 25 y 27 de diciembre de 1971). JIMÉNEZ PIERNAS, C., op. cit., p. 472.

No se hace referencia aquí a la Convención sobre el Derecho del Mar, porque en el momento en que el Código Penal fue tramitado y aprobado, ésta no había sido todavía ratificada (como ya se ha dicho, España la firmó el 4 diciembre de 1984, pero no la ratificó

ficiente para actuar en tales casos. Sin embargo, resulta dudoso que ello fuera (y sea) suficiente para poder actuar jurisdiccionalmente en relación a tales actos.

En la actualidad, en lo que a la piratería se refiere, únicamente puede acudir a los arts. 39 y 40 de la LPPNA y, en ocasiones, a los arts. 71, 73, 74.2.º y 76, ciertos números del art. 77 y 78 del Código Penal Militar⁽⁴⁴⁾. Si se atiende al hecho de que la primera norma hace referencia a la piratería aérea⁽⁴⁵⁾ y la segunda a aquellas actuaciones llevadas a cabo por militares “contra las leyes y usos de la guerra”⁽⁴⁶⁾, surgen serias dudas a la hora de afirmar la competencia de las autoridades españolas para el enjuiciamiento de los actos de piratería marítima, pese al reconocimiento expreso que en nuestro ordenamiento se hace de la jurisdicción universal⁽⁴⁷⁾.

hasta el 14 de febrero de 1997, entrando en vigor al día siguiente). Y, atendiendo al art. 96.1 de la Constitución, todavía no podía considerarse como parte integrante del ordenamiento jurídico al no haber sido “publicada oficialmente”, por lo que todavía no obligaba a España.

(44) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Piratería”, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, p. 1017.

(45) La LPPNA tipifica como delito contra el derecho de gentes las siguientes conductas: “El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección del Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo: 1. Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro. 2. Si se hubiese dejado a alguna persona sin medios de salvarse” (art. 39). Y “serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos: 1. Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento. 2. Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo” (art. 40).

(46) A lo que ha de añadirse que, a efectos internacionales, según establece el art. 102 de la Convención sobre el Derecho del Mar, los actos perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado sólo se asimilarán a actos de piratería cometidos por un buque o aeronave privados cuando sean “perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado *cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave*”.

(47) Según el cual, tal y como establece el TC en su sentencia núm. 237/2005, de 26 de septiembre (TOL709.540), “el catálogo de delitos contenidos en las letras a) a f) del art. 23.4 de la LOPJ son ‘perseguidos ex lege en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros’ (FJ 7) por cuanto que ‘la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto’” (FJ 9).

En efecto, dicho principio viene establecido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Habida cuenta que la fundamentación de tal jurisdicción radica en la naturaleza del crimen a enjuiciar⁽⁴⁸⁾, por cuanto no se exige vínculo jurisdiccional alguno entre el Estado que pretende ejercer su jurisdicción y el lugar de comisión del delito o la nacionalidad de cualquiera de los implicados en él (sujeto activo y sujeto pasivo), el Estado actuante no lo hace sólo como una jurisdicción nacional, sino como representante de la comunidad internacional, que juzga a quien comete tales delitos en su condición de *hostis humani generis*⁽⁴⁹⁾. Precisamente por ello, y para evitar excesos que pudieran dar lugar a conflictos entre los Estados, como pone de manifiesto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁽⁵⁰⁾ “la actividad extraterritorial penal requiere una legitimación interna en la ley nacional y una legitimación externa que se encuentra en los Tratados internacionales”. Y la que resulta discutible en nuestro caso no es la segunda, que, como ya ha sido dicho, procede de la Convención sobre el Derecho del Mar o del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988, sino la interna, pues el ordenamiento punitivo español no tipifica como delito la piratería marítima. Al menos, no mediante la tipificación de una figura específica, autónoma e independiente.

Así, y en lo que a nosotros interesa, la legitimidad con la que las autoridades españolas pueden actuar difiere según el buque afectado sea un nacional o no. Pues, en el primero de los casos, el delito es cometido en territorio español y el Estado actúa como ente soberano, mientras que en el segundo de los casos actúa en representación de la comunidad internacional, en atención a lo establecido por ésta. Como se verá, las consecuencias a la hora de enjuiciar la actuación de las autoridades españolas difieren. Como se ha dicho⁽⁵¹⁾ “el ejercicio de la potestad jurisdiccional implica una actividad que refleja la soberanía del Estado”. De ahí que, en aplicación del principio de territorialidad, la jurisdic-

(48) En relación a la piratería, BASSIOUNI, M.C., “Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea”, en *42 Va. J. Int'l. L.* 81, p. 24, pone de manifiesto que “el principio según el cual todos y cada uno de los Estados podían ejercer su jurisdicción sobre todos y cada uno de los piratas no fue, por tanto, una aplicación de la jurisdicción universal. En lugar de ello, podría decirse que fue el reconocimiento de la aplicación universal de la jurisdicción del Estado de la bandera en su derecho a defenderse contra los piratas y eventualmente perseguirlos tanto como una medida preventiva como sancionadora”.

(49) BASSIOUNI, M.C., *op. cit.*, pp. 13 y 14.

(50) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 576.

(51) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 569.

ción quede restringida a los límites geográficos del Estado. Es por ello que la regla general consiste en la aplicación de la ley penal de un Estado en la totalidad de su territorio, permitiéndose únicamente con carácter excepcional su aplicación extraterritorial, esto es, más allá de sus fronteras. Precisamente por este motivo se definió en su momento la piratería y se han definido recientemente los robos armados perpetrados contra buques en aguas territoriales, porque, siendo fácticamente los mismos hechos, no ocurre lo mismo con las posibilidades de actuación. En el primero de los casos se requiere una autorización para poder actuar, porque ha de aplicarse una ley interna a unos hechos cometidos en un lugar en el que no rige dicha ley. En el segundo, ello no resulta necesario, porque el Estado es soberano y, como tal, su jurisdicción tiene plena competencia sin necesidad de legitimaciones externas. Aunque el problema de fondo (la imposibilidad del castigo de la piratería marítima en cuanto tal) sigue subsistiendo.

La jurisdicción española será competente para actuar en los casos en que el ofendido sea un buque español, por cuanto la regla general del principio de territorialidad contenida en el art. 23 de la LOPJ resulta en estos casos plenamente aplicable, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo del delito, habida cuenta de la asimilación imperante de los buques y aeronaves que portan pabellón español al territorio nacional. En estos casos, no resultaría necesario por tanto, la expresa tipificación del delito de piratería, pues las conductas que generalmente integran tales actos pueden encontrar debido acomodo en nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente, en nuestro texto punitivo, si bien en delitos de naturaleza común⁽⁵²⁾.

El problema surge, sin embargo, en los casos en que, por cualquier circunstancia, un buque español militar o al servicio del Estado y debidamente autorizado para ello, haya de actuar ante actos de piratería (cuyos responsables no sean nacionales o extranjeros nacionalizados españoles, y siempre que se den los requisitos exigidos en el art. 23.1 de la LOPJ) perpetrados sobre buques o aeronaves extranjeros. La cuestión que se plantea en este caso es de suma relevancia, dada la condición de delito *ius gentium* de la piratería, al que ya se ha hecho alusión.

La excepción a la regla general de territorialidad, contenida en el art. 23.4 de la LOPJ, consistente en el principio de justicia universal, introduce en la lista de preceptos respecto de los cuales los Tribunales españoles son competentes para conocer, la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves. Las dificultades en estos casos surgen al no encontrar, como ya se ha dicho, debido acomodo en nuestro texto punitivo (que no en nuestro ordenamiento jurídico) el delito de

(52) *Vid.* nota al pie 21.

piratería. En efecto, el art. 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar define lo que ha de entenderse por delito de piratería y establece en su art. 100 la obligación de los Estados parte, de colaborar en la medida de lo posible (esto es, cuando se pueda y no en cualquier caso) a su represión. Atendiendo al art. 95 de la CE, según el cual los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por España constituyen Derecho interno, tal precepto ha de ser aplicado por las autoridades competentes para ello. Tenemos, pues, el primer componente de la norma jurídica, esto es, el presupuesto, pero no la sanción a imponer. Falta, en consecuencia, un elemento esencial de toda norma punitiva: la consecuencia jurídica.

No nos encontramos, por tanto, ante una norma penal en blanco, en la que falta parte del presupuesto, sino ante la determinación de una conducta que se declara prohibida, pero para la que no se establece sanción alguna. Tal circunstancia puede considerarse contraria al principio de legalidad, promulgado en el art. 25 de la CE, según el cual no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración, ni será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (arts. 1 y 2 del CP). Leyes penales que, en tanto que implican la privación o restricción de algún derecho fundamental, se hallan sujetas a la reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica, conforme establece el art. 81.1 de la CE⁽⁵³⁾.

En estos casos surgen problemas a la hora de justificar las actuaciones de las autoridades españolas en el principio de justicia universal, por cuanto que, a mi entender, pueden plantearse las siguientes cuestiones:

Como se ha dicho, para que una determinada conducta pueda ser considerada un acto de piratería constituye requisito imprescindible el que ésta sea cometida en alta mar. Espacio que, por definición, no se encuentra sometido a soberanía (y por tanto jurisdicción, como manifestación de aquélla que es) alguna.

Dejaré por tanto de lado los supuestos en que el acto delictivo tenga lugar en aguas territoriales, que ya he dicho, no plantea problemas de imposibilidad de enjuiciamiento, y me centraré en la nacionalidad del buque sobre el que se ejecute el acto de piratería.

Dicho buque puede tener o no, pabellón español. En principio, reitero, en ambos casos los Tribunales españoles pueden declararse competentes para ejercer la función jurisdiccional que tienen constitucionalmente atribuida (según el art. 117.3 de la CE), aunque en atención a criterios de atribución de competencia distintos.

⁽⁵³⁾ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 75 y 76.

Para el caso de que el buque atacado sea español, habida cuenta de la consideración de territorio nacional⁽⁵⁴⁾ que de éste se hace, regirá la regla general de atribución de competencia al orden jurisdiccional penal, contenida en el art. 23.1 de la LOPJ⁽⁵⁵⁾, esto es, el principio de territorialidad.

En tales supuestos los hechos cometidos serían calificados no como constitutivos de un delito de piratería, sino como el concreto delito común de que se trate, ya sea detención ilegal, robo a mano armada, homicidio o asesinato, estragos, daños, etc. Tal solución no resultaría contraria al principio acusatorio por cuanto que los delitos son homogéneos, pues el bien jurídico lesionado, en lo que a los delitos comunes se refiere, y el inmediatamente afectado, en el caso de la piratería, es el mismo. Lógicamente, en los delitos comunes no se protege la sociedad internacional (como ocurre con la piratería). De ahí que la aplicación de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias del lugar, prevista en el art. 22.2 del CP, siendo correcta jurídicamente, no atiende al mismo fundamento y no resulta solución suficiente ni satisfactoria a nivel punitivo.

En efecto, la tipificación de la piratería, en cuanto tal, pretende, como ya se ha dicho, la protección de un bien jurídico autónomo y específico, esto es, la paz mundial⁽⁵⁶⁾, al que se le atribuye una determinada relevancia. La aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal tiene como objetivo recoger el desvalor que supone el realizar actos típicamente relevantes en circunstancias que propician una “mayor facilidad de comisión o el debilitamiento de la defensa del ofendido”⁽⁵⁷⁾. De ahí que, pese a posibilitarse una actuación punitiva en relación a tales hechos, desde el punto de vista desvalorativo, ésta resulta a todas luces insuficiente. En primer lugar porque el bien jurídico protegido mediante la tipificación de la piratería continúa en nuestro ordenamiento jurídico sin protección específica. Por otro lado, en lo que a la

(54) Como ponen de manifiesto COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *op. cit.*, pp. 209 y 210, “el territorio del Estado, en sentido amplio, comprende no solamente la *tierra firme* (continental o insular) sino que abarca también las *aguas interiores*, el llamado *mar territorial*, el *espacio aéreo* situado por encima de tales tierras y aguas y los *buques* y *aeronaves* que navegan bajo la bandera del Estado”.

(55) Dice textualmente dicho precepto: “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte”.

(56) En ese sentido RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *op. cit.*, pp. 240 y 241; MARTOS NÚÑEZ, J.A., *op. cit.*, p. 766.

(57) ORTS BERENQUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 317.

punición se refiere, la aplicación de la agravante implica, siempre que no concurra con otras, a tenor de lo dispuesto en el art. 66.1.3.^ª del Código Penal, la aplicación de la pena prevista para el concreto delito cometido, en su mitad superior. Los delitos de piratería (en su modalidad aérea⁽⁵⁸⁾), por el contrario, tienen prevista una pena de “prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes”⁽⁵⁹⁾. Pena que estará en concurso de delitos con la aplicable a los ataques a los bienes jurídicos inmediatamente afectados⁽⁶⁰⁾.

Precisamente ésta sería la forma en que habría que actuarse para el caso de que los concretos actos que pudieran ser calificados como piratería fueran cometidos en nuestro mar territorial, por ser ésa la forma en que nuestro texto punitivo contempla tales conductas.

En lo que a nosotros nos interesa, ha de dejarse de lado la polémica suscitada con ocasión de la determinación de la interpretación que a tal criterio de atribución de competencia ha de darse⁽⁶¹⁾, por cuanto que la cuestión que aquí se plantea es previa, ya que el problema que ha de resolverse no radica en si el único límite que ha de observar dicho principio es el de la cosa juzgada (tesis mantenida por el TC) o si, por el contrario, es necesaria la existencia de algún “punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles”⁽⁶²⁾ (posición mantenida por el TS), sino el hecho de que tales comportamientos no constituyen delito o, al menos, un delito habilitante de la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales.

(58) El art. 12 de la Ley de 22 de diciembre de 1955, Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, preveía para el delito de piratería marítima la pena de “reclusión mayor a muerte”, cuando se diera “alguna de las condiciones siguientes: 1.^ª Haberse apresado alguna embarcación al abordaje o haciéndole fuego. 2.^ª Que fuere acompañado de asesinato, homicidio o de alguna de las lesiones designadas en los artículos 418 y 419 y en los números primero y segundo del 420 del Código Penal común. 3.^ª Haber cometido los piratas cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo primero, Título noveno del Libro segundo de dicho Código. 4.^ª Haber dejado los piratas a alguna persona sin medios de salvarse. 5.^ª En todo caso, el Jefe, Capitán o Patrón pirata”. La pena prevista en los demás supuestos era “de reclusión menor a reclusión mayor”.

(59) Disposición transitoria undécima 1.a) del Código Penal.

(60) Tal y como pone de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *op. cit.*, p. 1021.

(61) Al respecto *vid.* STS núm. 327/2003, de 25 de febrero (TOL306.047), la STC núm. 237/2005, de 26 de septiembre (TOL709.540) y la STS núm. 645/2006, de 20 de junio (TOL964.484).

(62) STS núm. 645/2006, FJ 3.

En efecto, no cabe duda de que la comisión de un “acto ilegal de violencia o de detención” o “todo acto de depredación” se encuentra tipificado como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Pero precisamente por el principio de territorialidad de la ley penal, tales disposiciones punitivas únicamente pueden aplicarse en territorio nacional, pues la excepción que supone la jurisdicción universal exige dos elementos básicos: en primer lugar, el ir referido exclusivamente a los delitos relacionados en el precepto que lo promulga. En segundo lugar y lo que es más importante, los hechos cometidos fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros de los que podrá conocer la jurisdicción española han de ser “susceptibles de tipificarse según la ley española como alguno” de los delitos acabados de aludir. Dado que los concretos delitos comunes que pueden ser considerados piratería no se encuentran en dicha lista, puede ponerse en tela de juicio, según mi parecer, que sirvan de fundamento válido para la aplicación del principio de jurisdicción universal. De no ser esto así no habría sido necesaria la expresa aceptación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de jurisdicción universal, ni éste tendría que ir referido a determinados delitos.

Así pues, la posibilidad de apoderamiento de un buque pirata contenida en el art. 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar únicamente resulta pacíficamente aplicable, en lo que a España se refiere, cuando se hayan realizado tales actos sobre un buque español.

Por otro lado, el uso de la extradición pasiva podría plantearse tan problemático como la solución anterior, por cuanto la exigencia de la doble incriminación ⁽⁶³⁾ podría ser esgrimida como fundamento de la denegación de entrega del sujeto. No obstante, esto resulta discutible, porque el hecho cometido es delictivo en nuestro ordenamiento punitivo. Lo que cambiaría, por tanto, es la calificación jurídica. Y dado que para considerar satisfecho dicho requisito de la doble incriminación no se precisa una identidad de normas, sino simplemente la doble subsunción, entendida como la posibilidad de que el hecho cometido sea subsumible en un tipo penal previsto en los ordenamientos de los dos Estados actuantes en el procedimiento de extradición ⁽⁶⁴⁾, podría actuarse y entregar a los detenidos. Con ello además, se daría cumplimiento al principio que rige en Derecho Internacional *aut dedere, aut indicare*, y que resulta aplicable a los supuestos de piratería. Otra interpretación de tal requisito propiciaría que no

⁽⁶³⁾ Art. 2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

⁽⁶⁴⁾ CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro-orden” de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2003, p. 93.

podiera actuarse en tales supuestos por cuanto que, de hacerlo, se incurriría en la imposibilidad de enjuiciamiento de los hechos por nuestros órganos jurisdiccionales, y en la de la entrega para su enjuiciamiento a otro Estado, al no cumplirse el requisito de la doble incriminación, lo que generaría que nuestro país resultara inoperante ante este tipo de delincuencia.

Mayor dificultad surge a la hora de solicitar una extradición activa, por los argumentos sostenidos a la hora de poner de manifiesto las dificultades de enjuiciar casos en los que la nave afectada no sea española.

De ser lo afirmado hasta el momento correcto, esto no significaría que los actos de piratería quedaran impunes, sino simplemente que España no podría enjuiciarlos en aquellos casos en que no pudiera atribuirse competencia territorial. Tal actuación debería llevarse a cabo por otro Estado soberano. Cuestión distinta es si tal situación resulta o no satisfactoria.

1. Propuesta de *lege ferenda*

De todo lo anterior se infiere, pues, la necesidad de la reincorporación al ordenamiento jurídico español del delito de piratería marítima. Y no sólo por razones pragmáticas, sino por sistematicidad y coherencia interna del ordenamiento jurídico. Pues no se alcanza a comprender la tipificación de la piratería aérea y no la de la marítima, habida cuenta de la incidencia que a nivel mundial revisten tales hechos.

De *lege ferenda* se propone la inclusión en el Código Penal de tal delito. El motivo por el que se propone su inclusión en el Código Penal y no en una ley penal especial consiste en su consideración de delito contra el derecho de gentes, por lo que su inclusión junto al delito de genocidio (otro de los supuestos, junto con el terrorismo, que permiten la jurisdicción universal) resultaría, sistemáticamente hablando, acertada. A ello ha de añadirse la inexistencia en la actualidad de normativa penal especial relativa al transporte marítimo (y que sería de aplicación preferente al Código Penal, lo que podría provocar nuevamente el que el precepto que tipificara dicha conducta fuera nuevamente “letra muerta”). Además, el carácter de Ley ordinaria que reviste la Ley de Puertos imposibilita la inclusión en ésta de tipos penales que, por exigirlo así el principio de legalidad, deben contenerse en leyes de naturaleza orgánica.

Igualmente, por motivos de coherencia interna, sería conveniente el traslado del delito de piratería aérea de la ley especial en la que se encuentra al Código Penal, para que ambas modalidades se encontraran reguladas conjuntamente. Y se dice traslado, porque el mantenimiento de la tipificación en ambos textos punitivos incurriría nuevamente en la crítica que se hacía al Código Penal de 1973.

Dada la condición de delito contra el derecho de gentes que caracteriza a la piratería, el lugar concreto en el que debería ser incluido en el Código Penal

podría ser configurando un nuevo capítulo II dentro del título XXIV, “Delitos contra la Comunidad Internacional”. Su configuración como un nuevo Capítulo II, obedecería a su situación tras lo que en la actualidad vienen calificándose en nuestro texto punitivo como delitos contra el derecho de gentes. Pero, dada la diferencia existente entre las conductas contenidas en dicho Capítulo I y la entidad que la piratería tiene por sí misma, podría resultar conveniente delimitarla en un título específico que vaya referido únicamente a ella, al igual que ocurre con el genocidio y los delitos de lesa humanidad.

La redacción del tipo o los preceptos que tipificaran tales conductas deberían recoger los elementos característicos de la piratería aquí enunciados. Por su parte, las modalidades de conducta deberían atender a las clasificaciones de actos de piratería elaboradas por las organizaciones internacionales especializadas en esta cuestión y que también han sido aquí referidas. Pues ello permitiría la adaptación del texto punitivo a la realidad que estaría llamado a regular.

En lo que a la extensión de la pena se refiere, podría hacerse coincidir con la prevista en la LPPNA para la piratería aérea. Tal extensión situaría a la piratería en la órbita, en lo que a efectos punitivos se refiere, del terrorismo, respecto del cual, ya se ha dicho que podría observarse una cierta identidad.

2. Un comentario urgente al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal

Estando en imprenta el presente trabajo, se ha aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, que ha sido remitido al Congreso de los Diputados. Ello me obliga a realizar de manera muy breve, casi esquemática, una serie de consideraciones que resultarían a mi parecer, predicables de ser el texto examinado el finalmente aprobado e incorporado a nuestro texto punitivo.

En dicho Anteproyecto se crea, dentro del título XXIV (Delitos contra la Comunidad internacional) un nuevo capítulo V titulado “Delito de piratería”, que incluye dos preceptos que configuran un nuevo delito de piratería y la oposición a las actuaciones de prevención y persecución que pueda llevarse a cabo por parte de los buques o aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería y para ejercer los derechos de visita y de persecución⁽⁶⁵⁾ respectivamente. Creación que se encuentra justificada en la Exposición de Motivos “en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los

(65) Artículos 107, 110 y 111 de la Convención sobre el Derecho del Mar.

eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982, sobre el Derecho del Mar y de la Convención sobre la Navegación Marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1998”⁽⁶⁶⁾.

En lo que a la ubicación sistemática se refiere, la propuesta del Anteproyecto coincide con la aquí sostenida, si bien llama la atención que, en vez del lugar aquí planteado se crea un capítulo V que se ubica después del capítulo IV en el que se contienen las “Disposiciones Comunes” al título XXIV. Aunque es cierto que ello no es óbice para que éstas le resulten también aplicables⁽⁶⁷⁾. A priori parece más acertado sistemáticamente hablando, colocar el capítulo relativo al delito de piratería antes de las disposiciones comunes que, por constituir una especie de cláusula de cierre del título, deberían ir al final del mismo.

Se incurre, sin embargo, en el fallo que aquí ya se ha puesto de manifiesto y que no hace sino recordar los defectos de que adolecía el Código Penal de 1973. Si bien este constituye un tema que puede plantear problemas para cuya solución se requeriría un trabajo expresamente dedicado a los mismos, cabe plantear no obstante, alguna que otra consideración.

El Anteproyecto introduce un delito de piratería en el Código Penal sin hacer referencia alguna a la ley especial actualmente vigente y cuya validez no

(66) Los artículos que pretenden introducirse en cuestión son:

Artículo 616 quater: “El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.”

Artículo 616 quinquis (sic.): “1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar y otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del estado y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.”

(67) Al menos la punición expresa de los actos preparatorios punibles, contenida en el artículo 615, y la pena expresamente prevista para el caso de que el autor revista la condición de autoridad o funcionario público (artículo 616), pues las de los artículos 615 bis y 616 bis limitan su ámbito de aplicación a los capítulos II, II bis y III, el primero de ellos, y a los capítulos II y II bis, el segundo. Las expresiones empleadas en ambos preceptos son: “de los delitos previstos en este título” (artículo 615) y “de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este título y en el anterior” (artículo 616).

resulta (a priori) afectada por la modificación que se pretende. En otras palabras, se crea un nuevo delito de piratería (que abarca sus dos modalidades: la marítima y la aérea) mientras se mantiene en vigor el delito de piratería aérea contenido en la LPPNA. Ello obliga a plantear si sería predicable nuevamente la calificación de “letra muerta” respecto de este nuevo texto, al igual que ocurriera con el Código Penal de 1973, ésto es, si el texto que pretende incluirse en el Código Penal resulta muerto, al menos en lo que a la piratería aérea se refiere, antes de entrar en vigor, por resultar de aplicación preferente los preceptos de la LPNNA frente al Código Penal. Ya en su momento COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN expresaron los dos principios lógicos que rigen las relaciones entre el Derecho penal general y el especial: “a) las disposiciones de un Derecho especial son de aplicación preferente (dentro de su materia) a las del Derecho común; b) las deficiencias de las normas contenidas en los Derechos especiales serán suplidas por las disposiciones del Derecho común”⁽⁶⁸⁾. Así pues, en atención a la especialidad formal⁽⁶⁹⁾, la aplicación de la LPPNA es preferente a la del Código Penal. Opción que resulta reforzada por lo establecido en el artículo 3 de la aquélla⁽⁷⁰⁾. Así pues, debiera añadirse, si se pretende que en los supuestos de piratería aérea resulte aplicable el Código Penal y no la LPPNA, una disposición derogatoria en la que se eliminen del mismo los preceptos que tipifican dichas conductas.

La única forma en que parece que pudiera salvarse dicha potencial inoperatividad radica en la aceptación expresa que el legislador hace de la existencia de un concurso real⁽⁷¹⁾ de delitos con las concretas actuaciones que se lleven a cabo, cuando las mismas sean penalmente relevantes de forma autónoma habi-

(68) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., “Extensión a la leyes penales especiales de las disposiciones del Capítulo I del Título Primero del Libro Primero del Código Penal”, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigido por el Prof. Dr. COBO DEL ROSAL, tomo V, vol. I, Madrid, 1985, p. 118.

(69) VIVES ANTÓN y otros, *op. cit.*, p. 47. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 640, para quien “esta legislación especial es prevalente, tanto en su aspecto material, como procesal, sobre el Código Penal”. En sentido contrario POLAINO NAVARRERE, M., “Art. 138”, en *Código Penal Comentado*, Coordinado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., Akal, Madrid, 1990, p. 362.

(70) “Cuando los hechos perseguidos sean susceptibles de calificación con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras, el Tribunal podrá aplicar aquel que asigne mayor pena al delito o falta cometidos”. Y ya he hecho referencia a la pena que se prevé en la LPPNA, la cual es más gravosa.

(71) Fórmula por otro lado ya empleada en el Código Penal, como es el caso del robo con violencia o intimidación del artículo 242, o el delito de terrorismo del artículo 571, entre otros.

da cuenta que, con la regulación contenida en la LPPNA, tal cuestión resulta dudosa⁽⁷²⁾. De forma que, cuando en aplicación de las reglas del artículo 76 del Código Penal, las penas a imponer resulten superiores a las que correspondan en atención a la ley penal especial, resultará aplicable el artículo 616 quáter. En cualquier caso, y con independencia de la solución que a tal cuestión se le dé, tal situación de incertidumbre no es precisamente, lo más recomendable para una normativa que todavía no ha sido aprobada y que aún está a tiempo de resolver aspectos que resultan, cuanto menos discutibles⁽⁷³⁾.

La referencia al “engaño” como mecanismo de actuación puede encontrar explicación en el hecho de que se haya querido recoger en la nueva formulación del tipo penal la modalidad de conducta contenida en el artículo 10 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante en el que, entre otras cosas, se castigaba a “los que desde el mar o desde tierra ocasionen, con señales falsas o por otros medios dolosos, el naufragio, varada o encallamiento de un buque con el propósito de atentar contra las personas o cosas que se hallaren a bordo”. No obstante, atendiendo a los informes y clasificaciones realizadas por la ICS y por la OMI, tal conducta no se ajusta a la realidad criminológica actual pues, como ya se ha expresado, los mecanismos de actuación se han modernizado y han variado. Poca aplicabilidad práctica se le augura, por tanto, a esta parte del tipo.

Finalmente, el contenido del artículo 616 quinqués (sic.), casa poco con lo que constituye propiamente un delito de piratería, con lo que nuevamente se acude a la técnica empleada, por ejemplo, en relación al terrorismo, tipificándose conductas que, estando relacionadas (pero sin que puedan ser configuradas propiamente como tales) con el fenómeno delictivo al que se pretende punir, se incrementan las penas previstas para conductas que ya pueden encontrar acomodo en nuestro Código Penal (por ejemplo en los artículos 550, 554 y 556 CP). No obstante, su *ratio legis* podría resultar del hecho que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de piratería propiamente dicho, las conductas descritas en el precepto no tienen lugar en el buque militar o al servicio del Gobierno, por

(72) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., op. cit., aprecia en estos supuestos un concurso ideal de delitos (p. 1021).

(73) A ello ha de añadirse que, atendiendo a la clasificación que de las leyes penales especiales hace MIR PUIG, S., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, (6.^a edic.), Tecnos, Madrid, 2004, pp. 179 y ss., consistente en: las que vienen complementar las disposiciones del Libro I; las que establecen figuras delictivas no contenidas en este Código; y, finalmente, disposiciones penales incorporadas a leyes de contenido más amplio y de carácter administrativo, mercantil o procesal, por razón de unidad de la materia, dado que la LPPNA se encuentra en el segundo de los grupos enumerados, carecería de sentido el mantenimiento de tales delitos en la misma, una vez que éstos son introducidos en el Código Penal.

lo que no podrían aplicarse las normas comunes ya contenidas en nuestro Código Penal. Sin embargo, si ello es lo que pretende evitarse (siempre y cuando tales hechos tengan lugar en alta mar, pues si ocurren en aguas territoriales españolas tal problema no existe) debe considerarse como piratería un comportamiento que no es tal (atendiendo a los textos internacionales a los que la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto alude), con lo que posibilitaría la aplicación de la ley penal española a comportamientos sobre los que, en principio, España no tiene competencia alguna.

IV. CONCLUSIÓN

Dado el incremento que la realización de tales actos de piratería ha revestido desde la década de los 80 del siglo pasado, sería conveniente atender a las exigencias de los organismos internacionales y las consideraciones político-criminales y técnico-jurídicas realizadas al respecto e introducir nuevamente en nuestro Código Penal un tipo penal, que fortalecerá la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico pueda dar a éstos y proporcionará respuestas ciertas a las cuestiones problemáticas aquí planteadas, hoy ciertamente discutibles.

V. BIBLIOGRAFÍA

— BASSIOUNI, M.C., “Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas históricas y Práctica Contemporánea”, en *42 Va. J. Int’l L.* 81.

— BUHLER, PHILLIP, A., “New Struggle with an Old Menace: Towards a Revised Definition for Maritime Piracy”, en *8 Currents Int’l Trade L.J.* 61.

— COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro-orden” de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2003.

— DAHLVANG, NICLAS, “Thieves, robbers, & terrorists: Piracy in the 21st century”, en *4 Regent J. Int’l* 17.

— DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Piratería”, en LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.

— DÍEZ DE VELASCO, M., “Capítulo XXII. Los espacios de interés internacional (I): el alta mar, la zona internacional de los fondos marinos y los espacios polares”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

— GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

— JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Capítulo XIX. Régimen jurídico de los espacios marinos (I). Aguas interiores, mar territorial y zona contigua”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

— LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.

— LÓPEZ PULIDO, R., “Protección marítima y piratería en el siglo XXI: de la necesidad de inteligencia como elemento clave”, en *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm. 4, julio-noviembre de 2008.

— MANZANARES SAMANIEGO, J.L., y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 2.ª ed., Comares, Granada, 1990.

— MARTOS NÚÑEZ, J.A., “Piratería”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989.

— MUNICH RE GROUP, *Piracy-Threat at sea: A risk analysis*, Munich, Munich Re Group, 2006.

— MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

— ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— PATHAK, MONICA, “Maritime Violence: Piracy at sea & marine terrorism today”, en *20 W.R.L.S.I.* 65.

— RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “El delito de piratería”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L., 1997.

— VIVES ANTÓN, T.S., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL RESPECTO DE LA MUJER QUE SUFRE VIOLENCIA DE GÉNERO

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

*Profesora Titular de Derecho Procesal
de la Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN

La violencia de género recibe hoy, por parte del legislador, un tratamiento de reforzada tutela penal. No obstante, la mujer víctima de violencia no hace uso, siempre y en todo caso, de las medidas que fruto de aquélla, la ley le ofrece. Esto produce, en algunos casos, que no se inicie el procedimiento penal, o iniciado, la víctima no desee declarar contra su pareja o expareja, lo que provoca un número importante de sentencias absolutorias.

Frente a este hecho, los Tribunales actúan no siguiendo los dictados de la Ley procesal. Cabe preguntarse ¿justifica el fin los medios utilizados?

Palabras clave: Testigo; víctima; deber de declaración; dispensa; violencia de género; denuncia; declaración.

ABSTRACT

The gender violence receives today, on the part of the legislator, a treatment of reinforced penal tutelage. Nevertheless, the woman victim of violence doesn't make use, always and in any case, of the measures that with origin in that tutelage, the law offers her. This produce, in some cases, that the penal procedure doesn't begin, or that when initiated, the victim doesn't want to declare against her couple or ex couple, what causes an important number of not guilty sentences.

In the face of this fact, the Tribunals act not following the dictations of the procedural Law. Is it necessary to wonder if the end justifies the used means?

Key words: Witness; victim; declaration duty; dispensation; gender violence; complaint; declaration.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
- III. LA NECESARIA INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA.
- IV. LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR.

- V. EFECTOS DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR LA VÍCTIMA DE MODO ESPONTÁNEO Y VOLUNTARIO.
 - VI. VALOR DE LA DECLARACIÓN VERTIDA EN LA INSTRUCCIÓN.
 - VII. ALTERNATIVAS A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
-

I. PLANTEAMIENTO

Con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el legislador ha optado por criminalizar todo el entorno de la pareja, de forma tal que se convierte en un asunto de Estado y del Derecho Penal. Ser mujer en una relación de pareja pasa a convertirse en un factor de riesgo que demanda un esfuerzo de tutela desde la ley⁽¹⁾.

De hecho, dos son las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva en la Ley integral; por un lado, la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer y, por otro, el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Pues bien, partiendo de que coincidimos con el legislador en el diagnóstico sobre el que se asienta la ley integral —el de ser absolutamente cierto que la condición de mujer constituye un factor de riesgo que expone a éstas a un peligro particularmente elevado de ser blanco de violencia—, sin embargo, de ahí no se sigue que el único modo para combatir este peligro sea precisamente el reforzamiento de la sanción penal. Esta conclusión sólo sería correcta si dotamos a las agravantes de género de una eficacia preventiva de especial intensidad, capaz de inhibir a un mayor número de potenciales autores de la tentación de ejercer violencia sobre sus parejas.

Pero no sólo no se ha conseguido la citada eficacia preventiva, sino que, por el contrario, tal decisión legislativa ha provocado la presunción de que cualquier mujer, que se vea envuelta en un episodio de violencia, es vulnerable y no se puede predicar de ella la autonomía suficiente para decidir conforme a sus intereses⁽²⁾.

(1) MAQUEDA ABREU, M.L., *La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral*, Revista Penal, 2006, núm. 18, pág. 178.

(2) MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, pág. 22.

En estos momentos, la idea de que la violencia contra las mujeres es un asunto público se ha llevado a sus últimas consecuencias, de tal modo que se arbitran como mecanismos aptos en la lucha contra ésta, la persecución de oficio de estos delitos, la obligatoria interposición de una denuncia para ser objeto de protección y obtener las medidas previstas por el legislador, la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar órdenes de alejamiento e incomunicación no deseadas.

A estos efectos, son tres las cuestiones a las que vamos a hacer referencia a fin de resolver, en última instancia, cómo no sólo se ha pretendido con la ley integral tutelar penalmente a la mujer, sino cómo se sigue en el mismo camino a través de la prometida reforma de un precepto tal como lo es el 416 de la LECrim.

II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se prevé que el Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer, en la persona de su Delegado, podrá, en su calidad de organismo público relevante, intervenir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en la Ley integral, en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia.

Este tipo de intervención puede tener interés en los procesos administrativo y laboral, pero no así en el civil y penal. En cuanto, por lo que respecta al primero, los procesos competencia de los JVM son procesos civiles no dispositivos que favorecen la intervención del Ministerio Fiscal en bastantes supuestos, quien goza de legitimación extraordinaria pública, a la que no hace falta añadir la del Delegado Especial del Gobierno.

Siendo aún más clara la no necesidad de su intervención en el proceso penal, pues en nuestro Derecho ya existe un órgano, el Ministerio Fiscal, al que corresponde constitucionalmente la función de perseguir los delitos. De forma tal que el artículo 124 de la CE dispone que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión 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.

En definitiva, no resulta preciso que otros órganos de la Administración ejerciten la acción penal, pues aunque es cierto que es esencial lograr la más efectiva tutela de los intereses de la víctima de violencia de género, no resulta necesario probar la inquietud colectiva que suscita el incremento numérico y su creciente intensidad de hechos de esta naturaleza, a través de la intervención de

más actores en el proceso, que lo único que hacen es ralentizarlo, más aún cuando el interés público ya está defendido a través del Ministerio Fiscal⁽³⁾.

III. LA NECESARIA INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA

Otro gran problema de nuestro sistema, producto del carácter paternalista adoptado por el legislador, es el de la denuncia; sin denuncia no hay mecanismos de protección, por ello parece que resulta más sencillo el reformar el precepto relativo a la dispensa de declarar, que el que obliga a la mujer a presentar denuncia para poder obtener la protección del Estado. En este sentido se manifestó SOLEDAD MURILLO, de hecho avanzó la posibilidad de que el artículo 416 del Código Penal pudiera ser modificado para poder así extender la protección que se otorga a la víctima, poniendo así de manifiesto que su protección está siendo actualmente un problema, para terminar apuntando que “sin denuncia no se puede poner en marcha el aparato protector de la justicia”⁽⁴⁾.

Sin embargo, a pesar de la necesaria interposición de denuncia por parte de la mujer, para así obtener las medidas previstas en la ley integral, es un hecho que el número de éstas es escaso. Así se pone de manifiesto en el Informe del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer, de 2007, dando las cifras de que disponen en el intervalo de enero de 2006 y junio de 2007. Así, de las 108 víctimas mortales, 35 mujeres habían denunciado a su agresor por malos tratos y 73 no lo habían hecho.

Además, según informe realizado por el Departamento de Justicia de la Generalitat del 2007, el 22,3% de las mujeres que sufren violencia doméstica tarda más de cinco años en denunciar desde que se inicia el maltrato, y el 30,9% lo hace en los primeros doce meses.

Frente a la situación existente, el Estado reacciona a través de campañas con las que pretende sensibilizar a la población de que el maltrato no es una cuestión particular, sino social, porque el apoyo social es decisivo para rescatar a la mujer de esta situación. Concertamos con él en que el maltrato hay que socializarlo, que todos debemos sensibilizarnos ante la situación actual, pero no creo que la solución sea la denuncia en todo momento, en todo caso, en toda situación, y por cualquiera que fuera la persona que lo conoce. De hecho, el acreditar la condición de víctima de violencia de género únicamente a través de la denuncia o de la orden de protección concedida como requisito para acceder a centros de acogida o servicios de tratamiento psicológico prolongado es un

(3) Vid. SAP de Madrid, de 27 de enero de 2005.

(4) “www.tribunalderecho.com”.

obstáculo para aquellas mujeres que por miedo u otras circunstancias no interponen denuncia⁽⁵⁾.

En efecto, recordemos que el legislador ha optado por situar el sistema español dentro de la jurisdicción penal hasta el punto de que las medidas de alejamiento, protección y, lo que es peor, todo tipo de medidas sociales, económicas, etc., que se prevén en ésta para la mujer maltratada, exigen de un requisito previo que ésta ha de cumplir: la interposición de denuncia penal contra su pareja.

De esta manera la ley integral continuó el trayecto iniciado en reformas legales anteriores y culminó la constante exacerbación de la sanción penal vivida en los últimos años. Pero no queda sino reconocer que esa progresiva criminalización y judicialización del problema no ha colaborado en absoluto a su disminución. Conviene, por tanto, empezar a reflexionar sobre su “limitada utilidad”. Así, entre otras cuestiones, la ley integral deja de reconocer a las víctimas su capacidad de autodeterminación, cuando podríamos haber optado por un sistema legal en el que el tratamiento, siendo represivo, fuera permisivo en lo relativo a la intervención de las víctimas.

En este sentido, hay que partir de considerar que una cosa es asumir que el sistema de justicia penal debe intervenir en estos casos y otra muy diferente el entender que debe hacerlo desde una perspectiva autoritaria que niegue a las mujeres maltratadas su posibilidad de elección o autodeterminación. Y esta última es la opción elegida por el legislador español, provocando problemas tales como los que produce la imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena —artículo 468.2 del CP—, para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato a la mujer que ha ocasionado problemas relevantes que no encuentran fácil solución. Así lo reconoció una de las primeras sentencias que conoció del problema, la de la AP de Sevilla de 15 de julio de 2004 “el tribunal considera absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección a la víctima... en contra de su voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses... Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger”.

(5) Informe de Amnistía Internacional: *Inmigrantes indocumentadas: ¿hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?*

Hemos de entender que el agresor ha de ser penalizado por su conducta, pero ésa no debe ser la única finalidad del legislador. Se ha de atender a la víctima y, ante su situación de clara desigualdad respecto al hombre, que la mantiene sumisa y subordinada a sus deseos, optar por empoderarla, equilibrarla psicológicamente a través de tratamientos médicos y psicológicos que le permitan recobrar su autoestima y su capacidad para decidir de modo libre. Por ello, resulta conveniente, como ocurre en la regulación prevista en varias Comunidades Autónomas⁽⁶⁾, permitir el acceso de la víctima a las medidas económicas, sociales, laborales... que estén previstas, sin necesidad de interponer denuncia, para que, una vez ésta se halle fortalecida, decida sobre la apertura de la vía penal.

La razón por la que la regulación de alguna de las leyes de las Comunidades Autónomas resulta más respetuosa con las víctimas y, a la vez, considero que será mucho más efectiva, pasa por no desconocer que, como hemos dicho, resulta un hecho constatable en la actualidad que las víctimas no denuncian o, denunciando, renuncian con posterioridad a la acción ejercitada.

En general, la decisión de denunciar depende de la utilidad percibida por la víctima que pueda reportar una u otra opción, y se ve influida tanto por las características del delito como por las perspectivas sociales y por la situación psicológica subsiguiente a la victimización⁽⁷⁾. En efecto, el estado de excitación que se produce como consecuencia del delito y el shock emocional que éste provoca ocasionan disrupciones en las funciones cognitivas de la víctima que explican perfectamente las dudas, vacilaciones e imprecisiones a la hora de realizar la denuncia y también en las declaraciones subsiguientes⁽⁸⁾.

IV. LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

De acuerdo a lo previsto en los artículos 416 y 707 de la LECrim, cuando un ciudadano sea llamado a prestar declaración ante el Juez deberá acudir, prestar juramento o promesa de decir verdad y prestar su declaración. Sin embargo, en dichos preceptos también se establece la dispensa del deber de declara-

⁽⁶⁾ Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid y Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia.

⁽⁷⁾ HERRERO ALONSO, C., y GARRIDO MARTÓN, E., "Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial", en *La Criminología aplicada II*, Madrid, 1999, pp. 48 y 49.

⁽⁸⁾ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 301.

rar a los parientes del procesado, en línea directa ascendente y descendiente, a su cónyuge, a sus hermanos consanguíneos o uterinos y a los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como a los parientes naturales a que se refiere el número 3.º del artículo 261 de la LECrim.

En dicho precepto no se hace mención alguna a las relaciones de hecho, esto es, el artículo 416 no contiene, entre los parientes dispensados de declarar, a la persona unida de hecho al acusado en relación análoga a la del matrimonio como, sin embargo, se ha venido recogiendo en otros preceptos de Derecho sustantivo por asimilación del matrimonio a la unión de hecho. Esta situación produce en la práctica problemas que han recibido diversa respuesta por parte de la jurisprudencia. Así, existe una línea que mantiene que, pese al silencio legal debe efectuarse una interpretación integral del ordenamiento jurídico desde la perspectiva del artículo 14 de CE y de la realidad social del tiempo en que la norma se aplica, entendiéndose que no se puede dar un trato discriminatorio a las uniones de hecho frente a las matrimoniales, puesto que en ambos casos la dispensa tendría su fundamento en el vínculo de solidaridad que existe entre la pareja, esté o no casada.

En este sentido, el Tribunal Supremo las ha asimilado a la situación del matrimonio, así, en su sentencia de 22 de febrero de 2007⁽⁹⁾, según la cual “La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del CP que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona ‘esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad’”⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Sentencia núm. 134/2007 de 22 de febrero (RJ 2007\1558).

⁽¹⁰⁾ SAP de Tenerife de 14 de diciembre de 2006 “la Sala no comparte la conclusión a la que llega la Juzgadora de Instancia de excluir a las parejas de análoga relación a la matrimonial de la dispensa prevista en el citado artículo 416 LECrim. Y ello por las siguientes consideraciones:

1. El derecho a no declarar que contempla el precepto que examinamos, tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, debiendo tenerse en cuenta también la colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para su pariente.

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido ya algunos casos en los que reconoce a las parejas unidas de forma estable en una relación de afectividad análoga a la conyugal una situación equiparable a los matrimonios. Concretamente, en el Código Penal, el artículo 23 al regular la circunstancia mixta de parentesco, fija a efectos jurídico-penales la similitud de la relación matrimonial con la relación de convivencia de hecho; en el ámbito de los delitos de violencia de género o violencia doméstica (artículos 153, 171.4 y 173.2, etc.),

Pero, en todo caso, en estos supuestos ha supeditado la aplicación de la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio⁽¹¹⁾.

ocurre lo mismo; el artículo 454 respecto del delito de encubrimiento, declara exento de pena, con iguales efectos, al encubridor de su cónyuge legal, como al encubridor de su pareja sentimental estable de hecho.

2. Es cierto que en el artículo 416 LECrim no se encuentra otra referencia más allá de la conyugal, entendida como la existencia de un matrimonio legalmente constituido en el momento de la declaración. Sin embargo, puede apreciarse cómo, en realidad, en ningún artículo de la LECrim existe una referencia a las parejas de hecho o de análoga afectividad al matrimonio, pese a que hoy forma parte de nuestra realidad social. Por el contrario, cuando por cualquier circunstancia se refiere a una relación de pareja, dicha Ley usa siempre el término ‘cónyuge’. De este modo, no deben exagerarse las consecuencias de su no inclusión literal o expresa en el artículo examinado. Se califique, o no, de olvido generalizado, no parece que pueda sostenerse que nuestra Ley Procesal actual mantenga en solitario su espalda a tales relaciones cuando el resto del ordenamiento y, especialmente el penal, han acogido la relación de pareja de hecho hace largo tiempo.

3. Existe otro argumento que hace muy difícil no incluir en la extensión del artículo 416 de la LECrim a las parejas de hecho: el Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios del Tribunal Supremo, celebrado el 1 de marzo de 2005, acordó que la excusa absolutoria entre parientes del artículo 268 del CP (que literalmente sólo incluye a ‘a los cónyuges que estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de matrimonio’) se ha de entender extendido a las relaciones estables de pareja asimiladas a la relación matrimonial. Razona con base en la realidad social que muestra un cambio en los fundamentos y formas de la familia.

4. Se suele citar —y así lo hace expresamente la Juzgadora de Instancia— la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003 para fundamentar la posición contraria a la extensión a las personas unidas por relación de afectividad análoga a la conyugal de la dispensa del deber de declarar, aunque lo cierto es que en alguno de sus párrafos se constata la voluntad del Tribunal Supremo de no hacer un pronunciamiento general, excluyendo, en todo caso, la posibilidad de que la pareja de hecho del acusado se ampare en el derecho a no declarar.

El propio Tribunal Supremo en la Sentencia señala que debería admitirse la conveniencia de establecer esa asimilación de *lege ferenda*, para evitar situaciones discriminatorias, así como en el supuesto en que el propio testigo invocare la fundamentación material de la dispensa (su derecho constitucional a la intimidad, por ejemplo), para exculpar su negativa a declarar, invocando a título analógico la exculpación prevenida en el artículo 454 del CP para los supuestos de encubrimiento entre parientes, que el legislador ha extendido expresamente a las personas unidas por una relación de afectividad análoga a la del matrimonio.

5. Para concluir en este punto, destacar que si bien es cierto que algunas sentencias de las Audiencias Provinciales recogen en sus Fundamentos el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la examinada Sentencia de 21 de noviembre de 2003, para excluir la relación de afectividad de la dispensa de no declarar, sin embargo la mayoría de las Audiencias vienen admitiendo la dispensa en estos casos de pareja de hecho. Así, en esta línea, la Sentencia de la AP de Girona”.

(11) Así también lo hace el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de abril de 2008.

Por otro lado, existe otra línea que considera que hay que estar a la literalidad del precepto, en el que sólo se recoge la dispensa para el cónyuge. Y en este sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de noviembre de 2003, basándose en que, conforme al artículo 24 de la CE, que establece que “‘La ley regulará los supuestos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos’, nos encontramos con que el artículo 416 de la LECrim, tras las sucesivas reformas de la ley procesal, no ha introducido el supuesto de la pareja de hecho, como sí lo han hecho varios preceptos del Código Penal”. En consecuencia, dice, “teniendo en cuenta que se está ante una cuestión procesal, no puede concluirse que la asimilación entre el matrimonio y la unión de hecho tenga carácter general en el ordenamiento jurídico y al no recogerse específicamente la dispensa de declarar en juicio de la persona unida de hecho al acusado, no cabe efectuar interpretaciones laxas de una norma excepcional a propósito de la prueba testifical, cuando lo que se pretende a través del cauce procesal es la obtención de la verdad material”.

En cualquier caso, y fuera de los problemas que plantea la falta de regulación legal de las parejas de hecho, cabe destacar con respecto a la obligación de declarar, así como a la dispensa de ésta, que no existe previsión alguna de excepciones a la vista de cuál fuere el tipo de delito, o de calidad del testigo, esto es, si se trata de un testigo *latu sensu*, o de la “víctima-testigo”. Siendo doctrina jurisprudencial la que entiende que, en efecto, no se ha de hacer diferenciación alguna, así el Tribunal Supremo manifiesta que “La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que la une al victimario, sobre el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido” (12).

El problema se plantea cuando, en el marco de la violencia de género, viene siendo habitual el recurso a la citada dispensa, de modo tal que la víctima llamada a declarar se ampara en la excusa prevista en los citados preceptos. Por ello, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe del Grupo de exper-

(12) STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007/1558).

tos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, ya apuntaba la posible modificación del artículo 416 de la LECrim. A este respecto se alegó que “Cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el artículo 416 de la LECrim previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima. En el supuesto, sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el/la denunciante. Así:

Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los que, en determinados supuestos, se establece una dispensa legal al deber genérico de declarar. La víctima de la violencia de género, específicamente, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, éstos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. Hacer uso de los artículos 416 y 707 de la LECrim podría suponer un auténtico fraude de ley”.

Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el artículo 416 de la LECrim que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en alguna de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto.

V. EFECTOS DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR LA VÍCTIMA DE MODO ESPONTÁNEO Y VOLUNTARIO

Pues bien, siguiendo la línea iniciada por el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, mientras, se ha venido pronunciando al respecto⁽¹³⁾, con la finalidad de evitar que la mujer se acoja a la dispensa. Así, por un lado, se pronuncia resolviendo que cuando la víctima comparece en forma espontánea ante la unidad policial para formular la denuncia de los hechos que se imputan al agresor y, con ello, requerir auxilio para su persona, no es aplica-

(13) STS de 12 de julio de 2007. *Vid.* también SSTS de 11 de diciembre de 2006, 11 de octubre de 2006, y 27 de octubre de 2004.

ble el artículo 416.1.º de la LECrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas⁽¹⁴⁾. Dicho de otro modo, el artículo 416.1.º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantees espontáneos, respecto de hechos que los han perjudicado, y que acuden a la Policía en busca de protección⁽¹⁵⁾.

(14) Para justificar esta interpretación de la jurisprudencia en los supuestos en los que se trate de un hecho de violencia de género no cabe acudir al Derecho comparado, en cuanto en aquél se prevé de forma general para cualquier hecho delictivo, así el artículo 199 del *Codice di Procedura Penale* italiano prevé que los parientes del imputado podrán abstenerse de declarar salvo que hubieran denunciado el hecho delictivo, y no haciéndose excepción en delitos determinados y sin previsión legal alguna.

(15) MAGRO SERVER, V., “Criterios Orientativos del curso de Violencia de Género, 30 de noviembre a 2 de diciembre de 2005”, en la *Revista Jurídica SEPIN* núm. 19, Penal, enero de 2006 quien sostiene que no pueden aplicarse de forma literal la dicción contenida en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ello, del artículo 707 de la misma ley, para la fase del juicio oral, a las víctimas de violencia de género. Razona que hay que entender que quien está presentando una denuncia ante una comisaría o ante un Juzgado de Guardia, frente a una persona que guarda con ella una relación de parentesco incluida en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede luego ampararse en que esta misma relación de parentesco es la que le va a permitir hacer uso del contenido de un precepto de nuestra Ley Procesal Penal que está concebido para otros supuestos; es decir, para evitar que, en efecto, sea la declaración inculpatoria del pariente la que, como prueba de cargo, determine la condena del acusado, lo que deja a la mujer del acusado, o persona relacionada por alguno de los vínculos fijados en el precepto, en una delicada situación personal. También se evita con ello la comisión de delitos de falso testimonio en juicio ya que, al fin y al cabo, la relación de parentesco directo puede motivar estas reacciones de testigos para beneficiar a sus familiares.

Por ello, es lógico que se haya instaurado una posibilidad de dispensa para estos testigos unidos por una relación familiar con el acusado, pero se trata de testigos que intervienen en el proceso penal como auténticos terceros extraños a los hechos que se enjuician en el acto. Distinta es, por ello, la posición de la víctima, ya que en su calidad de testigo tiene el carácter de privilegiado y no interviene en el proceso como un tercero ajeno a los hechos, sino que su posición para declarar sobre ellos tiene ese carácter privilegiado, por cuanto ha sido la víctima de la propia agresión que está siendo objeto de enjuiciamiento.

Así, concluye este autor, no tiene, por ello, ningún sentido que quien ha puesto en marcha la maquinaria de la Administración de Justicia con la presentación de una denuncia contra su marido, pareja de hecho o persona de análoga relación de convivencia (noviazgo) pueda luego hacer uso de los artículos 416 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para negarse a declarar en el acto del juicio oral, ya que, en la hipótesis de que admitiéramos que sería de aplicación en estos casos el artículo 416 de la LECrim, la propia presentación de la denuncia supondría una renuncia tácita al ejercicio del derecho reconocido, en su caso, en el citado precepto.

Por otro lado, se exige a la Autoridad judicial y a la Policía de su deber de informar a la víctima de su derecho a no declarar contra su cónyuge o pareja de hecho, tal y como prevé el artículo 416.1.º de la LECrim en su párrafo segundo, respecto del Juez de Instrucción. Ello será así cuando la denuncia presentada por la víctima lo sea de modo espontáneo y voluntario; en este caso, no cabe entender como derecho en beneficio de los testigos víctimas, la dispensa a declarar, por ello, no siendo la víctima ilustrada de dichos extremos, no es posible la solicitud de anulación de la declaración así prestada⁽¹⁶⁾.

En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2004, que examina la alegación del condenado por un delito sexual cometido contra su hija, que afirmaba que las declaraciones incriminatorias de ésta fueron efectuadas, —ya que en el plenario se desdijo— en la policía y en el Juzgado de Instrucción y que ambas se hicieron sin la previa advertencia de que no estaba obligada a declarar contra su padre de acuerdo con el artículo 416, por lo que, a su juicio, tales declaraciones son radicalmente nulas de acuerdo con el artículo 11.1 de la LOPJ. Desestima dicha reclamación la citada sentencia afirmando que no existe tal presupuesto, en la medida en que fue la hija quien espontáneamente acudió a la comisaría denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial y, que, en esa situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene, y menos con el alcance que pretende darle el recurrente. “Sorprende —añade la sentencia— el extemporáneo ‘celo garantista’, ahora expresado para con su hija que sólo busca la propia impunidad del recurrente”. Igualmente confiere validez, por sus circunstancias, a la declaración judicial en fase de instrucción.

Frente a lo así declarado por el Tribunal Supremo, la línea seguida por las Audiencias es muy diferente; vienen declarando la nulidad de lo actuado al no haberse informado a la víctima-testigo de su derecho a no declarar. Es decir, no se trata de casos en los que se haya admitido expresamente que la víctima hizo bien en acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, sino que, habiendo la mujer declarado, anulan esta declaración por no haber hecho el Juez la advertencia del uso de este derecho.

Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de abril de 2005, se señala que, para que pueda fundarse una condena en la declaración de un testigo, es necesario que tal declaración sea válida; esto es, realizada con la totalidad de las garantías legalmente establecidas. Y entre tales garantías se encuentra la establecida en los artículos 416, 418 y 707 de la LECrim, esto es, que el Juez Instructor haya advertido al testigo que sea pariente del

(16) STS de 10 de mayo de 2007.

procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, su hermano consanguíneo o uterino y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261, de que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esa advertencia. Continúa afirmando la citada sentencia que si el testigo no fue advertido de su derecho a no declarar contra el acusado, según exige el apartado 1.º, inciso segundo, del artículo 416, 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “se causa al acusado una situación de indefensión, pues el referido artículo está concebido para proteger al reo”. En esta sentencia, la consecuencia directa de la ausencia de comunicar al testigo-víctima su derecho a no declarar conllevó, de conformidad con los artículos 238.31 y 240 de la LOPJ, la nulidad de lo actuado, debiendo reponerse las actuaciones al momento en que se incurre en tal quebrantamiento, es decir, hasta la fase de instrucción, debiendo recibir declaración a la víctima con la advertencia contenida en el artículo 416 de la LECrim⁽¹⁷⁾.

No dejo de estar de acuerdo con lo manifestado de modo reiterado por las Audiencias, en cuanto en la actualidad, y mientras no se produzca la modificación anunciada por el legislador, de *lege data*, la facultad de abstenerse de declarar que ostenta, entre otros, el cónyuge del imputado se extiende de modo irrestricto a los supuestos de violencia de género, y con ella el deber de los órganos de instrucción y de enjuiciamiento de advertir al testigo en quien concurra tal condición de la posibilidad de hacer uso de la excusa legal y la consiguiente inhabilidad probatoria del testimonio inculpatario obtenido sin dicha advertencia previa, siendo procedente.

La exclusión probatoria del testimonio prestado con inobservancia del artículo 416 de la Ley procesal se impone en virtud del principio general que limita las pruebas válidas para enervar el principio de presunción de inocencia a las practicadas con todas las garantías legales, en relación con la importancia sustancial de la garantía omitida; por cuanto el denominado secreto familiar no sólo tiene una dimensión o finalidad subjetiva de protección del testigo, respetando su derecho a la intimidad personal y familiar y permitiéndole soslayar un

(17) En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 6 de abril de 2005, niega validez a la declaración de la víctima por no habersele informado de su derecho a no declarar al apuntar que “ni siquiera la manifestación que la perjudicada hizo en la fase de instrucción, en la que se reconocía la existencia de diversas agresiones, puede ser valorada ahora como prueba de cargo, ya que dicha diligencia deviene nula por no haberse informado a la perjudicada de su derecho a no declarar en contra de su compañero sentimental. (De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 26 de mayo de 2004, y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de agosto de 2004).

conflicto de deberes o sentimientos, sino también de protección del imputado⁽¹⁸⁾, al ponerlo a cubierto de la posibilidad de ser condenado en virtud de la declaración de un familiar que no deseaba incriminarlo y tenía derecho a no hacerlo, e incluso también una dimensión institucional de protección del sistema de justicia penal, al perseguir, por un lado, la garantía de la pureza y espontaneidad del testimonio y, por otro, la evitación de delicados conflictos motivados por el arrepentimiento posterior de un testigo de cargo no debidamente informado en su momento de la dispensa legal de que gozaba y al que no podría, por tanto, oponérsele la doctrina de los propios actos⁽¹⁹⁾.

Pero, además, no es posible sino entender que dicha dispensa se arbitra en nuestra Constitución como un derecho que tienen aquellos testigos a los que les una al acusado una relación de parentesco. Así si tenemos en cuenta lo previsto en el artículo 24.2, párrafo segundo, según el cual, “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”, prevista la declaración del testigo como un deber u obligación, su exención constituye, *a sensu contrario*, un derecho de aquellos que por ley no deban, si así lo desean, declarar. Cabe entender, por tanto, que la no información por parte de la Autoridad judicial o de la policía, del derecho a no declarar contra su cónyuge, a la testigo-víctima, supone una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Por lo que no cabe sino la nulidad de la declaración así prestada.

VI. VALOR DE LA DECLARACIÓN VERTIDA EN LA INSTRUCCIÓN

Por otro lado, las Audiencias Provinciales⁽²⁰⁾, teniendo que resolver en aquellos supuestos resueltos en primera instancia, en los que la mujer ha declarado en la fase de instrucción pero se negó a hacerlo en la fase de plenario, entienden que es su derecho acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, y por lo tanto que pueden negarse a declarar contra su cónyuge o pareja.

En estos casos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pregunta sobre si ha de tenerse o no en cuenta la declaración prestada en la fase de instrucción, por quien posteriormente se niega a hacerlo, a la vista de que es muy posible

(18) *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo 331/1996, de 11 de abril, y 1587/1997, de 17 de diciembre.

(19) *Vid.* SAP de Sevilla, de 12 de enero de 2007.

(20) SAP de Girona, de 6 de abril de 2005.

que, frente a la falta de declaración de la víctima en el plenario, la sentencia fuera absolutoria ante la falta de pruebas inculpativas. De hecho, según se pone de manifiesto en la memoria de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del año 2006 “en relación a la violencia de género, la víctima se acogió a este derecho, o se retractó en juicio, motivando la sentencia absolutoria en un 62,86% de los procedimientos que acabaron con ese pronunciamiento absolutorio”.

Quizá, a la vista de estos datos, es por lo que el Tribunal Supremo viene estimando que la declaración de la mujer vertida en la instrucción podrá ser llevada al plenario y leída, a fin de salvaguardar los principios de inmediación y contradicción, con el objeto de que puedan valorarse por el Juez⁽²¹⁾. Así, en sentencia de 13 de marzo de 2006, considera que dicha lectura es válida, esto es, “resulta factible tal introducción en juicio del testimonio anterior dado en fase de instrucción, como una prueba más, siempre que en ese testimonio se haya dado advertencia de la dispensa legal del artículo 416 de la LECrim, habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma, y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio. El medio de introducción en el juicio como prueba valorable es el artículo 730 de la LECrim”.

La argumentación se basa en que si el derecho del acusado a no declarar no impide valorar las declaraciones sumariales, tratándose de un derecho fundamental, el uso de la dispensa de declarar no priva de valor a las previas declaraciones prestadas con advertencia de esa misma facultad o derecho, siempre y cuando lo hayan sido en condiciones de estricta observancia de las garantías legales e introducidas en el acto del juicio con posibilidad de efectiva contradicción. De hecho se viene admitiendo la lectura, con arreglo al artículo 730 de la LECrim y también al artículo 714 de la LECrim, en el acto del juicio, de la declaración sumarial del acusado que en el juicio oral se niega a declarar⁽²²⁾.

Frente a esta línea, existe otra, que no admite la lectura en el juicio oral de las declaraciones sumariales de los testigos que se niegan a declarar en el acto del juicio, por su relación de parentesco con el acusado, *ex* artículo 416 de la LECrim⁽²³⁾.

En definitiva, la jurisprudencia mayoritaria opina que la disponibilidad del testigo pariente (del artículo 416 de la LECrim), para contestar o no las pregun-

(21) SSTS de 11 de diciembre de 2006 y 12 de julio de 2007.

(22) SSTS de 6 de febrero de 2004, de 21 de diciembre de 2000, de 19 de julio de 2000 y de 18 de febrero de 2002.

(23) SSTS de 28 de abril de 2000 y de 27 de noviembre de 2000.

tas que se le formulen en el acto del juicio, no alcanza a la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes realizadas voluntariamente y previa instrucción de lo dispuesto en los artículos 416 y 418 de la LECrim. Y dichas declaraciones precedentes del testigo, practicadas con las debidas garantías de contradicción y defensa del imputado, pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el debate del plenario, si, no obstante la falta de inmediación del juzgador con respecto a la declaración sumarial, dicha declaración sumarial fundadamente ofrece mayor credibilidad, y la mayor credibilidad que se le asigna está fundada en su propia verosimilitud objetiva, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios. Resultando este planteamiento especialmente indicado cuando el testigo pariente es víctima del delito, dentro del ámbito de la denominada violencia doméstica y de la violencia de género. En dicho ámbito, la complejidad de los intereses afectados en la relación familiar subyacente hace que no sean infrecuentes las reconsideraciones del testigo-víctima respecto de su voluntad de denunciar. Pero, estando la denuncia ya presentada, y partiendo de una inculpativa, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo-víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso, como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración inculpativa, cuya verosimilitud objetiva se imponga de forma concluyente con todo el resto del acervo probatorio en los términos que hemos indicado (24).

En el mismo sentido en que lo viene haciendo el Tribunal Supremo lo hace el Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, manifestándose a favor de una modificación de ese precepto, pues “estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que con la nueva legislación se pretende.

Para el supuesto de que la modificación de los artículos 416 y 418 de la LECrim no se llevara a cabo, tal vez sería oportuno analizar otra posibilidad para solventar el problema de impunidad y de riesgo que, en la actualidad, se abre para la víctima cuando ésta no declara acogiéndose a esa dispensa en el acto del juicio oral, y es conceder valor y eficacia en el juicio y, por lo tanto, en la sentencia, a las declaraciones prestadas por la víctima en la instrucción, a presencia judicial y con la garantía de la contradicción, lo que, en su caso, requeriría conceder a esta prueba el carácter de prueba anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

(24) SAP de Castellón de 17 de octubre de 2007.

Respecto a la línea mantenida por el Tribunal Supremo, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Alicante mantiene, como uno de sus criterios sobre violencia de género, que respecto a la lectura de las declaraciones sumariales por la vía del artículo 730 de la LECrim, hay que distinguir entre la imposibilidad del testigo de declarar, del supuesto del artículo 416 de la LECrim en que existe negativa a declarar. La previsión de la lectura de las declaraciones en el plenario está prevista en el artículo 730 de la LECrim para los testigos. Lo recuerda el TS en la sentencia de 19 de julio de 2005, al admitir que esta posibilidad de lectura de las declaraciones sumariales viene producida para permitir la validez de la introducción en el plenario, a efectos de garantizar el principio de contradicción, mediante la lectura de la declaración correspondiente de lo manifestado por el testigo en la fase sumarial y ante el Juez Instructor, pero siempre que dicha declaración se haya producido conforme a las prescripciones de la LECrim. El fundamento de ello, recuerda el TC en sentencia 668/2003, es hacer compatible el derecho de las partes a la práctica de las pruebas propuestas y el de realizar la justicia en un tiempo razonable, sin que la ausencia del testigo conlleve sin más la impunidad.

Ahora bien, considera dicha Sección que la cuestión es distinta en el supuesto previsto en el caso de los testigos que se acojan a su derecho a no declarar contra los acusados, por concurrir alguno de los supuestos de parentesco previstos en el artículo 416 de la LECrim, pues en este caso se trata de una posibilidad concreta de dispensa legal a declarar.

En este sentido manifestó el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de diciembre de 1997, que “a efectos de mayor clarificación para el futuro de lo que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, se debe recalcar que se trata de una simple excepción a la regla general que la jurisprudencia del TC y de esta Sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece a tal acto; pero nunca para los supuestos en que comparece al juicio oral y no se somete, acogiéndose a una dispensa legal, al derecho a no declarar contra el acusado” (25).

(25) *Vid.* también STS de 27 de noviembre de 2000, de 12 de junio de 2001 y 28 de abril de 2000.

Las Audiencias Provinciales así lo mantienen en sentencias de AP de Cádiz, Sección 5.^a, de 28 de abril de 2004; AP de Sevilla, Sección 1.^a, de 22 de junio de 2004, y AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.^a, de 24 de febrero de 2006.

En este sentido se pronuncia la AP de Barcelona en sentencia de 22 de mayo de 2005 “Es doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse

VII. ALTERNATIVAS A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

En definitiva, la ley plantea problemas y son muy discutibles las soluciones que arbitra la jurisprudencia, aunque con ellas se trate de contribuir a erradicar las consecuencias indeseables y el efecto contraproducente que conlleva la no interposición de denuncia, o el acogerse a la dispensa del derecho a no declarar. Se está obviando que con dicha labor jurisprudencial y posible decisión legislativa, si acaece la reforma, se está coartando la libertad de la víctima. Además, no debemos olvidar que semejante decisión podría llegar a provocar la imputación de la víctima, bien por delito de desobediencia, bien por falso testimonio, pues, en relación al último delito aludido, es evidente que un porcentaje de víctimas declararían en falso para proteger a su agresor.

Considero que lo deseable en estos supuestos no es el obligar a la víctima a declarar, no permitiéndole acogerse a la dispensa del 416 de la LECrim, sino que las Administraciones competentes en esta materia incrementen las medidas

que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1.^o) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2.^o) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso— sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (artículos 109 y 110 de la LECrim); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3.^o) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 23 de marzo y 22 de abril de 1999, y 6 de abril de 2001). Y en el supuesto de no haber declarado la presunta víctima en el acto del juicio oral, al no estar obligada la denunciante a declarar sobre hechos que puedan perjudicar material y moralmente a su marido, conforme indica el artículo 418 en relación con el artículo 416 de la LECrim, no es factible estimar acreditado que concurre el requisito de persistencia en la incriminación. Además tampoco concurre el requisito de verosimilitud del hecho por inexistencia de corroboraciones objetivas de su realidad”.

materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad. Por ello, la atención directa a la víctima desde el mismo momento de su comparecencia en comisaría o comandancia de la guardia civil, o JI o JVM, en su caso, requiere de una ayuda psicológica y asistencial que evite que más tarde pueda tomar decisiones mediatizadas por su propia situación de víctima.

Éstas son las dos cuestiones que hacen a la víctima no denunciar o no declarar una vez denunciado el ilícito, la necesidad de protección o de ayuda psicológica, o ambas cosas al mismo tiempo, en cuanto los estudios demuestran que no se trata de mujeres que necesiten que alguien decida por ellas, o que no tengan información suficiente sobre los sistemas que el legislador ha arbitrado para luchar contra esta lacra. De hecho, según el informe antes mencionado realizado por la Generalitat, el perfil de la víctima es el de una mujer de entre 25 y 40 años (60%), española (68%), con estudios primarios (77%), que trabaja fuera del hogar (62%), que está casada o convive con el agresor cuando lo denuncia (60%), que denuncia por primera vez (82%) y que tiene hijos con él (53%).

Con esta misma propuesta concluye, a pesar de la premisa de la que parte, como ya hemos expuesto con anterioridad, el Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, según el cual se debe introducir un especial deber de vigilancia tanto por parte del Ministerio Fiscal como por parte del/de la Juez de Instrucción y del/de la Juez del juicio sobre la libre manifestación de voluntad de la víctima ejercitando su facultad de no declarar, haciéndole saber los medios que pueden poner a su disposición para protegerla y preservar su integridad, que permitan a la mujer una decisión libre.

Por ello, y en definitiva, es recomendable que, en su primera actuación, la Administración:

- Dé protección a la víctima para que no se ampare en su derecho a no declarar por causas ajenas a ella, normalmente, por miedo a las represalias que pueda adoptar su agresor.
- Dé ayuda psicológica y asistencial a la mujer, aun en el supuesto en el que es su propia voluntad la que le hace no declarar, pues su propia situación de víctima mediatiza sus decisiones.

Entendemos, pues, fundamental esta primera asistencia a la víctima cuando se decide a presentar la denuncia, ya que, en caso contrario, podría sentir la denominada “victimización secundaria” en caso de ausencia de atención y protección de la Administración desde estos primeros momentos, que son claves para la víctima para el devenir futuro de su actuación ante el problema que ha

venido sufriendo⁽²⁶⁾. En definitiva, se trata de luchar de manera adecuada y eficaz contra el sentimiento de indefensión que impide a la mujer víctima de violencia actuar, empoderándola y enseñándole que la situación de indefensión termina cuando ella así lo decida. Se busca acabar con lo que se ha venido a llamar “indefensión aprendida”, como la actitud pasiva ante un destino atroz, ante la muerte o, sin llegar a ella, ante la propia destrucción física o psicológica sin poner nada de su parte. De tal modo que las teorías de la indefensión aprendida muestran que una victimización repetida mina las posibilidades de reacción ante el ataque sufrido, lo que hace más difícil la denuncia por parte de la víctima. Así, el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues toda posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia, con lo cual la víctima decide no denunciar, ya que tal denuncia no conducirá a nada, porque todo es inútil⁽²⁷⁾.

En conclusión, cabe en estos momentos reflexionar acerca de una línea de actuación distinta a la seguida actualmente desde el Estado, que no potencie la intervención penal de modo indiscriminado ni, por tanto, el deber de denunciar de las mujeres y de mantener la denuncia a través de su declaración inculpativa en el proceso. No estamos con ello rechazando la vía penal, sólo identificándola con un recurso más en la lucha contra la violencia en la relación de pareja. En definitiva, romper con el signo represivo, por un lado, de la ley integral, que prohíbe mecanismos como la mediación, siempre, en todo momento, o condiciona sus recursos asistenciales a la denuncia penal y, por otro, de las campañas institucionales que lo refuerzan, sobre la base de no ofrecer más soluciones al maltrato que las que pasan por el proceso⁽²⁸⁾.

Las estrategias de intervención con víctimas de violencia deben fundamentarse en un modelo de empoderamiento que apoye activamente el derecho de las víctimas a tomar sus propias decisiones y no los ponga condiciones para recibir ayuda, como por ejemplo, instarles a presentar una denuncia⁽²⁹⁾.

(26) 73 Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género. Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005.

(27) ROMERO COLOMA, A.M., *La víctima frente al sistema jurídico-penal*, Barcelona, 1994, p. 139.

(28) MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, p. 27.

(29) VILLAVICENCIO, “Barreras que impiden la ruptura de una situación de maltrato”, en OSBORNE (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, Madrid, 2001, p. 47.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

	<u>Página</u>
A	
Abusos sexuales:	
— SAP Madrid 99/2008, de 9 de julio	272
Acción popular:	
— SAP Madrid 323/2008, de 4 de julio	269
Acusación y denuncia falsa:	
— SAP Tenerife 220/2008, de 4 de abril	233
Apropiación indebida:	
— STS 570/2008, de 30 de septiembre	219
Atentado:	
— SAP Navarra 131/2008, de 24 de julio	279
C	
Circunstancia agravante:	
• <i>Abuso de superioridad:</i>	
— SAP Valladolid 58/2008, de 10 de abril	236
• <i>Motivos racistas:</i>	
— SAP Valladolid 58/2008, de 10 de abril	236

Circunstancia atenuante:

• *Analogía:*

— STS 575/2008, de 7 de octubre 228

Competencia de jueces y tribunales:

• *Competencia objetiva:*

— STS 513/2008, de 23 de julio 196

Concurso de delitos:

— SAP Navarra 131/2008, de 24 de julio 279

D

Delito continuado:

— SAP Cantabria 101/2008, de 16 de abril 241

Delitos contra la Administración Pública:

— STS 484/2008, de 11 de julio 177

Delitos contra la Hacienda Pública y de Seguridad Social:

— STC 129/2008, de 27 de octubre 156

Delitos contra la integridad moral:

— SAP Valladolid 58/2008, de 10 de abril 236

Delitos contra la propiedad intelectual:

— SAP Madrid 353/2008, de 21 de abril 250

Delitos contra la seguridad del tráfico:

— SAP Tenerife 459/2008, de 13 de junio 259

— SAP Barcelona 506/2008, de 13 de junio 261

— AAP Tarragona 347/2008, de 16 de junio 262

— SAP Madrid 297/2008, de 18 de junio 265

— SAP Tarragona 305/2008, de 30 de junio 266

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

— SAP Jaén 44/2008, de 14 de abril 237

	Página
Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores:	
— SAP Madrid 99/2008, de 9 de julio	272
Derecho a la intimidad:	
— AAP Tarragona 347/2008, de 16 de junio	262
— SAP Tarragona 305/2008, de 30 de junio	266
Derecho de defensa:	
— STS 433/2008, de 3 de julio	172
Dilaciones indebidas:	
— STS 553/2008, de 18 de septiembre	207
— SAP Las Palmas 62/2008, de 15 de abril	240
E	
Estafa:	
— STS 494/2008, de 11 de julio	181
— SAP Logroño 22/2008, de 8 de abril	234
F	
Faltas contra las personas:	
— SAP Tarragona 174/2008, de 8 de mayo	257
I	
Impago de pensiones:	
— SAP Pontevedra 88/2008, de 23 de abril	252
Indefensión:	
— STS 566/2008, de 2 de octubre	224
J	
Juicio oral:	
• <i>Nulidad:</i>	
— STS 566/2008, de 2 de octubre	224

L

Lesiones:

- *Lesiones imprudentes:*
 - SAP Valladolid 50/2008, de 17 de abril 244
- *Participación en riña:*
 - STS 486/2008, de 11 de julio 179

N

Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos:

- STS 484/2008, de 11 de julio 177

Nulidad de actuaciones:

- STS 513/2008, de 23 de julio 196

O

Orden europea de detención y entrega:

- STC 120/2008, de 13 de octubre 152

P

Penas:

- *Aplicación:*
 - SAP Cantabria 101/2008, de 16 de abril 241
- *Prohibición de aproximación:*
 - STC 139/2008, de 28 de octubre 162
 - SAP Tenerife 470/2008, de 30 de junio 268

Prescripción:

— STS 614/2008, de 1 de octubre 223

• *Prescripción del delito:*

— STC 129/2008, de 27 de octubre 156

— STS 414/2008, de 7 de julio 175

Principio “non bis in idem”:

— STS 503/2008, de 17 de julio 183

— SAP Almería 144/2008, de 28 de abril 254

Principio acusatorio:

— STS 578/2008, de 30 de septiembre 221

Principio de irretroactividad:

— STS 548/2008, de 17 de septiembre 204

Prueba:

• *Prueba pericial:*

— STS 576/2008, de 24 de septiembre 212

• *Prueba testifical:*

— STS 433/2008, de 3 de julio 172

— STS 543/2008, de 23 de septiembre 209

R

Recurso de amparo:

— ATC 289/2008, de 22 de septiembre 149

Recurso de apelación:

— SAP Almería 134/2008, de 18 de abril 248

Responsabilidad civil derivada del delito:

— STS 544/2008, de 15 de septiembre 201

— SAP Valladolid 50/2008, de 17 de abril 244

• *Vehículos a motor:*

— SAP Madrid 297/2008, de 18 de junio	265
— SAP Madrid 252/2008, de 24 de julio	276

S

Secreto de las comunicaciones:

— SAP León 6/2008, de 22 de abril	251
---	-----

Sumario:

• *Auto de conclusión:*

— STS 555/2008, de 25 de septiembre	217
---	-----

T

Terrorismo:

— STS 503/2008, de 17 de julio	183
--------------------------------------	-----

Testigos:

• *Testigo de referencia:*

— STS 444/2008, de 2 de julio	168
-------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

— SAP Huelva 87/2008, de 16 de abril	243
— SAP Palma de Mallorca 27/2008, de 2 de mayo	256

V

Violación:

— SAP Almería 144/2008, de 28 de abril	254
--	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Auto 289/2008 de la Sala 2.^a del TC de 22 de septiembre de 2008
(BOE 31 de octubre de 2008) (Recurso de amparo 5715/2007)**

INADMISIÓN DE RECURSO DE AMPARO. JUSTIFICACIÓN DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

Arts. 49.1 *in fine* y 50.1.a) LOTC

SÍNTESIS

Inadmisión del recurso de amparo por omitirse en el escrito de demanda la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto, siendo éste un requisito inexcusable e insubsanable tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Por lo que respecta al novedoso requisito de tener que acreditarse la especial trascendencia constitucional del recurso, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, hemos dicho recientemente en Auto 188/2008, de 21 de julio, dictado por la Sala Primera de este Tribunal, FJ 1, que el mismo configura una ineludible exigencia

impuesta por el art. 49.1 *in fine* de la LOTC, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión “en todo caso” empleada por el precepto. Que, sin embargo, aunque imprescindible no basta con la mención en la demanda de amparo de esta expresión legal, dedicando a la misma una argumentación específica, pues una vez verificada su constancia procederá “la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios

señalados por el art. 50.1.b) de la LOTC acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional”.

Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que “la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada”. Esta última, ya antes de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, implicaba y sigue implicando hoy “un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 de la LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2). Lo que, insistimos, resulta distinto a tener que justificar expresamente la especial trascendencia constitucional del recurso, “sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2).

3. Importa asimismo considerar que el incumplimiento de la exigencia a la que ahora nos referimos vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*. La propia naturaleza y la función que cumple la carga establecida en el inciso final del art. 49.1 de la LOTC impide considerar la falta de justi-

ficación de la especial trascendencia constitucional del recurso dentro de los supuestos de subsanabilidad del art. 49.4 de la LOTC. En tal sentido este Tribunal Constitucional “ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1). En relación con ello, por un lado, y en referencia a las exigencias de precisión y claridad contenidas en el primer inciso del art. 49.1 de la LOTC, se ha destacado que no cabe considerar que representen meros formalismos, ya que están justificadas por la necesidad de ‘proporcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio que corresponde hacer a este Tribunal’ (STC 82/1995, de 5 de junio, FJ 5); y, por otro, se ha advertido reiteradamente que no puede exigirse de este Tribunal que integre los defectos argumentales de la demanda de amparo (por todas, STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5), ‘toda vez que quien impetra el amparo constitucional no solamente ha de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino que además ha de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente cabe esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la jurisdicción constitucional, sin que le corresponda a este Tribunal suplir los razonamientos de las partes, ni reconstruir la demanda de oficio cuando el demandante ha desatendido la carga de argumentación que pesa sobre él’ (STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

Tratándose así de una exigencia inexcusable, en cuanto “requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3), la omisión de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso se

traduce en defecto insubsanable de la demanda, lo que impide la apertura del trámite de subsanación del art. 49.4 de la LOTC o la subsanación por propia iniciativa del recurrente. “Entender lo contrario supondría, además, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

La subsanabilidad del art. 49.4 de la LOTC se conecta más bien a requisitos formales como la falta de aportación de documentos o de consignación de determinados datos en la demanda de amparo, pero “no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión, porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones que habían de conducir a la misma admisión a trámite pudieran ser introducidas *ex novo* posteriormente a la presentación de la demanda. Y ello aún con mayor motivo en el actual recurso de amparo dados el significado y cometido que le otorga la nueva regulación legal, que tiene como característica más distintiva la necesidad de que exista una ‘especial trascendencia constitucional’ en el asunto planteado para que este Tribunal pueda conocer del mismo” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

4. Sentado lo que antecede, al acometer el examen de la demanda de amparo aquí presentada se constata, en primer lugar y como ya advertimos en la relación fáctica de

este mismo Auto, que de todos los derechos fundamentales invocados como vulnerados en aquel escrito, únicamente se expone argumentalmente una sola de las quejas, la relativa a la supuesta conculcación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE). Lo que impide, ya de entrada, que puedan considerarse deducidas las demás, so pena de llevar a cabo una reconstrucción de oficio de la demanda de amparo que nos está vedada, cual se acaba de explicar en el anterior fundamento jurídico.

Constreñida la pretensión del recurrente en amparo, pues, a la queja de inexistencia de prueba de cargo en su contra, aparece de inmediato sin embargo un obstáculo formal insalvable, que no es otro que la falta absoluta de mención en el escrito de demanda del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto (art. 49.1 *in fine* de la LOTC), en cualquiera de los tres ámbitos señalados en la ley (importancia de una Sentencia de fondo que pudiera dictarse por este Tribunal en el caso, para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución: [art. 50.1.b) de la LOTC], ninguno de los cuales ha sido argumentado.

Ello representa, tal como se ha dicho, un vicio insubsanable que trae consigo inexorablemente la inadmisión del recurso interpuesto [art. 50.1.a) de la LOTC], impidiendo así entrar en el estudio preliminar a efectos de admisión del recurso, no sólo de la concurrencia material —y ya no sólo formal— del mencionado requisito de la especial trascendencia, sino del propio contenido constitucional de la queja deducida, una vez rechazada ya dicha admisión, insistimos, en virtud de la falta de aquel requisito.

**Sentencia 120/2008 de la Sala 1.^a del TC de 13 de octubre de 2008
(BOE 31 de octubre de 2008) (Recurso de amparo 9185/2006)**

EURO-ORDEN. COSA JUZGADA

Art. 12 Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debido a la entrega en virtud de una euro-orden que incurre en error patente acerca de las razones que justificaban la inexistencia de cosa juzgada en relación con un proceso de extradición previo por los mismos hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza, como en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya decidido en resolución firme. El desconocimiento de tal efecto de cosa juzgada material por parte de los Tribunales implicaría privar de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una resolución dictada en un proceso anterior entre las mis-

mas partes (por todas, SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 2). Ahora bien, este Tribunal también ha declarado que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o están incursas en error patente (SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 177/2006, de 5 de junio, FJ 3).

La traslación de esta doctrina a los procesos de extradición y euroorden tiene algunas peculiaridades. En primer lugar, conviene recordar que “la competencia para interpretar la legalidad aplicable en materia de extradición y euroorden es de la jurisdicción ordinaria, por lo que a los órganos judiciales corresponde precisar, en primer lugar, si las

resoluciones dictadas en materia extradicional tienen o carecen de efecto de cosa juzgada material. A este Tribunal Constitucional corresponde, tan sólo, revisar conforme a un control externo y negativo, si la fundamentación exteriorizada por la Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE), de conformidad con el canon reforzado que este Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con otros derechos fundamentales del recurrente” (SSTC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3). En segundo lugar, y en atención a la naturaleza del proceso extradicional, en el que simplemente se verifica el cumplimiento de requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (por todas, SSTC 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3), hemos afirmado que las resoluciones que resuelven los procesos de extradición no producen, en principio, el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden “en determinados supuestos” ser sustituidas por otras (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 177/2006, de 5 de junio, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3).

3. La precisión de esta doctrina en cuanto a cuáles son los supuestos en que se excluye el efecto de cosa juzgada nos ha llevado a afirmar que su aplicación “ha de ser modulada en atención a las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la *ratio decidendi* sobre la que se hubiera fundado la denegación de la entrega del reclamado en el primer proceso extradicional cuyo efecto de cosa juzgada se discute. En este sentido, la propia formulación de la doctrina de este Tribunal en las citadas Sentencias establece la posibilidad de que puedan producirse excepciones al principio expuesto, admitiendo, *sensu contrario*, que ‘en determinados supuestos’ las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por

otras” (STC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido STC 293/2006, de 10 de octubre, FJ 3).

(...)

la clave para discriminar unos casos de otros está en el análisis de la *ratio decidendi* de la denegación en el primer proceso extradicional, diferenciando entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales no conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal (que en principio no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega), y aquellas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión).

Siendo así, a la hora de analizar la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que rechazan la existencia de cosa juzgada en este tipo de procesos conforme al canon de motivación reforzada al que antes se hizo referencia, este Tribunal ha de comprobar, en primer lugar, si las mismas toman en consideración las circunstancias del caso concreto y, fundamentalmente, si tienen en cuenta cuál fue la *ratio decidendi* sobre la que se fundó la inicial denegación de la entrega cuyo efecto de cosa juzgada se discute. Y a partir de ahí, habrá de analizarse si el razonamiento del órgano judicial es conforme a las pautas interpretativas anteriormente expuestas.

4. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta exige tomar como punto de partida de nuestro examen la fundamentación de la resolución impugnada en relación con la existencia o no de cosa juzgada.

Como se expuso en los antecedentes de esta resolución, el Auto recurrido rechazó la existencia de cosa juzgada en el fundamento jurídico segundo, apartado a) partiendo de la siguiente premisa fáctica: que el Auto de 8 de enero de 1997 había denegado la extradición a Italia respecto de la orden de deten-

ción europea dictada por el Tribunal de apelación de Brescia el 14 de diciembre de 1993, con referencia 118-1993 R.E., “sin haber entrado en el análisis de dicha materia extradicional, al no haberse aportado la pertinente documentación por el país requirente, según se expresa en el apartado a) del antecedente de hecho primero de tal Auto, habiéndose opuesto el Ministerio Fiscal a dicha extradición, según se indica en el apartado tercero de su parte dispositiva”. (...)

Pues bien, como afirma el Ministerio Fiscal, del examen de las actuaciones y, en concreto, de la mera lectura de la decisión cuyo efecto de cosa juzgada se discute, se desprende que la premisa fáctica de la que partió el órgano judicial es errónea y que, por tanto, la decisión sobre la existencia o no de cosa juzgada parte de un error patente acerca de un dato esencial para la motivación de tal misma: la *ratio decidendi* de aquella primera decisión denegatoria de la extradición. En efecto, si bien es cierto que en el apartado a) del antecedente de hecho primero del Auto de 8 de enero de 1997, en relación con el expediente núm. 33-1994, consta que el país requirente no había aportado la documentación extradicional dentro del plazo, también lo es que en el antecedente de hecho segundo del Auto de 8 de enero de 1997 se señala que el expediente núm. 35-1994 del Juzgado Central núm. 2, respecto del que sí se presentó la documentación y se continuó el procedimiento, responde a la misma orden de detención, dato no tomado en consideración en la resolución recurrida. Como tampoco toma en cuenta, ni analiza que las razones para la denegación de la extradición en el citado expediente fueron, como alega el demandante de amparo, respecto de dos de las Sentencias, que vista la fecha de los hechos, los mismos quedarían comprendidos en los indultos generales de 22 de noviembre de 1975 y 14 de marzo de 1977; respecto de otras dos, que fueron dictadas en rebeldía y que Italia no daba garantías de un nuevo juicio ni podía hacerlo con-

forme a su legislación; y, finalmente, respecto de las Sentencias del Tribunal de apelación de Milán de 20 de junio de 1989, del Tribunal de apelación de Brescia de 9 de julio de 1984 y del Tribunal de apelación de Milán de 31 de mayo de 1984, la existencia de prescripción (fundamento jurídico tercero del Auto). Por tanto, en el presente caso ha existido, respecto de la misma orden de detención europea para el cumplimiento de las siete Sentencias ejecutorias reseñadas en la resolución recurrida, no sólo un pronunciamiento judicial previo denegando la extradición por motivos puramente formales (falta de aportación de la documentación), sino también un pronunciamiento que la deniega por razones radicalmente distintas: prescripción, indulto y falta de garantías derivadas de la condena en rebeldía, dato ignorado por la citada resolución.

Por otra parte, dicho error resulta determinante de la decisión adoptada en relación a la existencia de cosa juzgada y produce efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente, pues no trata de un error sobre un dato fáctico marginal y no decisivo, sino de un error que recae sobre la clave de la motivación, la *ratio decidendi* de la denegación inicial, y cuya constatación deja carente de motivación la decisión, al no poder conocerse cuál hubiera sido la respuesta del órgano judicial a partir de los datos fácticos correctos. En efecto, el dato de que la denegación de la extradición se había producido sin entrar en el análisis de la materia extradicional, por no haberse aportado la pertinente documentación, constituye la única razón esgrimida por la Audiencia Nacional para poder afirmar que la misma se produjo por motivos formales y que —en aplicación de la doctrina de este Tribunal anteriormente expuesta y recogida en la propia resolución recurrida— no producía efecto de cosa juzgada, lo que resulta obvio por cuanto se dejaba imprejuizada la cuestión de la procedencia o no de la extradición. Sin embargo, si el órgano judicial hubiera partido de las premisas fácticas correctas (esto es, que

se denegó la extradición por entender que unas penas estaban indultadas, otras prescritas y que dos de las Sentencias habían sido dictadas en ausencia), su razonamiento hubiera debido ser necesariamente otro. Y ello porque tanto el indulto como la prescripción son causas de extinción de la responsabilidad penal conforme al art. 130 del CP; la existencia de un indulto está expresamente prevista como causa de denegación de la entrega en el art. 12.1.c) de la Ley 3/2003; la prescripción se prevé como causa facultativa de la denegación en el art. 12.2.i) de la misma Ley; y el derecho del acusado de un delito grave a comparecer en juicio, como garantía del derecho de defensa, constituye una de las reglas esenciales de un proceso justo, forma parte del “contenido absoluto” de este derecho (por todas, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 13 y 14; 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 2; 65/2007, de 27 de marzo, FJ 2). Siendo así, parece obvio que no cabe aplicar a las mismas el razonamiento de que se denegó la entrega por motivos formales y sin entrar en el fondo, sino que resultaba imprescindible, para satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en los términos anteriormente expuestos, que el órgano judicial hubiera analizado si tales causas de denegación se hallaban o no directamente conectadas con las condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de entrega y si generaban o no en el reclamado una legítima expectativa acerca de la intangibilidad de la primera decisión.

En definitiva, la resolución recurrida en amparo incurre en un error patente respecto de las razones en las que se fundamenta la

anterior denegación de extradición, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, referido a las bases fácticas determinantes de la decisión adoptada en relación con la cosa juzgada (*ratio decidendi*), de forma que no puede saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error, y que produce efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, por lo que resulta constitucionalmente relevante (por todas, SSTC 6/2006, de 16 de enero, FJ 4; 150/2006, de 22 de mayo, FJ 2; 61/2008, de 26 de mayo, FJ 4) y determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) en relación con la garantía material de la cosa juzgada.

5. En este punto ha de detenerse nuestro enjuiciamiento, como ya anticipamos en el fundamento jurídico segundo de la presente Sentencia, puesto que la vulneración apreciada determina la anulación de la resolución recurrida y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno, para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. Siendo así, y dado que ello obliga al órgano judicial a reconsiderar su decisión acerca de la posible concurrencia de la cosa juzgada, sobre la base de las premisas fácticas correctas, no procede en este momento realizar pronunciamiento alguno acerca de las otras quejas, alegadas en la demanda de amparo, puesto que de apreciarse eventualmente la existencia de cosa juzgada ello determinaría la imposibilidad de un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la solicitud de entrega formulada por Italia.

**Sentencia 129/2008 de la Sala 1.^a del TC de 27 de octubre de 2008
(BOE 21 de noviembre de 2008) (Recurso de amparo 4615/2005)**

PRESCRIPCIÓN Y DELITO FISCAL

Arts. 132 y 305 Código Penal

Ponente: Excmo. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde

SÍNTESIS

A propósito de una condena por delito fiscal, se precisa el alcance de las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, relativa al cómputo del plazo de prescripción, y 120/2005, de 10 de mayo, sobre la separación entre “negocio simulado” y “fraude de ley tributaria”, a los efectos de determinar la existencia de un delito contra la Hacienda Pública. Ambas sentencias de referencia se recogieron en el número 16 de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Las dos primeras quejas de la demanda abordan la misma cuestión desde dos perspectivas constitucionales diferentes. En las dos se impugna la calificación judicial como negocio simulado de la compra por parte de la sociedad Pinyer, S.A., de la totalidad de las acciones de la sociedad Círculo de Management y Control, S.A. y en las dos quejas se considera que en ello reside la clave bien del sentido inculpativo del relato de hechos probados, bien de su subsunción como conducta de defraudación tributaria.

Como los cánones de análisis de la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tipicidad penal son diferentes, por mucho que puedan tender a converger en algunos de sus rasgos en torno al parámetro de razonabilidad, procede, en primer lugar, delimitar cuál es la perspectiva constitucional pertinente. Y en tal delimitación debe optarse por la segunda de las men-

cionadas. No se trata en rigor de la constatación de unos hechos a partir de las pruebas practicadas, o de la inferencia de unos hechos a partir de otros, sino de la valoración del sentido de los mismos en orden a su subsunción o no en la formulación típica que formaba parte de la acusación (la del art. 349 del Código penal de 1973). Los hechos atinentes a las operaciones societarias y mercantiles realizadas por las dos sociedades implicadas no son objeto de discusión como tales a partir de las pruebas practicadas. Lo que se discute en realidad es si cabe calificar los mismos como constitutivos de una “defraudación a la hacienda” en el sentido del art. 349 del Código penal de 1973. Lo que se discute es la interpretación de la norma aplicada y la subsunción de los hechos en la misma, cuestión que debe ser analizada desde la perspectiva del art. 25.1 de la CE.

3. El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 de la CE) supone que nadie puede ser

condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; ...STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley ... La seguridad

jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica... Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

No compete pues a este Tribunal la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se construye a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órga-

nos judiciales. Tal sostenibilidad se refiere, como se señalaba en el fundamento anterior, al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, y se traduce en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada.

4. Con independencia de su mayor o menor rigor metodológico, y con independencia también de si supone una comprensión del texto típico más o menos restrictiva que otras alternativas posibles, juicios ambos que, como hemos subrayado ya, son ajenos a nuestra competencia, hemos de afirmar que no constatamos la objeción constitucional que *ex art. 25.1* de la CE opone la demanda a la interpretación judicial realizada y a la subsunción consecuente a la misma.

El entendimiento de que concurre una defraudación típica —esto es, según la Sentencia de instancia, una conducta con “un cierto componente de engaño”— lo sustentan las resoluciones impugnadas en que el negocio de compraventa realizado tiene componentes de simulación, que se detectan a partir de la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos, y a partir del concurso de una sociedad con importantes y pretéritas bases impositivas negativas. Insiste la Sentencia de casación en que el artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos. Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las caracte-

terísticas del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero, y esto es lo único que ahora importa, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito. No cae fuera del campo semántico del verbo “defraudar”, que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos. No es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles, que serían sólo inicial y aparentemente regulares. Y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución.

5. En la demanda de amparo y en el escrito de alegaciones, la representación del demandante invoca reiteradamente la STC 120/2005, de 10 de mayo, en apoyo de su pretensión de que no es posible sustentar la tipicidad penal de su conducta.

Cierto es que en aquella Sentencia se afirmaba, con cita de la STC 75/1984, de 27 de junio, que la figura del fraude de ley no puede utilizarse legítimamente para afirmar la tipicidad de una conducta que formalmente se situaba fuera de las fronteras del tipo aplicado. Es así constitucionalmente reprochable que se sancione con la pena propia de una conducta típica lesiva de un bien jurídico la lesión del mismo bien jurídico a través de una conducta atípica. Como afirmaba ya la STC 75/1984, la exigencia de tipicidad “se vería soslayada... si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo” (FJ 5). Y en frase conclusiva de la STC 120/2005, también para la utiliza-

ción de la figura del fraude de ley respecto de las normas no penales que se integran en la norma penal, “la utilización de la figura del fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 de la CE” (FJ 4).

No es cierto, sin embargo, que en esta última Sentencia se llegara “a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación”, como afirma el demandante en su escrito de alegaciones. En la STC 120/2005, el Tribunal Constitucional, que no califica penalmente los hechos objeto de acusación, se limitó a constatar que “[n]i en una ni en otra Sentencia se consideró... acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados” (FJ 5), y que, además, el Tribunal de apelación consideró que se había producido un fraude de ley tributaria, y que «la utilización de un fraude de ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar” (FJ 5).

A partir de esta constatación, la STC 120/2005 se limitó a afirmar que la argumentación judicial en la interpretación de la norma aplicada y en la subsunción de los hechos probados en la misma no tenía la razonabilidad suficiente como para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica que informa el derecho a la legalidad penal, pues “la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria” (FJ 6). En concreto, la Sentencia de apelación carecía de análisis alguno acerca de “en qué manera podían considerarse realizados por la con-

ducta del demandante de amparo los elementos subjetivos y objetivos necesarios para poder proceder a la aplicación del mencionado tipo penal”; y así, “junto al resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello” (FJ 5).

Resulta a todas luces diferente el objeto de la presente Sentencia, que no es, debe recordarse de nuevo, el enjuiciamiento penal de unos hechos, sino la argumentación de unas resoluciones judiciales a las que se les reprocha la, por irrazonable, sorpresiva catalogación penal de una conducta como típica del delito de defraudación fiscal. Y claro es que la conclusión penal final de las mismas de que se ha producido una conducta defraudatoria en el sentido del art. 349 del Código penal anterior no se sustenta ya, como en el objeto de la STC 120/2005, en la simple consideración de que se ha realizado un negocio jurídico en fraude de ley, consideración que ahora expresamente se niega, sino en la apreciación de que la compraventa de acciones efectuada tiene componentes de simulación que hacen que la conducta de su promotor reúna todos los caracteres típicos del delito de defraudación tributaria. Dicho en forma conclusiva: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; no puede atenderse a la petición de que se aplique la doctrina constitucional en la presente Sentencia del mismo modo estimatorio que en la STC 120/2005 porque su objeto es diferente hasta el punto de que las Sentencias ahora recurridas niegan el punto de partida argumentativo de las Sentencias que fueron objeto de reproche constitucional en la STC 120/2005.

6. Las vulneraciones que la demanda relaciona con la decisión judicial de negar la prescripción pretendida por el recurrente

son dos, de índole bien diferente. Si la primera alegación de la queja invoca sólo el derecho a la tutela judicial efectiva y se refiere al hecho de que el *dies a quo* del plazo de prescripción haya sido fijado en casación por el Tribunal Supremo y no en instancia por la Audiencia Provincial, la segunda alegación añade como vulnerado el derecho a la legalidad penal, y con apoyo en la STC 63/2005, de 14 de marzo, pretende que es irrazonable negar que el acto de interrupción judicial de la prescripción acaeció con aquel plazo ya vencido. Antes de abordar separadamente estas dos alegaciones procede responder a la radical objeción del Abogado del Estado de que la queja es extemporánea.

Esta objeción, que parte de que la prescripción fue ya negada por una primera sentencia anulatoria del Tribunal Supremo y recurrida en su momento en amparo, no puede ser acogida. Ciertamente la primera Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2001 determinaba ya los momentos de inicio y de interrupción del plazo de prescripción que constituyen el presupuesto de la decisión judicial ahora impugnada de negación de la prescripción. Y ciertamente tal determinación fue acogida por la posterior sentencia de casación (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 404/2003, de 21 de marzo), que fundamentaba la falta de prescripción en la falta de incidencia del plazo de prescripción tributaria (de cuatro años) en la prescripción penal (cinco años para el delito que se enjuiciaba). Pero no constituye sin embargo ahora un óbice procesal el que en los recursos de amparo interpuestos contra esta última Sentencia y contra el Auto posterior que denegaba la nulidad de actuaciones —resoluciones que no ponían fin al proceso penal y que eran en tal sentido interlocutorias— no se impugnara aquella determinación y sí sólo, por vía del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, la falta de incidencia de la prescripción tributaria en la responsabilidad penal.

En efecto, con independencia ahora de cuál hubiera sido nuestra decisión sobre la tempestividad de una queja tal, pues de una queja respecto a una decisión interlocutoria se trata y la misma se rige, salvo excepciones, por el criterio de la espera al final del proceso penal (por todos, ATC 169/2004, de 10 de mayo), no es desde luego reprochable la conducta procesal del recurrente de no impugnar entonces en amparo lo que ahora sí impugna, pues, por una parte, no era esta cuestión de los términos del plazo de prescripción la que había provocado la revocación de su absolució n y, por otra, cabía esperar aún una hipotética reconsideración de dichos términos en el proceso que se reabría. Procede recordar que “en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio)” y que en tales casos “este Tribunal no ha objetado la tempestividad de la interposición del recurso de amparo tras la celebración de la nueva vista y el dictado de las posteriores resoluciones que ponían fin definitivamente al procedimiento judicial (así, STC 249/2005, de 10 de octubre)” (STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

7. La primera alegación en torno a la decisión de prescripción centra su argumentación en la falta de toda mención explícita y motivación» en la Sentencia de instancia acerca de la determinación de la fecha de comisión de delito, y en la imposibilidad procesal de que sea el Tribunal Supremo el que proceda a tal determinación “usurpando las competencias en materia de valoración de la prueba”.

Tales argumentos no pueden ser acogidos. El último porque no es un argumento de constitucionalidad, sino de interpretación de la legalidad procesal. Ninguna tacha constitucional se alega para avalar que el Tribunal Supremo no pueda fijar el momen-

to de comienzo del cómputo del plazo de prescripción: qué vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en ello o qué garantía esencial del proceso se echa en falta. Pero en todo caso, como destaca el Ministerio Fiscal, no ha sido el Tribunal Supremo el que primero ha fijado tal momento, ni lo ha hecho inmotivadamente. La segunda Sentencia de la Audiencia Provincial se remite expresamente para “la cuestión preliminar de prescripción” a los razonamientos de la primera Sentencia del Tribunal Supremo (FD 2), y en esta primera Sentencia de casación, tras una pormenorizada fundamentación [FD 2.b)] se llega a una conclusión coincidente al respecto con la primera Sentencia de la Audiencia Provincial.

8. Pero la principal objeción al modo en el que los órganos judiciales negaron la prescripción del delito se refiere a la afirmación de que la misma interrumpió su plazo con el Auto de incoación de diligencias previas. Esta consideración, a juicio del recurrente, supone extender el art. 114 del Código penal anterior “más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas”, porque no puede entenderse que dicho Auto “dirija el procedimiento contra el culpable” por su falta de contenido material y de fundamentación jurídica.

Para la respuesta a esta última alegación hemos de recordar que el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7). Este análisis se concreta, en primer lugar, en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada “en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de

14 de marzo, FJ 3). Habrá de comprobarse además, en segundo lugar, que la decisión judicial sea “conforme” con el derecho a la libertad (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4): que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (SSTC 63/2005, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que “sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución” (SSTC 63/2001, FJ 7; 11/2004, de 12 de febrero, FJ 2; 63/2005, FJ 4). Tales fines se relacionan con la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal “seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen” (STC 63/2005, FJ 4).

La aplicación de este canon a las Sentencias recurridas comporta la desestimación de la queja. La Sentencia del Tribunal Supremo explica que “según la interpretación del artículo 132.2 del Código penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala”, “la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción... ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querrellado”, sin “que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos” (FD 10.8).

Resulta así notorio que no concurre no ya falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad ma-

nifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuen- te con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querellado, má- xime si se tiene en cuenta, con cita de nuevo de la STC 63/2001, que la norma aplicada “no especifica la calidad ni la intensidad” de la conexión requerida “entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta con- denado para dar por interrumpida la pres- cripción” (FJ 9). Y constatamos también que esta interpretación del inciso “desde que el procedimiento se dirija contra el culpa-

ble” (art. 114 del Código penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la se- guridad y de las funciones de la sanción pe- nal, a la vista de que se trata de una decisión judicial formalizada y específica que tiene por contenido la investigación penal solici- tada.

La desestimación de esta tercera y última queja de la demanda nos aboca al fallo de- negatorio del amparo previsto en el art. 53.b) de la LOTC.

**Sentencia 139/2008 del Pleno del TC de 28 de octubre de 2008
(BOE 21 de noviembre de 2008) (Cuestión de inconstitucionalidad
640/2005)**

PENA DE ALEJAMIENTO

Art. 57.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Es la primera sentencia del Tribunal Constitucional que se enfrenta al problema de la constitucionalidad del alejamiento “forzado” (contra la voluntad de la víctima), pero al inadmitir, por cuestiones formales, la cuestión planteada, no entra todavía al fondo del asunto. Lo mismo sucede con las SSTC 140/2008, de 28 de octubre y 141/2008, de 30 de octubre. Recogemos también un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Arenys de Mar cuestiona en este proceso la constitucionalidad de los arts. 48.2 y 57.2 del Código penal (en adelante, CP), en la

redacción que les confirió la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por entender que infringen los arts. 1.1, 10 y 17 de la Constitución en cuanto, en los casos en que la víctima rechace la imposición de la pena de alejamiento, cuya imposición deviene

obligada del juego combinado de ambos preceptos, y en que la infracción merezca la calificación de leve, limita la libertad de la víctima que, sin haber cometido infracción alguna, encuentra su libertad limitada. El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales, o, en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida. El Abogado del Estado solicitó su desestimación.

2. Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto debemos examinar el vicio de procedibilidad denunciado por el Fiscal General del Estado, que se opone a la admisibilidad de la cuestión formulada por considerar incumplido uno de los requisitos establecidos en el art. 35 de la LOTC —en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo—. Este examen es pertinente, según nuestra jurisprudencia, porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 de la LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto de inadmisión, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

3. Denuncia el Fiscal General del Estado el defectuoso cumplimiento por el órgano judicial del procedimiento establecido en el art. 35.2 de la LOTC para el correcto planteamiento de la cuestión, por cuanto el titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio Fiscal sin mencionar todos los preceptos constitucionales respecto de los que finalmente formuló la duda de inconstitucionalidad. El Juzgado dictó providencia de 22 de octubre de 2004 en la que daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que alegaran lo que a su derecho interesara acerca de la posible contradicción de la pena de alejamiento de los arts. 57.2 y 48.2 del CP con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrada en el art. 17 de la CE y, una vez

que las partes informaron sobre lo que se le pedía, el Juez dictó Auto, no sólo por su colisión con el art. 17 de la CE, sino también por ser contrario a los arts. 1.1 y 10.1 de la CE.

4. Este Tribunal ha insistido reiteradamente (por todos ATC 467/2007, de 17 diciembre, FJ 2) en la importancia que tiene la tramitación correcta de las cuestiones de inconstitucionalidad, en concreto, el cumplimiento de las formalidades previas a su planteamiento formal.

Entre dichas formalidades se encuentra la relativa al trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, trámite que debe satisfacer dos funciones que le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2; ATC 13/2008, de 16 de enero, FJ 3) y, de otro, facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado (ATC 108/1993, de 30 de marzo).

La importancia de la audiencia del art. 35.2 de la LOTC, no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4). Estas alegaciones habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos. Resulta,

pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado, en principio, a elevar la cuestión de inconstitucionalidad únicamente sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (ATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada), si bien el órgano judicial puede precisar, modificar o ampliar, en función de las observaciones recibidas, el parámetro de constitucionalidad planteado inicialmente al abrir el trámite de audiencia [SSTC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 1.a), 84/1993, de 8 de marzo, FJ 1.b), y 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2]. Por tal razón, este Tribunal ha considerado reiteradamente que una carencia de tal naturaleza en la providencia que concede el trámite de audiencia constituye una omisión de suficiente entidad como para determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 224/2006, de 6 de julio, FFJJ 4 y 5; AATC 199/2001, de 4 de julio, 102/2003, de 25 de marzo, 226/2003, de 1 de julio, 308/2004 a 311/2004, de 20 de julio, 56/2006, de 15 de febrero, y 188/2006, de 6 de junio).

5. Aplicando al presente caso la doctrina expuesta sobre la identidad en el trámite de audiencia de preceptos cuestionados y normas constitucionales presuntamente infringidas, ha de concluirse que concurre una causa de inadmisión de la actual cuestión de inconstitucionalidad.

Efectivamente, si contrastamos la providencia de 22 de octubre de 2004 (en la que el Juzgado promotor de la cuestión acuerda dar traslado a las partes a fin de que manifestasen lo que estimaren procedente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57.2 del CP en relación con el art. 48.2 del CP, por la posible contradicción de dicha “pena de obligada imposición con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrado en el art. 17 de la CE”), con el Auto de 10 de enero de 2005 (de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad) aprecia-

mos que, en éste, se citan como preceptos constitucionales presuntamente infringidos los arts. 17.1, 1 y 10.1 de la CE. Ello constituye un “exceso” respecto del objeto del trámite de audiencia de las partes, al introducirse dos nuevos preceptos fundamentales, presuntamente afectados, sobre el que se pretende un cuestionamiento, que no estaban presentes hasta ese momento en cuanto no fueron identificados por el Juez al abrir en el trámite de audiencia ni tampoco fueron incluidos por las partes en sus alegaciones; y ello debe dar lugar a estimar incumplido el trámite formal de la audiencia: primero, porque las partes no han tenido ocasión de pronunciarse sobre la pertinencia de la hipotética vulneración de los artículos 1 y 10.1 de la CE introducidos finalmente por el órgano, *motu proprio*; y, segundo, porque, como se encarga de apuntar el Fiscal General del Estado, existe una diferencia conceptual entre el derecho a la libertad personal del art. 17 de la CE y el valor libertad como superior del Ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE) y el derecho a la dignidad (art. 10 de la CE).

A mayor abundamiento conviene tener presente que la alusión a estos preceptos constitucionales (arts. 1 y 10.1 de la CE) no constituye un simple reforzamiento de la argumentación que lleva a cabo el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, de modo que la duda de constitucionalidad se refiera esencialmente al art. 17 de la CE y aquellas referencias sean perfectamente prescindibles. Justo al contrario. El Juez se encarga de precisar que, si alude al derecho a la libertad personal (art. 17 de la CE), es porque la libertad constituye uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE), lo que implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten. Y sostiene que el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. Es precisamente desde este enfoque

desde el que argumenta que la imposición automática y obligatoria de la pena accesoria de alejamiento, contra la voluntad de la propia víctima de la infracción, implica que ésta ve enteramente restringida y limitada su libertad personal en cuanto restricción de su autonomía personal y de su libertad de decisión para determinar sus relaciones personales.

Procede, por consiguiente, inadmitir por las razones expuestas la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Arenys de Mar.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA
SENTENCIA DEL PLENO QUE INADMITE
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚM. 640-2005

1. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la LOTC expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada, tanto en el juicio que contiene sobre el grado de cumplimiento por el órgano judicial del trámite regulado en el art. 35.2 de la LOTC como en la consecuencia que se extrae del defecto apreciado.

La Sentencia pone de manifiesto que la providencia dictada por el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad alude a la posible contradicción de los arts. 57.2 y 48.2 del CP “con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrado en el art. 17 de la CE” mientras que el posterior Auto de planteamiento de la cuestión cita, como preceptos constitucionales presuntamente infringidos, no sólo al art. 17.1 de la CE, sino también a los arts. 1.1 y 10.1 de la CE, lo cual constituye un exceso que debe ser sancionado con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ciertamente, con arreglo a nuestra jurisprudencia la falta de mención de un determinado precepto constitucional en la providencia y su introducción *ex novo* en el Auto

de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede devenir en infracción del art. 35.2 de la LOTC, pero sólo en la medida en que este defecto haya imposibilitado a las partes conocer el planteamiento del Juez proponente, pues ese defecto de precisión carece de suficiente entidad como para ser elevado a causa de inadmisibilidad si, como ocurre en el presente caso, la indeterminación es sólo relativa, de modo que las partes hayan podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él (STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1).

En efecto, nuestra doctrina es constante en afirmar que si bien el órgano judicial no puede cuestionar otros preceptos legales distintos de aquellos que sometió a la consideración de las partes, no cabe exigir con igual rigidez esa misma adecuación entre el objeto de las alegaciones y el de la ulterior cuestión en lo relativo a la identificación de las normas constitucionales que se estiman infringidas. A este respecto hemos reiterado que no cabe desconocer que las propias alegaciones de las partes pueden contribuir, con toda normalidad, a delimitar o modular la duda de constitucionalidad que abraza el órgano judicial, al que tampoco cabe negar, junto a ello, la precisión y determinación técnico-jurídica de lo que las partes hayan aducido sobre la constitucionalidad del precepto legal; todo lo cual puede conducir a modificar o a ampliar, en el Auto de planteamiento, el parámetro de constitucionalidad inicialmente propuesto por el órgano judicial o identificado por las partes. La posición flexible del Tribunal en esta materia se plasma en numerosas resoluciones, como las SSTC 67/1985, de 2 de mayo, FJ 1; 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; 188/1988 de 17 octubre, FJ 2; 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1; 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2, y 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 2.

En el presente caso la alusión del órgano judicial en su providencia a “la libertad personal de la propia víctima” y la manifestación de la representación procesal de dicha víctima en su escrito alegatorio de que “es una ley absurda aquella que prohíbe a marido y mujer estar juntos si lo desean libre y voluntariamente” ofrece base suficiente para que la posterior referencia por el Juez, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el art. 1.1 de la CE, no pueda calificarse como una desvirtuación del trámite regulado en el art. 35.2 de la LOTC. Otro tanto ocurre con la referencia al art. 10.1 de la CE, cuya incorporación al Auto de planteamiento se produce para sostener que el libre desarrollo de la personalidad implica que corresponda a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. En realidad, puesto que la libertad que para el Juez promotor resulta inconstitucionalmen-

te afectada es fundamentalmente la de la víctima —y en esto no hay duda a la vista de la providencia— más bien resulta prescindible la referencia al art. 17.1 de la CE, que no la posterior identificación de tal libertad con los arts. 1.1 y 10.1 de la CE.

2. Con independencia de cuanto antecede, entiendo que, aun cuando se hubiera producido el defectuoso cumplimiento del trámite regulado en el art. 35.2 de la LOTC que aprecia la Sentencia, ello no debió conducir a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad sino simplemente a que se hubiese descartado el examen de la cuestión desde la perspectiva de los arts. 1.1 y 10.1 de la CE (en este sentido, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2), a salvo la facultad prevista en el art. 39.2 de la LOTC.

Por lo demás, obvio es decirlo, el que, a mi juicio, la presente cuestión de inconstitucionalidad no debiera haber sido inadmitida nada prejuzga sobre mi posición acerca del fondo de la misma.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008

Asunto: Interpretación del artículo 468 del Código Penal en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima.

Acuerdo:

El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal.

Asunto: Tenencia ilícita de armas, requisito de la guía de pertenencia.

Acuerdo:

La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del artículo 564 del Código Penal.

Asunto: Alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque.

Acuerdo:

La aplicación de la agravación del artículo 370.3.º del Código Penal referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por

esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

Acuerdo:

A los efectos del artículo 370.3.º del Código Penal, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad.

Sentencia 444/2008, Sala de lo Penal del TS, de 2 de julio de 2008

DECLARACIONES TESTIFICALES EXTRAJUDICIALES. TESTIMONIO DE REFERENCIA

Arts. 730 LECrim.; 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monderde Ferrer**

SÍNTESIS

Matizando lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006 (reproducido en el número 20 de la Revista de Derecho Penal) se niega la virtualidad como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia a las declaraciones testimoniales prestadas en sede policial e incorporadas al proceso a través de testimonio de referencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. No obstante todo ello, tiene razón la recurrente. A ella nada le fue aprehendido. Y los testimonios de los compradores de sustancia tóxica tan sólo pueden merecer este carácter en cuanto se hubieran vertido en unas condiciones que no se dieron en nues-

tro caso. En la fase de investigación no declararon ante el juez de instrucción y las efectuadas en el curso de la confección del atestado policial, sin la presencia de letrado, no pueden conceptuarse como declaraciones testimoniales que puedan ser tomadas en cuenta para efectuar la comparación y evaluación a que se refiere el art. 714 de la LECrim. Y tampoco pueden ser considerados, a los efectos de fundar el cargo, los testimo-

nios de referencia (de los policías) cuando se encontraban presentes en la Vista los propios declarantes.

En efecto, esta Sala ha dicho (SS. 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 155/2002, de 22 de julio; y 219/2002, de 25 de noviembre; 6 de febrero de 2008, n.º 79/2008) que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal.

Y que no puede olvidarse la doctrina del TC (SS 146/03, de 14 de julio; 155/2002, de 22 de julio; 97/1999, de 31 de mayo; 79/1994, de 14 de marzo; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero) según la cual el testimonio de referencia es “un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia”.

De modo que, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el juez que ha de dictar sentencia presencia la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE (SSTC 1 y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

Además, se ha precisado también, que (Cfr. SSTC de 29 de septiembre de 1997; 57/2002, de 11 de marzo, y de 29 de mayo de 2003, n.º 785/2003) si el único dato con

valor incriminatorio está constituido por la declaración en sede policial de un testigo, al ser desmentida por el mismo, carece de valor incriminatorio desde las exigencias constitucionales que se derivan del derecho a la presunción de inocencia, y ello porque las declaraciones y demás actuaciones efectuadas en el atestado pueden integrar el valor de fuente de prueba pero no de prueba en sí misma, aún en el caso de que se lean tales declaraciones en el Plenario, porque tal lectura no puede tener efectos novatorios sobre la naturaleza de la diligencia de que se trate. Son sólo las declaraciones incriminatorias en sede judicial, esto es, practicadas en presencia judicial, única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, las que, excepcionalmente, pueden ser valoradas previa su introducción en el plenario en condiciones que permitan su contradicción.

Y, aunque tal doctrina ha sido matizada posteriormente, a partir del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 28 noviembre de 2006, según el que “Las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”, ello, naturalmente, hay que ponerlo en relación con la propia doctrina de la Sala (Cfr. STS de 22 de diciembre de 2004, n.º 1483/2004), según la que el art. 730 de la LECrim. debe ser entendido de acuerdo con la Constitución y ello excluye la posibilidad de utilizar para la formación de la convicción del Tribunal declaraciones de testigos no sometidos a la contradicción de los acusados o de sus defensores, porque es evidente que si el derecho a interrogar y contradecir los testigos de cargo y de descargo no puede ser obviado en el juicio oral, este derecho no puede ser desconocido cuando se pretende utilizar como prueba de cargo declaraciones sumariales que, por lo tanto, no tuvieron lugar inmediatamente en presencia del Tribunal del juicio oral.

Como hicimos constar en nuestra sentencia de 4 de diciembre de 2006, n.º 1215/2006, la introducción en el juicio oral de las declaraciones efectuadas ante la Policía cuando declaran en tal acto solemne los testigos que las presenciaron, tales como los policías ante las que se produjeron o el letrado que asistió en ellas al detenido, puede ser valorada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias:

1.º) que conste que aquélla fue prestada previa información de sus derechos constitucionales.

2.º) que sea prestada a presencia de Letrado.

3.º) finalmente que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma (SSTC 303/1993; 51/1995, de 23 de febrero; 153/1997, de 29 de septiembre; así como de esta Sala, 1079/2000, de 19 julio).

Tal acceso al juicio oral de las declaraciones de referencia trata de no cercenar las posibilidades valorativas que el art. 117.3 de la CE y el art. 741 de la LECrim., atribuyen al Tribunal de instancia, de modo que, como señala la STS núm. 1091/2006, de 19 de octubre “el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás”, siempre que —añadiríamos nosotros— se ajusten a las exigencias constitucionales y legales, descartando toda indefensión.

4. Por lo tanto, no encontrándonos en los supuestos que la jurisprudencia constitucional y de esta Sala admiten, las manifestaciones inculpatórias efectuadas por compradores de drogas en el atestado, sin presencia de letrado, no habiéndose efectuado después declaraciones ante el juez de instrucción, y habiendo sido desmentidas aquéllas en el juicio oral, no pueden servir de prueba de cargo contra la recurrente.

(...)

Cuarto.—El quinto motivo, común a ambos acusados, se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Se alega que los informes analíticos sobre las sustancias tóxicas aprehendidas, carecen de validez ya que fueron impugnados en el escrito de calificación provisional de la parte y el técnico analista no acudió a la vista del juicio oral.

2. En el caso presente el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación (f.º 118 a 120), propuso como prueba pericial toxicológica la de la Técnico Analista (de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Cádiz) D.ª María Inés, a fin de que ratificara los informes toxicológicos emitidos, para el solo caso de que la defensa impugnara su contenido. Asimismo, como prueba documental propuso, entre otros, los folios (87 a 101) en los que constan los informes periciales toxicológicos de referencia.

La defensa del acusado, hoy recurrente, en su escrito de calificación provisional (folio 132 a 134), propuso la pericial de la técnico analista D.ª María Inés; y con respecto a la documental se limitó a impugnar entre otros folios aquellos en los que la prueba pericial practicada en estos autos se encontraba, sin alegar causa ni motivo alguno, ni proponer prueba contradictoria de clase alguna.

Llegado el momento de la Vista del juicio oral (f.º 5 del acta), consta que se dio cuenta de la imposibilidad material de citación de la perito, ya que se iba a trabajar fuera de Cádiz, que el Ministerio Fiscal renunció a su presencia y solicitó se procediera a la lectura de su informe obrante en autos, manifestando la defensa que no renunciaba, y que la Sala de instancia resolvió dar lectura de dicho informe, obrante a los folios 87 a 101 —como así se hizo— haciendo constar el Letrado su protesta.

Consecuentemente, no hubo propiamente una impugnación del informe ya realizado, pues no se cuestionó la capacidad técnica de los peritos informantes, no se solicitó ampliación o aclaración alguna de éstos, ni se propuso un nuevo análisis contradictorio de aquél.

3. Aunque hay que reconocer que existen manifestaciones jurisprudenciales de una tendencia que otorga operatividad a la impugnación pura y simple (SSTS 114/2003, de 5 de noviembre; 1520/2003, de 17 de noviembre; 1511/2000, de 7 de marzo), otra línea más estricta (SSTS de 31 de enero de 2008, n.º 29/2008; de 31 de octubre de 2003 y 23 de marzo de 2000, etc.), exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica, de una concreta queja, o de manifestación de duda interpretativa, de temas de discrepancia sobre la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, o la preservación de la cadena de custodia. Es decir, se exige un contenido material y no meramente formal o retórico, que debe considerarse fraudulento.

A la impugnación como mera ficción, abuso y fraude procesal, también se refieren las SSTS de 7 de julio de 2001; 1413/2003, de 31 de octubre; 140/2003, de 5 de febrero; de 7 de marzo de 2001; 140/2003, de 5 de febrero; y las de 4 de julio de 2002, 5 de febrero de 2002, 16 de abril de 2002; 72/2004, de 29 de enero, cuando no se expresan los motivos de impugnación o éstos son generalizados.

Y debe tenerse en cuenta, también, que la LO 9/2002, de 10 de diciembre, añadió un segundo párrafo al art. 788.2 de la LECrim. a cuyo tenor:

“En el ámbito de este procedimiento (Abreviado), tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por labora-

torios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

Ello —como señaló la STS 97/2004, de 27 de enero—, “no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de este tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el art. 11 de la LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines”.

Por su parte, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de mayo de 2005, en relación al art. 788.2 de la LECrim., adoptó el siguiente acuerdo:

“La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaboradas por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquéllos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 de la LECrim.”.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Sentencia 433/2008, Sala de lo Penal del TS, de 3 de julio de 2008

DERECHO DE DEFENSA. DECLARACIÓN TESTIFICAL DE ABOGADO.
NULIDAD

Arts. 24.2 CE; 542.3 LOPJ; 416 y 730 LECrim.; 32 Estatuto General de la Abogacía

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

Tras exponer las razones por las que la nulidad de un registro de automóvil no se extiende a la confesión posterior del imputado, la Sala declara, en cambio, la nulidad de las declaraciones efectuadas como testigo por el inicial letrado del acusado por vulnerar el derecho de defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En el segundo motivo del recurso se pretende, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que sea desechada la utilización de la información reportada tanto por el registro del automóvil como por la confesión del recurrente. Se justifica esa pretensión por entender que la antijuridicidad de dicho registro afecta indirectamente a la confesión indicada que no se habría producido de no hacerse uso en el interrogatorio de la información obtenida en el registro. Y porque dicha confesión no habría sido obtenida de advertirse al imputado que la información que constaba contra él no podría utilizarse. Por ello, se dice en el recurso, se quiebra el derecho a la tutela judicial sin sufrir indefensión que junto al derecho con todas las garantías se pro-

clama en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la Constitución Española.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la no utilizabilidad de la información reportada por el registro del automóvil, el problema se centra en que esa información no puede obtenerse del acta que la recoge, porque ésta constituye un acto nulo al estar viciado de la ilegalidad antes argumentada.

Por otra parte el Tribunal Constitucional ya había advertido también de la insuficiencia de la diligencia de registro para acreditar hechos de modo que pueda enervarse la presunción de inocencia. En la Sentencia n.º 303 de 1993 dijo “... Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 de la LECrim. y con la doctrina de este Tribunal, los atestados de la Policía Judicial tienen el genérico valor de ‘denuncia’, por lo que, en sí mismos, no se erigen en medio, sino en objeto de prueba. Por esta razón los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la decla-

ración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo interrogatorio policial plasmado en el atestado (Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 47/1986, 80/1986, 161/1990 y 80/1991).

A la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el art. 126 de la Constitución es la ‘averiguación del delito y descubrimiento del delincuente’, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría.

Ahora bien, junto a esta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito (arts. 282 y 292 LECrim., y 4 y 28 del RD 769/1987) sobre regulación de la Policía Judicial, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y en lo que a tales actos de constancia se refiere, este Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholimétricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa (Sentencia del Tribunal Constitucional núms. 107/1983, 201/1989, 138/1992, 636/1987).

Pero que la Policía Judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía Judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la Policía Judicial actúa en tales diligencias ‘a prevención’ de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumpli-

miento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución Española) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena.

Tal traslado informativo al juicio oral es posible incluso cuando la ocupación del vehículo y el acto policial de su registro sean nulos por la absoluta falta de competencia de éstos en el caso que ahora juzgamos. Y ello porque el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no extiende su proscripción de la obtención vinculada indirectamente a la violación de derechos fundamentales al supuesto en que la norma conculcada no tiene tal rango constitucional.

Por eso cobra especial interés la declaración del acusado como tal supuesto medio probatorio. Y hemos de compartir con el recurrente que la misma no satisface las exigencias necesarias para enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, no por la razón de que se conecte con la antijuridicidad denunciada en el registro del vehículo. Primero porque ya se ha dicho que no rige la regla de exclusión del medio indirectamente vinculado a una fuente de obtención contra ley, si esta conculcación no se traduce en lesión de derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, porque la producción de la manifestación del denunciado en instrucción se hace en términos de desconexión que la sentencia recurrida justifica con criterios que este Tribunal comparte.

Pero una cosa es que la manifestación en fase de instrucción salga indemne de los efectos del ilícito registro, y otra que, sin más, pueda ser utilizada como medio de prueba que derogue la garantía constitucional de presunción de inocencia.

En efecto, como resalta el recurrente, la utilización de una manifestación del acusado, con ocasión de la actividad investigadora, que no de prueba, es decir antes del juicio oral, solamente puede llevar a fundar una condena si cumple los requisitos que la ley y la jurisprudencia exigen.

Incluso sin entrar en el debate de la utilización de declaraciones del investigado en fase de instrucción, cuando hace uso de su derecho a no declarar en juicio oral, aquel uso probatorio requeriría el más estricto cumplimiento de los requisitos que establece el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la medida que los configura la mejor doctrina constitucional, para que pueda decirse no vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

En la Sentencia 345/2006, de 11 de diciembre, se recuerda por el Tribunal Constitucional que "... hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituída de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) subjetivos la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) objetivos que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo, y d) formales la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral". En el mismo sentido, analizando supuestos similares nos hemos pronunciado en las Sentencias del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre, F. 3; 153/1997, de 29 de septiembre, F. 5; 12/2002, de 28 de enero, F. 4; 195/2002, de 28 de octubre, F. 2; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3, y 1/2006, de 16 de enero, F. 3 y 4.

En aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 de la LECrim., siempre

que el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acta del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2002, de 14 de enero, F. 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acta del juicio oral (art. 714 de la LECrim.), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 de la LECrim.), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción" Sentencias del Tribunal Constitucional 155/2002, de 22 de julio, F. 10 y 187/2003, de 27 de septiembre, F. 4). De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

Ninguna duda existe acerca de que no se dio lectura en el juicio oral a la declaración sumarial del acusado. Al efecto se ha comprobado el acta y la grabación de las sesiones del juicio en uso de la facultad que nos confiere el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y tampoco cabe entender por recuperado en el juicio el contenido de la declaración sumarial del acusado a través de la declaración, como testigo en dicho acta del juicio oral, del Abogado que le había asistido en dicha declaración anterior.

El Ministerio Fiscal propuso ese testimonio de cargo. La prueba fue admitida. Y es verdad que el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que en tal caso el único obstáculo a la declaración viene de la facultad que dicho precepto le otorga para excusarse de la obligación de contestar.

Sin embargo el régimen de actuación de tal testigo ha de entenderse seriamente modificado por la Constitución. Ésta garantiza, en su art. 24.2, el derecho de defensa. Y éste implica la certeza en el asistido por el Letrado de que lo que le comunique en el contex-

to de la confidencialidad profesional nunca podrá ser utilizado en su contra. De otra suerte la confianza en el Letrado sería inexistente. Y sin confianza no hay defensa posible.

Por eso resulta más acorde a tal garantía la regulación inserta en el art. 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su actual redacción, antes 437.2 y, en concordancia con el mismo, por el art. 32 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, regulador del Estatuto General de la Abogacía. Conforme a tales normas los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualesquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

De ahí que la declaración del Letrado D. Joseba R.M. merezca la calificación de prueba ilícita o producida con frontal violación de la garantía constitucional de su

cliente, que no defendido. No por las poco relevantes preguntas que le hizo el Ministerio Fiscal, circunscritas al modo en que se practicó la diligencia de interrogatorio, sino por las inexplicables preguntas realizadas por su nueva defensa en la vista y que le llevaron a trasladar a éste las declaraciones del acusado en fase previa, sobre las que versó ese interrogatorio de su Letrada en el juicio oral.

La nulidad de este medio de prueba acarrea la consecuencia de que el contenido de la declaración del acusado en la fase previa no ha sido lícitamente traído al juicio oral.

En consecuencia no podía ser usado, como lo fue, para enervar la presunción de inocencia y justificar la declaración como probado del dato de hecho consistente en atribuir la colocación en el vehículo y subsiguiente disposición por el acusado de la droga allí ocupada.

Sentencia 414/2008, Sala de lo Penal del TS, de 7 de julio de 2008

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Art. 131 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Se resumen con notable claridad los criterios para determinar la “pena” a que se refiere el artículo 131 del Código Penal a la hora de fijar los correspondientes plazos de prescripción: es la pena en abstracto, entendida como “pena máxima” y atendidos el grado de ejecución y la forma de intervención en el delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo cuarto, infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LE-

Crim. por vulneración del art. 1 del art. 131 del CP en cuanto a la prescripción de delitos, al ser aplicable el párrafo 3.º que señala el plazo de 10 años, cuando la pena máxima

señalada por la Ley una prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10 años.

El motivo debe ser desestimado.

Debemos recordar, conforme se dice en la STS 509/2007, de 13 de junio, que de una interpretación tanto literal, como lógica y finalista de lo dispuesto en el art. 131 del CP se deduce que la cuantía de la pena correspondiente al delito que se dice prescrito, debe ser la máxima que la Ley le señale y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga en cada caso concreto, ya que esto último no es cuestión de legalidad sino simplemente de individualización de la pena, que el legislador no debe, ni puede, tener en cuenta al establecer el tiempo prescriptivo con base a la duración de la sanción penal (SSTS 1173/2000, de 30 de junio y 71/2004, de 2 de febrero).

En efecto, durante tiempo se polemizó en la jurisprudencia si había que considerar la pena en concreto, es decir, después de superadas todas las vicisitudes de la causa o bien era suficiente con estimar la pena en abstracto. Ello dio lugar a un Acuerdo General del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 1997, en el que se estableció como principio, que los plazos señalados para la prescripción de los delitos, en función de las penas que pudieran corresponderles, venían determinados por las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que nos presenta cada caso concreto (SS 547/2002, de 27 de marzo, y en idéntico sentido 690/2000, de 14 de abril, 1927/2001, de 22 de octubre, 198/2001, de 7 de febrero, 1937/2001, de 26 de octubre, 217/2004, de 18 de febrero, 1395/2004, de 3 de diciembre).

Doctrina ésta que ha sido objeto de una doble matización. La primera matización se refiere a que el concepto de pena en abstracto debe de relacionarse necesariamente con los grados de ejecución o título de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado, y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título

de autor y en delito consumado. Ello supone que si el delito está en grado de frustración, o la participación lo es a título de cómplice, el concepto de pena en abstracto debe enmarcarse en esas concretas coordinadas porque existe una delimitación *ex lege* que no puede ser obviada (STS 1395/2004, de 3 de diciembre)

La segunda matización se refiere a que la pena en abstracto, así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término “pena máxima” señalada al delito, que se contiene en el artículo 131 del actual Código Penal, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, o por la continuidad delictiva (STS 222/2002, de 15 de mayo).

En efecto es cierto que el criterio jurisprudencial y doctrinal que las penas que refiere el art. 131 del CP son las penas previstas a los tipos penales, la pena abstracta correspondiente al delito, sin tener en cuenta la resultante de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (STS de 17 de marzo de 1998). Ahora bien los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica (STS 289/2000, de 22 de febrero). Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales (SSTS de 30 de diciembre de 1997 y 2 de marzo de 1990), y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el cómputo prescriptivo, sin que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (STS 198/2001, de 7 de febrero).

Sentencia 484/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de julio de 2008

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Art. 441 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Se aplica el tipo de las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos a un Inspector de Trabajo que asesoraba a una empresa para que ésta pudiera eludir la inspección.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo segundo, y único motivo subsistente del recurso, por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim., denuncia infracción de ley, “por indebida aplicación del art. 441 del Código Penal, en relación con el art. 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, y del art. 3.1.b) del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, núm. 81”.

Se dice en este motivo, que el art. 441 del Código Penal contiene un elemento normativo del tipo, de carácter negativo: “fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos”, que supone una remisión a la normativa administrativa de ese sector de la función pública: concretamente la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo “artículo 3.2.1 atribuye, (...) entre las funciones del Inspector de Trabajo, la de facilitar información técnica a empresas y trabajadores, la que doctrinalmente viene siendo precisamente denominada ‘función de asesoramiento’ de la Inspección del Trabajo”; función igualmente

contemplada en los Convenios auspiciados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Destaca la parte recurrente cómo, según el art. 3 de la Ley 42/1997 (LOITSS), una de las funciones de los Inspectores de Trabajo es la de “asesoramiento, de información general acerca de determinadas cuestiones relacionadas con el Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social”, y cómo los Convenios de la OIT prevén “de entre los cometidos de la Inspección del Trabajo, los de ‘facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales’, art. 3.1.b) Convenio núm. 81.º y art. 6.1.b) Convenio núm. 129”.

Dice también la parte recurrente, como broche de su alegato impugnativo, que “la sentencia no contiene ningún hecho probado sobre lo acertado o desacertado, lo ajustado o no, del contenido del asesoramiento prestado por don Ángel; como tampoco tiene referencia alguna acerca de la observancia de la legalidad y acierto de las inspecciones en curso a que mi mandante se refirió en su labor de asesoramiento”.

El motivo carece de fundamento y, por ello, tampoco puede prosperar.

En efecto, ante todo, debemos destacar que no es función propia de la jurisdicción penal calificar el acierto o desacierto de los asesoramientos que los Inspectores de Trabajo puedan hacer a los trabajadores y a las empresas. Lo único sobre lo que hemos de pronunciarnos, en el presente caso, es sobre si el asesoramiento prestado por don Ángel a la empresa Piedras Leiro, a la cual la Inspección de Trabajo de Barcelona había abierto varios expedientes que estaban siendo tramitados por otros Inspectores de Trabajo de la misma Delegación, constituye, o no, una actuación tipificada penalmente.

En el plano legal, el art. 441 del Código penal considera reos del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, “a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa”.

Al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (v. arts. 9.1 y 103 de la CE), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Desde otra perspectiva, es preciso subrayar, en relación con este tipo penal, que

constituye una condición negativa del mismo que la acción de la autoridad o funcionario de que se trate se ejecute “fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos”, pero repugna al buen criterio admitir que una norma legal permita que los funcionarios públicos lleven a efecto el doble asesoramiento —público y privado— en un determinado asunto; hasta el punto de que, desde la perspectiva de la importancia jurídica y social de semejantes conductas, ha de reconocerse la indudable gravedad de la conducta enjuiciada, es decir, que un funcionario público pueda asesorar privadamente a una empresa que está siendo inspeccionada por otros funcionarios del mismo Servicio que el del acusado, para defenderla de las previsibles consecuencias de la inspección oficial.

Por lo demás, el art. 3.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que “la función inspectora, que será desempeñada en su integridad por los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social [...] comprende los siguientes cometidos: [...]. 2. De la asistencia técnica. 2.1. Facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora. [...]”; y el art. 12.3 de la citada ley, por su parte, dispone que “los inspectores de Trabajo y Seguridad Social [...] estarán sujetos a las incompatibilidades y a los motivos de abstención y recusación de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas”.

El Convenio de la OIT n.º 81, de 11 de julio de 1947, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, dispone en su art. 3.1 que “El sistema de inspección estará encargado de: [...] b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; [...]”. Y el Convenio de la OIT n.º 129, de 25 de junio de 1969, relativo a la inspección del trabajo en la agricultura, por su parte, establece en su art. 6.1 que “el sis-

tema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: [...] b) proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; [...]” (v. art. 96.1 de la CE).

Llegados a este punto, debemos resaltar el acierto con que el Ministerio Fiscal subraya que la “función de asesoramiento” la llevarán a cabo los Inspectores de Trabajo “con ocasión del ejercicio de su actuación inspectora”, según establece el art. 3.2.º de la LOITSS, por lo que —continúa el Ministerio Fiscal— “o puede interpretarse que bajo tal precisión pueda ampararse quien, como recoge la sentencia recurrida, asesora para ‘contrarrestar lo que les pedía la inspección’, es decir, se asesora, según el recurrente, al amparo de la Ley para hacer ineficaz la labor que la Ley encomienda precisamente a la Inspección de Trabajo”.

De modo patente, hemos de concluir, por tanto, que la conducta imputada al acusado, hoy recurrente, en el relato fáctico de la sentencia recurrida, está penalmente tipificada en el art. 441 del CP, puesto que don Ángel asesoró a una empresa privada —que estaba siendo inspeccionada por varios Inspectores

de Trabajo de Barcelona—, con objeto de que la misma pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto. Su conducta ha constituido, por tanto, una actividad de asesoramiento a una entidad privada en relación con unos expedientes de inspección tramitados por la Inspección de Trabajo de Barcelona —a la que pertenecía el acusado— los cuales habían sido asignados a otros Inspectores; por tanto, fuera del ejercicio de su función inspectora, y, por ende, sin posible apoyo legal.

Es indudable que la legislación española es plenamente respetuosa con los Convenios de la OIT, antes citados, en cuanto cumplen sus exigencias y precisan, con evidente lógica jurídica, el ámbito lícito de la actividad asesora de los Inspectores de Trabajo, limitándola a la desarrollada “con ocasión del ejercicio de la función inspectora”; pues, de otra forma, tal actividad podría resultar entorpecedora de dicha función y, por ende, contraria a toda posible normativa legal reguladora de la misma.

Por todo lo expuesto, no es posible apreciar la infracción de ley denunciada en este motivo que, consecuentemente, deberá ser desestimado.

Sentencia 486/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de julio de 2008

PARTICIPACIÓN EN RIÑA

Art. 154 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Se resumen los elementos caracterizadores del delito de participación en riña, tipo subsidiario frente a los de las lesiones cuyo autor conste, como sucede en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

I. El primero de los errores de subsumción en que habría incurrido el Tribunal *a quo* consistiría en la inaplicación del art. 154 del CP, en la medida en que los hechos probados sólo describen una riña tumultuaria y no un delito de lesiones con autor conocido.

No es esto, sin embargo, lo que se desprende de la lectura del *factum*. En él, frente a lo que manifiesta la defensa del recurrente, se describen con precisión la concurrencia de los elementos que definen el tipo del delito de lesiones castigado en el art. 150 del CP. Cada acción causante del menoscabo en la integridad física de la víctima es imputada por la sentencia, de forma individual, a su autor, eludiendo cualquier presunción de culpabilidad. No estamos aquí en presencia de un delito de participación en riña que, por definición, se configura como un delito de peligro. Por el contrario, nos hallamos ante concretas acciones de incuestionable eficacia lesiva, atribuidas a Lucas, acciones que, de forma previsible a la vista del instrumento empleado en la agresión, degeneraron en unos resultados lesivos de singular gravedad y que también quedan descritos en el *factum*.

En las sentencias de esta Sala 703/2006, de 3 de julio y 513/2005, de 22 de abril, recordábamos que el delito previsto en el art. 154 del CP configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos

siguientes: a) que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados. Por lo tanto la agresión personal y directa o, incluso, formando causa común dos sujetos contra un tercero, no pueden entenderse incluidas en este precepto, sino en los correspondientes de lesiones; b) que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, decía de forma muy expresiva el anterior art. 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual; c) que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes; d) así las cosas, concurriendo esos tres elementos son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Ha de entenderse todos los que hubieran participado en el bando de los que hubieran utilizado esos medios peligrosos, caso de que en alguno de tales bandos nadie los hubiera utilizado. Evidentemente, por exigencias del principio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó (cfr. STS 86/200, de 31 de enero), bien entendido que cuando se produce el resultado lesivo, tienen preferencia en su aplicación los arts. 147 y concordantes que consumen la ilicitud propia del delito de peligro, aunque obviamente esta punición por la causación del resultado tiene como condición que se conozca el causante de la lesión.

Sentencia 494/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de julio de 2008

ESTAFA

Art. 248 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Se trata de un supuesto curioso de estafa donde el sujeto activo usa de poderes concedidos en vida por el ahora fallecido, para transferirse cantidades de dinero de la cuenta bancaria de este último en perjuicio de los herederos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La autocontratación o contrato consigo mismo tiene lugar cuando una sola persona, que concentra la representación o poder de disposición de dos patrimonios, pone a éstos, a virtud de una sola declaración de voluntad, en una relación de obligación. En tal caso, en tesis general, se puede reconocer su posibilidad, siempre que no haya conflicto de intereses entre los dos patrimonios relacionados, pues de existir esa oposición, se hace, lógicamente, precisa la intervención de otra voluntad.

La Doctrina es bien consciente del problema que suscita el peligro de que —en casos como el de la representación (que es el nuestro) o en el de los patrimonios especiales— una sola voluntad, que vale por dos, aproveche en beneficio propio tan ventajosa coyuntura, y asimismo el de la forma en que ha de manifestarse la declaración autocontractual para que tenga la exterioridad suficiente a sustraerla de ulterior y caprichosa medida del autocontratante. A los peli-

gros del primer aspecto acude la ley con las limitaciones y prohibiciones, y a los del segundo, el argumento analógico, con la consecuencia de desvirtuar todo autocontrato que implique regulación por un solo sujeto de intereses incompatibles, pues éste es el motivo uniforme de las distintas limitaciones legales.

En el Derecho español si bien no hay una prohibición general, si hay varias prohibiciones especiales contenidas en el Código Civil (arts. 162.2.º, respecto de los padres y el hijo; 244.4.º, y 271.9, respecto del tutor con el pupilo; y 1459, respecto a la compra-venta de bienes de los tutelados o administrados) y en el Código de Comercio (arts. 135 y 136, socios respecto a bienes sociales para negocios por cuenta propia; y 267 en cuanto al comisionista respecto de los bienes de que esté encargado comprar o vender).

La Jurisprudencia de la Sala Primera se manifestó contraria a la autocontratación ya en la STS de 6 de marzo de 1909, admitiéndose posteriormente (SSTS de 5 de noviembre de 1956; 22 de febrero de 1958) cuando no medie colisión de intereses que ponga en

riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante. Y, precisó también (SSTS de 15 de junio de 1966, 14 de mayo de 1974, 10 de mayo de 1984 y 29 de octubre de 1991), que el autocontrato no es admisible cuando hay conflicto de intereses o pueda haber perjuicio.

Más modernamente (Cfr. STS de 29 de noviembre de 2001, n.º 1133/2001) se viene sosteniendo que “el autocontrato, o negocio jurídico del representante consigo mismo, es válido, en principio; y que no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación. La sentencia de esta Sala (1.ª) de 12 de junio de 2001, destaca que es válido el autocontrato en que hay una “previa licencia”, lo que se reitera de nuevo. Dice así, literalmente, la primera de aquéllas sentencias: “... hipótesis de autocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución de 9 febrero 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956). La figura jurídica carece de una regulación general en nuestro derecho positivo, aunque se refieren a la misma diversos preceptos aislados (singularmente destacan el art. 1459 del CC y el 267 del CC) y ha sido objeto de una importante atención, tanto por el órgano directivo registral (entre otros, RR de 29 de diciembre 1922, 30 de mayo de 1930, 3 de noviembre de 1932, 23 de enero y 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, 26 de septiembre de 1951, 9 de mayo de 1978, 1 de febrero de 1980, 29 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1997, 11 y 14 de mayo y 2 de diciembre de 1998), co-

mo por la jurisprudencia de esta Sala (SS de 7 de noviembre de 1947, 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 11 de junio, 14 y 27 de octubre de 1966, 30 de septiembre de 1968, 5 de febrero de 1969, 23 de mayo de 1977, 3 de noviembre de 1982, 8 de noviembre de 1989, 31 de enero y 29 de octubre de 1991, 24 de septiembre de 1994, 26 de febrero y 15 de marzo de 1996, 9 de junio de 1997, 20 de marzo de 1998, 12 de febrero de 1999, 28 de marzo de 2000 y 19 de febrero de 2001) quedando supeditada su validez, en sintonía con la finalidad de prevenir la colisión de intereses, a la existencia de un conflicto de éstos y la falta de la previa licencia o posterior asentimiento o ratificación del interesado”.

En el caso, siendo evidente que no consta ni la exigida ausencia de colisión de intereses, ni la previa licencia, ni la posterior ratificación del presunto donante, se ha de entender bien efectuada la subsunción realizada en el tipo aplicado, respecto del que concurren todos los elementos propios, según ha considerado el Tribunal de instancia.

(...)

Antes al contrario, todo lleva a concluir que el acusado era consciente de la antijuricidad de su acción, cuando, en un primer momento, habiendo prácticamente vaciado la cuenta de d. José Ángel con el reintegro de 60.000 euros el día 23 de junio de 2004, dejando un saldo de tan solo 8.183,60 euros, efectuó en 10 de julio de 2004 dos transferencias desde su cuenta corriente por 50.000 y 10.000 euros, reponiendo los fondos. En un segundo momento, ya fallecido el poderdante, rápida, pero cautelosamente, para no llamar la atención, desde diferentes oficinas bancarias, utilizando la caducada autorización, dispuso de cantidades menores, hasta completar un total de 27.000 euros, sin contar con la autorización de los herederos, ni comunicarles tales disposiciones, tal como se relata en los hechos probados, burlando, en todo caso, las legítimas expectativas de quienes pudieran resultar beneficiarios de la herencia yacente.

Sentencia 503/2008, Sala de lo Penal del TS, de 17 de julio de 2008

TERRORISMO

Arts. 515 y ss. y 571 y ss. Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

SÍNTESIS

De esta sentencia, que pone fin en la vía penal a los atentados terroristas de Madrid de 11 de marzo de 2004 (11-M), reproducimos el fundamento preliminar, que se ocupa del concepto de terrorismo. Además, se recoge la completa caracterización del alcance del principio “non bis in idem” entre resoluciones adoptadas por diversos países.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.—Al inicio del relato fáctico de la sentencia de instancia se declara probado que varias personas “en la mañana del día 11 de marzo de 2004 colocaron, en cuatro trenes de la red de cercanías de Madrid, trece artilugios explosivos de iniciación eléctrica compuestos por dinamita plástica y detonador alimentados y temporizados por un teléfono celular o móvil”. Más adelante se dice que “En total fueron colocadas trece mochilas o bolsas cargadas con explosivos temporizados para que explosionaran simultáneamente. Diez de ellas entre las 7:37 y las 7:40 horas del 11 de marzo de 2004”. Tres artefactos no llegaron a explosionar, siendo uno de ellos desactivado y los otros dos neutralizados mediante una explosión controlada. En la sentencia se declara probado a continuación que “A consecuencia de las explosiones fallecieron ciento noventa y una personas: Treinta y cuatro en la estación de Atocha, sesenta y tres en la calle Téllez, sesenta y cinco en la estación de El

Pozo, catorce en la estación de Santa Eugenia y quince en distintos hospitales de Madrid. Además, resultaron heridas 1.857 personas y se produjeron importantes daños materiales que no han sido tasados en su totalidad”.

Se trata del atentado terrorista más grave perpetrado en España y uno de los más graves ejecutado en el mundo.

Cuatro años y algo más de tres meses después, el Tribunal Supremo dicta, sobre estos hechos, la sentencia definitiva en esta causa en el ámbito de la jurisdicción penal. La Justicia penal, dentro de los límites impuestos por la condición humana, comprende la respuesta a la acción delictiva mediante la atribución de responsabilidad criminal individualizada a los autores y partícipes, con la consiguiente sanción en su caso, y también supone el reconocimiento del dolor y del daño, casi siempre irreparables en su integridad, inflingido a las víctimas, a través de la condena penal y de las indemnizacio-

nes pertinentes. Todo ello mediante la respuesta razonada en un tiempo razonable.

1.º En la sentencia impugnada el Tribunal de instancia ha condenado a varios de los acusados por pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista, bien como dirigentes o bien como meros integrantes.

1. En la STS n.º 50/2007, de 19 de enero, con cita de la STS n.º 234/2001, de 3 de mayo, se precisan los requisitos que se entienden exigibles para apreciar la existencia de una asociación ilícita. Se dice así que la asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1 inciso primero— ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Como se señala en la primera sentencia citada, el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida, “no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo”. Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y apoyo ideológico a los ya existentes, a la obtención de financiación y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

2. Asociación terrorista será la constituida para cometer delitos de terrorismo, o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos.

Respecto del concepto de terrorismo, procede ahora remitirse al contenido de la citada STS n.º 50/2007, que no es preciso reproducir aquí en su integridad, aunque puedan recordarse algunos de sus extremos.

El Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 17 de diciembre de 1997, dispone en el artículo 2 que:

“1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales;

b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. También comete delito quien:

a) Participe como cómplice en la comisión de un delito, enunciado en los párrafos 1 o 2 del presente artículo; o

b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 o 2 del presente artículo; o

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. También comete delito quien:

a) Participe como cómplice en la comisión de un delito, enunciado en los párrafos 1 o 2 del presente artículo; o

b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 o 2 del presente artículo; o

c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.”

En el artículo 2, la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, bajo la rúbrica “Delitos relativos a un grupo terrorista”, señala que a efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por grupo terrorista toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Y por organización estructurada se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada. Y asimismo, en el mismo artículo 2, en el apartado 2, establece que todos los Estados miembros “adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes: a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”, lo que permite considerar que a efectos internacionales la pertenencia o dirección en una organización terrorista se configura como una modalidad de delito de terrorismo.

En lo que se refiere al concepto de terrorismo, la mencionada Decisión Marco, en su artículo primero, con antecedentes en el art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo,

Nueva York, 9 de diciembre de 1999, y en la Posición Común 2001/931 (PESC del Consejo de la Unión Europea, de 27 de diciembre de 2001), sobre aplicación de medidas específicas en materia de lucha contra el terrorismo, dispone que “el delito ha de ser cometido con uno de estos fines: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o bien desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional”.

En dicho instrumento, después de hacer referencia a la exigencia de ese móvil o elemento subjetivo, el cual puede tener finalidad estrictamente política o no, se realiza una enumeración de acciones o resultados cometidos, los cuales siempre, para su consideración como delito de terrorismo, han de tener su origen en alguna de aquellas intenciones buscadas por el autor o autores del mismo.

También en la ya citada STS n.º 50/2007 se recoge la regulación contenida en otros códigos penales. El Código Penal francés, en el art. 421.1, define el terrorismo como “aquellas actuaciones individuales o colectivas cuyo objetivo sea alterar gravemente el orden público empleando la intimidación o el terror”, y en el artículo 421.2, dispone que “constituye igualmente un acto de terrorismo, cuando se cometa intencionadamente en relación con una empresa individual o colectiva que tenga por objeto alterar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror, el hecho de introducir en la atmósfera, sobre el suelo, el subsuelo o en las aguas, con inclusión del mar territorial, una sustancia susceptible de poner en peligro la salud humana o de los animales o el medio natural”. Y el art. 421.2.1, dice que “constituye asimismo un acto de terrorismo la participación en un grupo formado o en una organización creada para la preparación, revelada por uno o varios hechos ma-

teriales, de uno de los actos de terrorismo mencionados en los artículos anteriores”.

En el Reino Unido de Gran Bretaña, la Ley Relativa al Terrorismo, del año 2000, define al terrorismo (art. 1.º) como la perpetración o la amenaza, dirigida a promover una causa política, religiosa o ideológica, de cometer un acto determinado afectando gravemente a una persona o a un bien, poniendo en peligro la vida, amenazando gravemente la salud o la seguridad de personas o de grupos de personas, o teniendo por objeto perturbar o alterar gravemente el sistema electrónico, a los fines de influenciar o intimidar a la población o a una parte de ella.

El Código Penal canadiense, entiende por terrorismo los actos cometidos fuera o dentro de Canadá, previstos en las convenciones internacionales que se citan en el mismo, con finalidad política, religiosa o ideológica y la intención en todo o en parte de intimidación del público o una parte de él en lo relativo a su seguridad, incluida la económica o de compeler a cualquier persona o autoridad a hacer o a abstenerse de hacer algo, que cause intencionadamente la muerte o lesiones graves, ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, cause daños en propiedades o afecte a servicios esenciales de la comunidad.

El Código Penal Federal de los EEUU de Norteamérica, define el terrorismo internacional como las actividades que impliquen: “los actos violentos o actos que pongan en peligro la vida humana y que sean una violación de las Leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado, o que supongan una violación penal cuando se cometieren dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos o de cualquier Estado; que tengan la intención de intimidar y coaccionar a la población civil; de influenciar a la policía de un gobierno mediante la intimidación o la coacción; o que afecten la conducta de un gobierno por destrucción masiva, asesinatos o raptos y que ocurran primariamente fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, o trascienden las fronteras nacionales en cuanto a los medios por los que se

haya consumado; las personas que en ellos aparezcan pretendiendo intimidar o coaccionar, o el escenario en que sus perpetradores operen o busquen asilo”.

3. El Código Penal vigente en España contiene también datos relevantes para la determinación de lo que legalmente debe entenderse por terrorismo, cuando en el artículo 572 se refiere a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, en el que se refiere a aquellos “cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. Aunque ordinariamente la actividad terrorista será ejecutada por varias personas organizadas, el Código Penal también sanciona como delitos de terrorismo conductas efectuadas por quienes no pertenezcan a dichas organizaciones, grupos o bandas (artículo 577).

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea de terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan esta clase de conductas. La STS núm. 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: “Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política”.

En la STS 33/1993, de 25 de enero (F. 3.º) se puede leer que “el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”.

La STS núm. 633/2002, de 21 de mayo (F. 2.º), señala que: “El terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian”.

La STS n.º 556/2006, de 31 de mayo, señala que “el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de ‘subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública’. El segundo criterio reclama que las acciones inculminables objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquellos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas pa-

ra provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada”.

Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo.

4. La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho,

lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes definden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

5. Aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no sólo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquélla y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente

dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues “ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción” (STS n.º 119/2007).

6. Respecto de la pertenencia a asociaciones ilícitas se decía en la STS n.º 1346/2001, de 28 de junio que “... la pertenencia, supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de eje-

cución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576 del CP...”. Y en la STS n.º 541/2007, de 14 de junio, que “La pertenencia, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista”.

En la STS n.º 119/2007, de 16 de febrero, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista. Se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otros precedentes, que “Al respecto, hemos establecido (Sentencia núm. 1127/2002, de 17 de junio; o núm. 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes: a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actua-

ciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales. b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo”.

7. En lo que se refiere a la integración en organizaciones terroristas de naturaleza islamista radical, también existen pronunciamientos jurisprudenciales que, en cada caso, trataron de delimitar las conductas que demostraban la pertenencia. No cabe duda que el terrorismo islamista radical plantea serias dificultades de investigación, no sólo a causa de la forma de difusión y reclutamiento amparados en su propia concepción de la religión, sino dado que las distintas células o grupos pueden organizarse y actuar de forma independiente unas de otras, sin una organización global dotada de interconexión interna que permita acceder a la misma a través de la identificación de cualquiera de aquéllas. De otro lado, su existencia se desarrolla en el seno de comunidades humanas en las que las relaciones personales aparecen en muchas ocasiones caracterizadas por una especie de endogamia social casi siempre caracterizada por la presencia de un fuerte vínculo religioso, lo que dificulta la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista y aquellos otros solamente basados en el funcionamiento ordinario de la propia comunidad. Las dificultades, sin embargo, deben ser superadas, ya en la fase de investigación, siempre con respeto a la esencia de los derechos fundamentales, mediante la búsqueda y acreditación de datos objetivos verificables. Sin duda, la obtención de un caudal

importante de información, la cooperación internacional y la aplicación de la ley con respeto a la Constitución y a los Tratados sobre Derechos Humanos, única respuesta admisible desde el Estado de Derecho, deben arrojar resultados positivos.

8. En la STS n.º 119/2007, antes citada, se consideró que suponía integración en organización terrorista el desarrollo por parte del acusado de un proyecto de divulgación de la ideología religiosa radical y fundamentalista del extremismo islámico para captar a personas musulmanas de todo el mundo, siguiendo la estrategia marcada por la organización terrorista “Al Qaeda”, habiendo elaborado una página web donde difundir, a través de internet, tales contenidos, incluyendo la divulgación de fatwas o decretos islámicos, proporcionando así un fundamento ideológico-religioso a la comisión de atentados terroristas. Hechos que fueron declarados probados sobre la base de las relaciones del acusado con otros miembros relevantes de Al Qaeda y de la posesión del material demostrativo de la voluntad de proceder a realizar los actos de difusión.

La STS n.º 888/2007, de 25 de octubre, en relación a una célula de terroristas islamistas radicales, luego de establecer los requisitos de la integración en banda armada u organización o grupo terrorista, a los que ya se ha hecho referencia, señala que, en el caso, las finalidades u objetivos de la célula que formaban los acusados, y que permitían calificarla como organización o grupo terrorista, eran los siguientes: “la difusión del ideario extremista islámico, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de atentados, el apoyo y ayuda a compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros así como a otros miem-

bros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre musulmana (*sic*) y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción”.

Por el contrario, en la STS n.º 556/2006, de 31 de mayo, se excluye en determinados casos que los indicios disponibles sean demostrativos de la pertenencia a banda armada. Así, por ejemplo, se señala, respecto a uno de los acusados, que “De estos indicios no cabe deducir la comisión de hechos subsumibles en el delito de integración en organización terrorista. Y es que si eliminamos los elementos fácticos de los que la Sentencia recurrida deduce la estancia del recurrente en un campo de entrenamiento militar, no podemos sino concluir que no hay una conexión lógica y racional entre los indicios fácticos restantes, a saber, que el recurrente conocía a otros condenados en la causa, que tenía anotados los números de teléfono de algunos de ellos, que mantuvo la conversación en clave referida y que pudiera adoptar alguna medida de seguridad, y la conclusión probatoria obtenida por el Tribunal de instancia, esto es la pertenencia del recurrente a un grupo organizado y estable de personas que interactuaban con la intención de cometer acciones terroristas”.

En definitiva, se ha exigido por la jurisprudencia una actividad, o al menos la disposición efectiva a desarrollarla, orientada, directa o indirectamente, mediante una u otra clase de aportación, a la consecución de los fines que caracterizan a esta clase de organizaciones, por las vías violentas e intimidatorias propias de todo terrorismo.

9. En el caso, en la sentencia de instancia se describe la existencia de un grupo organizado de carácter terrorista integrado por las personas que provocan la explosión y pierden la vida en el piso de Leganés, o al menos por parte de ellas. No se establece una atribución individualizada de responsabilidad pena a cada uno de ellos, pues se extinguió con su muerte, lo que determinó, consecuentemente, que no fueran juzgados

y que sobre su conducta no se practicaran pruebas de cargo ni de descargo. No obstante, del cúmulo de datos manejados en la resolución aquí impugnada resulta que, al menos algunas de las personas que perdieron la vida en la explosión del piso de Leganés, constituían un grupo organizado, y habían intervenido en la ejecución de los actos terroristas del día 11 de marzo de 2004. La procedencia de la dinamita; la relación de alguno de los fallecidos con los proveedores de aquella; los datos relativos a la obtención y a la ocultación de los explosivos; los elementos que se refieren a la confección de los artefactos; y, especialmente, los objetos encontrados en el desescombro del piso de Leganés tras la explosión provocada por sus ocupantes demuestran la vinculación de ese grupo con los atentados del día 11 de marzo.

La dependencia ideológica respecto de los postulados defendidos por Al Qaeda resulta asimismo del contenido de las reivindicaciones de la autoría de los actos terroristas y del resto del material incautado. Sin embargo no aparece relación alguna de carácter jerárquico con otros grupos o con otros dirigentes de esa organización, lo que permite establecer que la célula que operaba en Madrid, en la medida en que ha sido identificada, no dependía jerárquicamente de otra y por lo tanto puede considerarse a los efectos penales como un grupo u organización terrorista diferente e independiente.

En la sentencia de instancia se condena a varios acusados por su pertenencia a este grupo terrorista y a otros por su colaboración puntual con el mismo. Algunos de ellos en relación con el local de la c/ Virgen del Coro, donde se afirma en la sentencia que se realizaban actividades de captación, adoc-trinamiento y apoyo, lo cual requerirá posteriormente alguna precisión en cuanto a las atribuciones individualizadas de responsabilidad penal.

Sin perjuicio de lo que más adelante y en cada caso se dirá, la gravedad de los hechos ejecutados por este grupo organizado y por quienes han cooperado con ellos resulta sin dificultad alguna del relato de hechos de la

sentencia de la Audiencia Nacional. Asimismo, de la gravedad de esos hechos se deduce la extrema peligrosidad de quienes se han integrado en ese grupo, y también la de quienes le han prestado su colaboración conociendo a sus integrantes y sus ideas extremadamente radicales. Se trata de datos, ya enunciados ahora con carácter general, que tendrán su repercusión en el momento de valorar, en cada caso, la corrección de la individualización de las penas impuestas por el Tribunal de instancia.

Asimismo, otros acusados han sido condenados por su pertenencia a otras organizaciones terroristas, también dentro de la órbita ideológico-religiosa de Al Qaeda, pero sin relación con las actividades de los ocupantes del piso de Leganés. Así, Juan Luis, como dirigente del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM), y Clemente principalmente por sus actividades proselitistas orientadas a conseguir miembros dispuestos a hacer la yihad siguiendo las consignas ideológicas de Al Qaeda, pero sin que el Tribunal de instancia haya considerado acreditada ninguna relación con los atentados del 11 de marzo de 2004.

(...)

1. Son dos las cuestiones planteadas en realidad, pues la tercera quedaría comprendida en la primera. De un lado, la vulneración del principio acusatorio al haber sido condenado por un delito que no figuraba en las acusaciones. De otro lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto que la sentencia no ha sido motivada suficientemente en orden a la individualización de la pena concretamente impuesta.

(...)

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su as-

pecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición dirigida al Tribunal de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues también lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado.

Desde otro punto de vista, más directamente relacionado con el derecho de defensa, el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

Sin embargo, en ninguna de estas perspectivas, el principio acusatorio impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las

pruebas practicadas en el juicio oral. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido.

Todo ello con un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo.

Octogésimo primero.—(...)

2. El principio *non bis in idem*, tal como aparece formulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), cuyo texto se reitera con ligeras variaciones en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, supone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido y condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. En el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, que entró en vigor para España el 1 de marzo de 1994, el artículo 54, con las posibles excepciones contempladas en el artículo 55 en su caso, dispone que “una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya, según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere indirectamente a dicho principio al regular los límites de la jurisdicción de los tribunales españoles. Así, cuando en el artículo 23.2 se refiere a la jurisdicción para

conocer de hechos calificados como delitos cometidos fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad al hecho, exige entre otros requisitos que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”. Y en el artículo 23.4, después de establecer la jurisdicción de los tribunales españoles para determinados delitos, dispone en el 23.5 que es aplicable lo dispuesto en el 23.2.c), antes transcrito.

La prohibición de *bis in idem* presenta, pues, un doble aspecto: procesal, en cuanto que impide un doble enjuiciamiento por los mismos hechos; y material, dado que rechaza una segunda condena por hechos coincidentes con los contemplados en otra sentencia anterior. En ambos casos, siempre que previamente haya existido un enjuiciamiento finalizado con sentencia firme. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado que por sentencia firme debe entenderse una decisión sobre el fondo según el derecho de cada Estado. Así, ha incluido la decisión del Ministerio Fiscal de un Estado miembro que ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el Ministerio Fiscal (Sentencia del TJCE, Caso Gözütok y Brügge, de 11 de febrero de 2003), y ha excluido la decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el Ministerio Fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en

cuanto al fondo (Sentencia del TJCE, Caso Miraglia, de 10 de marzo de 2005).

La exigencia del carácter firme de la resolución previa sobre el fondo resulta de la misma formulación del principio y ha sido reconocida implícitamente en la Sentencia del TJCE, Caso Esbroeck, de 9 de marzo de 2006, al decir que “este derecho a la libre circulación sólo se garantiza efectivamente si el autor de un acto sabe que, una vez condenado y cumplida su pena, o, en su caso, tras haber sido absuelto definitivamente en un Estado miembro, puede trasladarse dentro del espacio Schengen sin miedo a que se le persiga en otro Estado miembro porque dicho acto constituya una infracción distinta en el ordenamiento jurídico de ese último Estado miembro”.

3. No aparece expresamente formulado en la Constitución de 1978. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que debe considerarse comprendido en el principio de legalidad del artículo 25 de la CE, aunque tal inclusión sea discutida doctrinal y jurisprudencialmente. En la STC 23/2008, se encuadraba la prohibición de incurrir en *bis in idem* procesal o doble enjuiciamiento penal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada. Esta Sala ha vinculado dicho principio con el de proporcionalidad o con el de culpabilidad en la STS n.º 380/2003 y en la STS n.º 346/2006, en cuanto que la ley española contempla la viabilidad, en determinados casos, de una doble condena en distintos países por los mismos hechos, siempre que en la ejecución de la segunda se tenga en cuenta el tiempo cumplido, en su caso, en la primera, coincidiendo en este punto con las disposiciones de Schengen.

4. En el ámbito interno, la prohibición del *bis in idem*, dentro de la jurisdicción penal, tiene un carácter muy rígido. En el aspecto procesal, la prohibición de varios procesos simultáneos en la jurisdicción penal y,

en su caso, de varios enjuiciamientos, se resuelve ordinariamente a través de las reglas de atribución de la competencia, y mediante la resolución de las cuestiones por el superior jerárquico común en caso de que no resulte acuerdo entre los órganos jurisdiccionales afectados.

Asimismo, cuando ya exista un pronunciamiento previo que haya adquirido firmeza, la cosa juzgada puede hacerse valer en cualquier estado del procedimiento impidiendo su continuación, aunque se prevé expresamente en la regulación de los artículos de previo pronunciamiento o en el trámite de las cuestiones previas en el Procedimiento Abreviado.

El efecto material de la prohibición, a través de la apreciación de la cosa juzgada impidiendo una segunda decisión sobre el fondo, puede hacerse efectivo mediante su alegación ya en el juicio oral, lo que daría lugar, de ser apreciada, a la absolución. Y permite anular, en su caso, los pronunciamientos posteriores al primero, lo cual exige la firmeza de éste en el momento de resolver sobre la corrección de aquéllos. En este sentido, cabe el recurso de revisión, pues la jurisprudencia ha considerado que está incluido en el artículo 954.1.º o 4.º de la LECrim. el supuesto de varias condenas a la misma persona por los mismos hechos (STS n.º 382/2007, de 27 de abril; STS n.º 478/2007, de 18 de mayo; STS n.º 1237/2006, de 11 de diciembre, entre otras).

5. En el ámbito internacional la prohibición de doble enjuiciamiento y de una segunda sentencia condenatoria es absoluta cuando la primera sentencia es absolutoria. En estos casos, los principios de reconocimiento de las resoluciones judiciales, de confianza mutua, de seguridad jurídica y de libre circulación de personas, adquieren decisiva importancia hasta el punto de hacer imposible una segunda persecución, especialmente cuando se trata del marco de la Unión Europea.

No es así, sin embargo, cuando la primera sentencia firme es condenatoria, pues en ese caso, según se desprende del artículo 54

del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), sustancialmente coincidente con el artículo 23 de la LOPJ, un segundo Estado competente puede condenar nuevamente y, por lo tanto, puede juzgar por segunda vez al acusado, por los mismos hechos.

En estos casos, aunque puedan ser considerados excepcionales, la posibilidad de la segunda condena se condiciona a que la pena impuesta en la primera no se esté cumpliendo, no haya sido cumplida y aún pueda serlo según el Derecho del Estado cuyos Tribunales la han dictado. Sin embargo, ni el CAAS ni la LOPJ imponen la entrega al primer Estado, ni ordenan el cumplimiento del resto de la pena pendiente, ni establecen como límite la extensión de la pena ya impuesta y no cumplida. Por el contrario, el Tribunal del segundo Estado puede imponer la pena que considere procedente según las normas que aplica, sólo con la obligación de tomar en consideración la parte de pena ya cumplida para deducirla de la que se le imponga.

En este sentido, en la STS n.º 380/2003, de 22 de diciembre, se decía: “Por lo pronto, en el derecho de los EEMM de la Unión Europea predomina la limitación de los efectos del principio *non bis in idem* sólo al ámbito interno de cada Estado. Por el contrario, respecto de las sentencias dictadas en el extranjero los EEMM prevén mayoritariamente la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento, en el que, sin embargo se deberá computar la pena sufrida en el extranjero (ver: Alemania, § 57 CP; Bélgica, art. 13 Cód. de Instr. Criminal; Italia: arts. 7 y 138 CP; Francia, art. 692 Cód. proCP; Luxemburgo, art. 5 Cód. Instr. crim.). Por consiguiente, en estos Estados es posible un *bis in idem*, aunque, como se dijo, la sentencia dictada en el nuevo juicio deberá descontar de la pena que se imponga la ya impuesta en el extranjero.

6. En el aspecto procesal, ni las normas internacionales, ni las propias de la Unión Europea, ni la ley española, resuelven los casos en los que se sigan dos procesos si-

multáneos en distintos países, ni concretamente el supuesto en que, en uno de ellos, haya recaído sentencia y se encuentre pendiente de recurso mientras en el segundo Estado se está tramitando otro proceso. La inexistencia de reglas internacionales de atribución de la competencia, y de órganos superiores comunes que pudieran resolver las discrepancias, no impide acudir a criterios de razonabilidad y sentido común (lugar de los hechos, lugar donde se encuentran las pruebas, lugar de la detención, etc.), especialmente en el ámbito de la Unión Europea, basados precisamente en la naturaleza del principio *non bis in idem* y en los derechos que protege. Pues, tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad (Sentencia del TJCE Van Esbroeck, ya citada), “el principio *non bis in idem* (...) implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de los referidos Estados acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados contratantes, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente”, con cita de la sentencia Gözütok y Brügge.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea afirmó en la sentencia Gözütok y Brügge, de 11 de febrero de 2003, y reiteró en la Sentencia Van Esbroeck, ya citadas, que “ni las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, entre las que se encuentran los artículos 34 y 31, bases jurídicas de los artículos 54 a 58 del CAAS, ni las del Acuerdo de Schengen o del propio CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 del CAAS al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros”.

No obstante, el efecto procesal preventivo de la prohibición de *bis in idem*, en cuanto opera produciendo el cierre de un proceso seguido en un Estado cuando en otro Estado ya se sigue una persecución penal por los

mismos hechos requiere alguna precisión. De un lado, no pueden excluirse radicalmente supuestos en los que las peculiaridades del caso sugieran continuar la tramitación. De otro, la decisión, sea cual sea la forma que adopte, lo que dependerá del estado de cada proceso, no tiene valor material en cuanto a los efectos del *bis in idem*, sino meramente procesal.

Fuera del ámbito de la Unión Europea pueden ser tenidas en cuenta otras consideraciones, entre ellas, el distinto tratamiento legal que los diferentes Estados pueden dispensar a algunas clases de actos delictivos. En realidad, una rigidez internacional de la prohibición del *bis in idem* en esos casos, pareja a la existente en el marco interno, requeriría probablemente una previa armonización, en algunos casos profunda, del Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados afectados, que suprima las diferencias sustanciales en la respuesta penal a determinados tipos delictivos y al tiempo impida el “forum shopping”. En estos supuestos, las Autoridades jurisdiccionales del segundo Estado pueden examinar si existen circunstancias que aconsejen continuar la tramitación del proceso, sin perjuicio de la decisión final en cuanto al fondo que resulte procedente adoptar.

En todo caso, cuando por las razones que fueran se hubiera llegado a una segunda condena, la solución final debería reconocer la imposibilidad de una doble sanción efec-

tiva para los mismos hechos, anulando la segunda condena, o, al menos, reconociendo el tiempo cumplido en un país para reducirlo en lo impuesto y pendiente de cumplimiento en el otro, como consecuencia del respeto, al menos, a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

7. De todos modos, en lo que aquí interesa, una absoluta operatividad del principio, tal como aparece formulado, requiere en el marco internacional la existencia de una previa decisión judicial firme sobre el fondo, o su equivalente según la legislación de cada Estado, para aplicar la prohibición de someter al ya juzgado a un nuevo proceso por los mismos hechos o, en su caso, de dictar contra él sentencia condenatoria. El TEDH, en interpretación del artículo 4 del Protocolo n.º 7, recuerda en la STEDH de 6 de junio de 2002, Caso Sailer contra Austria, que “la finalidad del artículo 4 del Protocolo núm. 7 es prohibir la repetición de un procedimiento penal que ya ha terminado con una resolución firme”.

Por su parte el TJCE, en la Sentencia del Caso Gözütok y Brügge señaló que “el principio *non bis in idem*, consagrado en dicha disposición, tiene por único efecto evitar que en un Estado miembro se incoen nuevas diligencias penales contra una persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en otro Estado miembro por los mismos hechos”.

Sentencia 513/2008, Sala de lo Penal del TS, de 23 de julio de 2008

NULIDAD DE ACTUACIONES. COMPETENCIA OBJETIVA

Art. 240.2 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

Se reproduce, por su interés, el voto particular a la sentencia que aplicó el Acuerdo de Sala General de 29 de enero de 2008 (reproducido en el

número 24 de la Revista de Derecho Penal) para negar la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO, A LA SENTENCIA N.º 513/2008, RECURSO DE CASACIÓN N.º 2275/2007

Primero.—Se circunscribe este voto a la resolución de la cuestión de la eventual nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Tribunal de la instancia (Audiencia Provincial) y, consecuentemente, funcional de este Tribunal de casación.

La mayoría del Tribunal ha rechazado la tesis de la ponencia y sigue el criterio establecido en Sala General de fecha 29 de enero de 2008, que se transcribe:

“Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado”.

A mi modesto parecer mis compañeros de Tribunal incurren en error, quizás por confundir el tratamiento de las cuestiones relativas a la competencia con las que se refieren a la nulidad de actuaciones.

Ambos problemas tienen en común la necesidad de determinar la competencia del órgano jurisdiccional. Pero difieren casi en todo lo demás.

a) En cuanto a la promoción del incidente.

En lo que a promoción atañe aparenta aproximarse el régimen de nulidad de actuaciones y el de la cuestión relativa a la competencia, cuando una y otra tienen como objeto decidir la competencia objetiva o funcional.

Así, la cuestión de competencia puede promoverse de oficio, en cualquier estado de la causa —art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, y la nulidad de actuaciones, también en el caso del art. 240.2 párrafo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero no debe pasar desapercibido que la cuestión de competencia se plantea de oficio siempre en relación con la del mismo órgano que la declara. Pero la nulidad de actuaciones puede ser declarada en relación con las seguidas ante otro órgano. Ciertamente, de manera general solamente si es alegada en el cauce del recurso. Pero también se admite excepcionalmente de oficio, por el órgano *ad quem*, respecto a las actuaciones ante el órgano *a quo*.

El n.º 2 del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción por ley orgánica 19/2003, admite también la promoción de oficio de la cuestión de la nulidad cuando se trata de la competencia objetiva del órgano “a quo”, modificando la norma que regía desde la reforma de la LO 5/1997 añadiendo el párrafo segundo al apartado 2 del art. 240.

En el 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta entonces vigente, se preveía la declaración de nulidad antes de recaer sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso. Traspasado dicho límite nada impedía suscitar la cuestión durante el trá-

mite del recurso, también de oficio, o a través del incidente cuando la resolución ya no sea susceptible de recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Civil ya adelantó el propósito del legislador al introducir el nuevo art. 227.2 párrafo segundo la excepción a la norma general, por la que no podía declararse, en el procedimiento en fase de recurso, la nulidad de actuaciones de la instancia anterior, salvo que el motivo de la nulidad fuera la falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la dicha anterior fase, pues entonces tal declaración de oficio era posible. Dicho artículo quedó suspendido por aplicación de la disposición final 17.^a hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fallida la de simultánea tramitación, la reforma de dicha ley orgánica tuvo lugar por ley de 2003.

La reforma de 2003 limitó, con carácter general, y no solamente en el ámbito civil, la posibilidad para la declaración de la nulidad de oficio cuando la instancia se había cerrado y el procedimiento se encontraba en fase de recurso. No obstante esta restricción se acompañó de una excepción: cuando aún no ha recaído resolución firme (aunque sí la definitiva de la instancia) y se interpuso recurso, pero no se hace de la nulidad uno de los motivos del recurso, estableciendo que en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

Quedó así consolidado el diverso régimen entre el autoexamen de la propia competencia y el heteroexamen de la del inferior por el que conoce del recurso.

Por lo demás refrendado por el Tribunal Constitucional al que se le sometieron cuestiones de constitucionalidad denunciando la restricción. Lo que, desde luego, no se cuestionó era la excepción a la restricción. (Auto

del Pleno del Tribunal Constitucional 282/2006, de 18 de julio).

b) En cuanto a los órganos que intervienen.

La cuestión de competencia se promueve por o ante el órgano jurisdiccional cuya competencia se pone en cuestión. Y la competencia para el recurso contra la decisión al respecto una vez formalizada la cuestión, corresponde al superior no solamente del que conoce sino del que, además, lo sea del otro órgano cuya competencia entra en discusión.

Como ningún órgano puede discutírsela al Tribunal Supremo, el art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye que se suscite respecto a éste ninguna cuestión. Ni por él, ni respecto a él. El Tribunal Supremo solamente decide las cuestiones de competencia de los órganos que le están subordinados sin otro superior común.

La nulidad de actuaciones se solicita ante el órgano que conoce o, por vía de recurso, ante su superior jerárquico, cuando tenga por motivo la falta de competencia objetiva o funcional, prescindiendo de cualquier consideración sobre el otro órgano de eventual competencia.

Pero el órgano que conoce del recurso, entablado contra la decisión definitiva del procedimiento, o una interlocutoria, puede, como dijimos, examinar de oficio la existencia de la nulidad, incluso cuando no es alegada en el recurso, si estima que aquélla deriva de la falta de competencia objetiva o funcional (art. 240.2, segundo párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es fácil notar que el legislador no ha distinguido que el Tribunal que conozca del recurso lo haga por recurso ordinario o extraordinario. Por ello también al Tribunal Supremo se le ordena por el legislador, con ocasión de la casación, que examine la eventual nulidad de actuaciones no alegada si ésta deriva de la falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la instancia.

Tal potestad jurisdiccional de control de la distribución de competencia no es una mera facultad del Tribunal Supremo —de cualquier Tribunal—, es un inexorable deber del que no cabe abdicar. Porque el interés en la preservación de la adecuada competencia objetiva y funcional (a diferencia de lo que ocurre con la territorial) no se deja a la disposición de la parte, debiendo siempre garantizarse por los Tribunales el respeto a la decisión legislativa que las establece.

Aún más, en el caso de la casación resultante, si cabe, más exigible que el Tribunal Supremo controle ese presupuesto, si deparamos en que aquella nulidad por falta de jurisdicción o competencia no encaja en ninguno de los motivos que, conforme a los arts. 849, 850, 851 y 852 pueden ser fundamento de dicho recurso.

c) En cuanto a la intervención de las partes.

En cuanto a la legitimación para lo uno y para lo otro viene conferida, en relación con la cuestión de competencia, por el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en relación a la nulidad de actuaciones, por el 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La intervención, incluso cuando no promueve la cuestión o la nulidad, debe ser la adecuada para garantizar que la decisión, en ambos casos, se dicte sin merma del derecho a la tutela judicial sin indefensión.

d) En cuanto al procedimiento.

La competencia se dirime en un procedimiento compuesto por una fase previa a la formalización de la cuestión entre los órganos jurisdiccionales que discrepan y otra, una vez formalizada, que culmina ante el órgano superior jerárquico común a ambos órganos en discrepancia. En todo el procedimiento las partes tienen la intervención que, según fase y órganos que intervienen, les confiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nada prevé la ley orgánica cuando la cuestión que se suscita es de oficio la nulidad de

actuaciones. Pero en todo caso la exigencia del art. 24.1 de la Constitución Española se traduce en la obligada audiencia de las partes antes de que se decida sobre la nulidad, y el órgano que interviene es exclusivamente el llamado a valorar si existe tal nulidad.

e) En cuanto a los efectos de la decisión.

La cuestión de competencia concluye con la decisión por la que atribuye a un órgano la potestad para seguir con el conocimiento de la causa y, en su caso se le remite las actuaciones (arts. 22, 25, 29, 30, 38, 41, 43, 674, 676, y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La decisión de la cuestión de la nulidad ordena la reposición del procedimiento al momento en que aquella nulidad se produjo. Es entonces, al devolver las actuaciones el órgano que conocía del recurso, cuando, en su caso, el órgano que venía conociendo deberá proceder a la pertinente remisión del procedimiento al competente.

Por todo ello no consigo entender que la Sala General remita al art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para decir que, al amparo del mismo examinará (solamente) su propia competencia. Ese deber es ajeno a la regulación de la nulidad de actuaciones, que es la materia regulada por el artículo citado de la ley orgánica. El control de su competencia deriva de lo dispuesto en el art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es donde tal materia tiene ubicada su regulación.

Cabe añadir que, por otro lado, la propia competencia incluye la funcional. Pues bien, ésta viene determinada en la ley de manera automática y derivada de la objetiva del órgano que dicta la resolución recurrida. Así pues, solamente se controla la propia competencia funcional en la medida que se lleva a cabo el control de la objetiva del que interviene en la fase procedimental anterior. Porque el ámbito de conocimiento en casación difiere según que la sentencia recurrida sea dictada por la Audiencia Provincial en el ordinario, o por aquella mediante el Tribunal del Jurado en su específico procedimiento.

to, ya que, entonces lo que se recurre ante el Supremo no es la sentencia del Tribunal del Jurado sino la del Tribunal Superior de Justicia dictada en apelación.

Pero aún es más incoherente el resultado a que lleva la decisión mayoritaria. El mismo art. 19.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Ministerio Fiscal, sin necesidad de acudir a la vía del recurso, a denunciar la falta del presupuesto que examinamos en cualquier estado de la causa. Y la casación es un estado de la causa no excepcionado.

Por ello, cuando la Sala General en el acuerdo transcrito remite a los “medios” establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial, no ignora tal art. 19.4.º de aquélla, cabe preguntarse:

¿Admite dicho acuerdo que el Ministerio Fiscal pueda alegar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la nulidad de actuaciones, por falta de competencia objetiva o funcional, incluso cuando ninguno de los motivos de casación formulados la erija en su fundamento?

No admitir esa posibilidad es sencillamente derogar bajo excusa de interpretación un inequívoco precepto del legislador.

Y la segunda cuestión es bien acuciante: además de derivar del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la potestad/deber de controlar la competencia objetiva y funcional como causa de nulidad de actuaciones.

¿No es incoherente autorizar, sin preclusión alguna, al Ministerio Fiscal para denunciar la falta de legalidad del procedimiento por defecto de competencia del órgano jurisdiccional y negarle al propio Tribunal, que conoce del recurso contra la decisión que puso fin a la causa en que aquella nulidad se ha producido, la posibilidad de declararla?

Ciertamente el acuerdo de la Sala General, y la decisión de la mayoría del Tribunal en esta causa, supone una excepción a la

doctrina hasta ahora mantenida. En la Sentencia 46/1999, de 30 de abril, no tuvo el Tribunal reparo alguno en declarar la nulidad de actuaciones, pese a que el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tenía aún la redacción actual, haciéndolo de oficio y siendo el motivo la falta de competencia objetiva apreciada en el juzgado instructor y en la Audiencia Provincial que conoció de un delito —expedición de moneda falsa— que el Tribunal Supremo estimaba que era competencia de la Audiencia Nacional. Por lo que decidió, sin entrar en el examen del recurso de casación interpuesto por el penado, declarar nulas todas las actuaciones y ordenó la remisión al Juzgado Central correspondiente para comenzar la instrucción de nuevo.

En lo que a revisión de oficio de la competencia del órgano de la instancia respecta, éste fue también el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, en este rollo en el que emito este voto, cuando el Tribunal decidió dar audiencia a las partes sobre la cuestión de la nulidad.

Este es el criterio unánime de la doctrina procesalista de la que no me constan opiniones que cuestionen el deber del Tribunal Supremo, como de cualquier otro Tribunal, para impedir que la decisión del legislador, atribuyendo el conocimiento de causas penales a órganos determinados, quede al capricho de las partes o a resultas del acierto de Tribunales cuyas decisiones son recurribles.

Segundo.—Aunque la competencia del Tribunal del Jurado para conocer del objeto de este proceso no fue debatida, por las antedichas razones, debo entrar en dicha cuestión, pues es la convicción de que concurría dicha específica competencia lo que justifica la emisión de este voto.

Al respecto resulta sorprendente la trayectoria seguida en el procedimiento en la instancia. Inicialmente adoptada la decisión de seguir el procedimiento específico, con expresa aquiescencia de todas las partes, es cuando la causa se encuentra bajo conoci-

miento de la Audiencia Provincial y, en concreto, del Magistrado Presidente, cuando el Ministerio Fiscal solicita la vuelta al procedimiento abreviado. Y aquél accede a la insólita pretensión bajo el argumento de que al integrar el objeto del proceso un delito de falsedad, en principio no competencia del Tribunal del Jurado, resultaría aplicable el art. 17.5 de la LECrim. pues el art. 5 de la LOTJ no abarcaría los casos de concurso real.

Tal tesis implica un evidente desconocimiento de lo dispuesto en dicho art. 5 de la LOTJ. Éste no tolera ninguna lectura como la efectuada por aquel Magistrado Presidente. Conforme al mismo, cuando un delito es cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad, si el Tribunal del Jurado es competente para conocer de uno de ellos, también lo será para conocer del otro.

Y, desde luego, es claro que la relación funcional aludida en el precepto extravasa

con mucho el estricto vínculo (relación de necesidad) que exige el concurso ideal.

La sentencia dictada por la Audiencia, como no podía ser de otra forma, proclama que el funcionario recibió las dádivas para realizar la conducta por la que se le condena como autor de un delito de falsedad. Relación que la acusación del Ministerio Fiscal plasmaba en su escrito de acusación.

Así pues el abandono del procedimiento, correctamente incoado de manera inicial, se hizo desde la total falta de justificación, de modo arbitrario y sin que la ley pudiera dar a esa interpretación ni el más mínimo amparo.

Por ello estimo que este Tribunal debió de oficio poner coto a ese alejamiento del ordenamiento jurídico y restaurar el debido acatamiento a la norma conculcada por el Magistrado Presidente, primero, y por la Audiencia después. Todo ello anulando las actuaciones y ordenando su reposición al momento en que tan indebidamente dejó de conocer el Magistrado Presidente.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

Sentencia 544/2008, Sala de lo Penal del TS, de 15 de septiembre de 2008

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Art. 120.3.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la responsabilidad civil subsidiaria, concretándose en el supuesto previsto en el número 3.º del artículo 120 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. Con objeto de clarificar la cuestión debatida, debemos recordar que la responsa-

bilidad civil por el hecho ajeno responde en nuestro derecho a tres criterios de imputación:

A) La culpa. Así, el art. 118 del CP obliga a responder a los que tengan a un

inimputable bajo su potestad o guarda “siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte”.

B) La culpa presunta. La responsabilidad subsistirá, mientras el presunto responsable no pruebe que actuó con toda diligencia en la prevención y evitación del daño. Así, el art. 1903 del CC cuando indica que “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño”.

C) Responsabilidad vicaria. La expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por tanto, objetiva.

Junto a ello, también puede ser clarificador que examinemos el fundamento de cada responsabilidad:

— En la responsabilidad por culpa, en primer lugar, hay una función indicativa, de tal modo que se denota que las facultades que tiene atribuidas el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse *erga omnes* y no sólo *inter partes*. En segundo lugar, de modo específico para la responsabilidad civil ventilada en el proceso penal, se pretende expresar, que, de entre todos los posibles culpables, en sentido civil, de un daño, ese y sólo ese puede ser traído al proceso penal.

— En la responsabilidad por culpa presunta, la justificación se puede encontrar en el principio de “normalidad”, y también puede fundarse en la “facilidad probatoria”, pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad objetiva. De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 del CC) cuando,

acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes para precaver el daño.

— En la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad subjetiva es microscópico y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos; si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal.

La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica, en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo, y extiende temporal, objetiva y subjetivamente el foco, viniendo a examinar si el responsable no era quien estaba en mejores condiciones para, modificando alguna decisión organizativa, disminuir o aumentar de forma relevante la probabilidad de daño.

Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art. 120.4.º del CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismo principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad.

3. Por su parte, y ya centrándonos en el tema que nos ocupa, el art. 120.3.º del CP considera “también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminal-

mente a: Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se haya infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Se trata de una “responsabilidad locativa” que, al decir de la Doctrina, conserva cierto aroma sancionador y preconstitucional, propio de la época en que la autoridad privilegiaba y exigía la colaboración de los responsables de los establecimientos abiertos al público en salvaguarda del orden establecido. Por eso, el precedente del 120.3.^º del CP apuntaba directamente a los “taberneros y posaderos” (art. 21, p. 2.^º ACP) como personas sujetas a esta responsabilidad.

En la actualidad la idea matriz del art. 120.3.^º parece residir en declarar civilmente responsables a quienes tuvieran el deber de impedir o dificultar el hecho criminal de tercero. Con ello se justifica la presencia en el CP —y no en el CC— del precepto. Y la norma infringida por el responsable civil debe tener como finalidad principal, poner obstáculo a dichos actos criminales. Parece que se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva, aunque matizada.

4. En tal línea, la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS de 9 de febrero de 2004, n.º 140/2004; 1308/2002, de 13 de julio) ha venido señalando “que la responsabilidad civil subsidiaria que se regula en el número 3.^º del actual Código Penal, condiciona el surgimiento de tal responsabilidad para personas naturales o jurídicas a:

1.^º) Que sean titulares de los establecimientos en los que los delitos o faltas se cometan.

2.^º) Que las personas que las dirijan o administren o sus dependientes o empleados hayan infringido reglamentos de policía o, disposiciones de la autoridad. También, los

términos que aquí se utilizan son de la mayor amplitud en el sentido de definir las personas que tengan la capacidad de determinar el surgimiento de la responsabilidad civil que son tanto las que realizan funciones dirigidas como las que desempeñan otras tareas subordinadas como dependientes o empleados. La infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad —en sentido de jerarquía— y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones.

3.^º) Esos reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad es preciso que tengan con el hecho punible una relación tal que, sin su infracción, el hecho no se hubiera producido. Si la definición de las personas que pueden ser civilmente responsables y de los establecimientos de que sean titulares son amplias, así como la enumeración de las que pueden con su acción u omisión determinar el surgimiento de la responsabilidad, la referencia a los reglamentos de policía y a las disposiciones de la autoridad se restringen a aquellas cuya infracción esté relacionada causalmente con la ocurrencia del hecho punible. Claramente se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas. Por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria que se fundamentan en la culpa *in eligendo* y en la culpa *in vigilando* como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con fi-

nalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas.

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales (no así en otros sistemas europeos). Así pues, se trata de una responsabilidad civil que dimana de la violación de un deber de diligencia impuesto normativamente.

Por otra parte, la interpretación de los requisitos exigidos para el reconocimiento de

la existencia de la responsabilidad se efectuaba en la jurisprudencia basada en el CP anterior (SSTS de 1 de abril de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 23 de abril, entre otras) con un criterio amplio, apoyándose la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria no sólo en los pilares y tradicionales de la *culpa in eligendo e in vigilando* sino también y sobretodo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum*.

Sentencia 548/2008, Sala de lo Penal del TS, de 17 de septiembre de 2008

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Art. 2.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Se aplica la ley posterior más favorable, de manera retroactiva, en un supuesto en el que el cambio normativo se produce en la norma que complementa a la ley penal en blanco; se trata de un caso de contrabando de mercancías desde Estonia antes de que ese país se incorporara a la Unión Europea.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

I. La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es una exigencia del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 de la CE). De ese mandato constitucional se deduce, *sensu contrario*, el principio de retroactividad de las leyes pe-

nales que favorezcan al reo. Es éste su espacio natural, más que el que ofrece el art. 25 de la CE cuando proclama el principio de legalidad penal. Así se desprende de una reiterada jurisprudencia constitucional de la que son exponentes las SSTC 85/2006, de 27 de marzo, 20/2003, de 10 de febrero, así como los autos ATC 195/2005, de 9 de mayo y 241/2003, de 14 de julio.

La jurisprudencia de esta Sala —no sin excepciones— ha aplicado la retroactividad de la ley penal más favorable, incluso, en aquellos casos en los que se produce un simple cambio cuantitativo con incidencia en el importe de lo defraudado. En el acuerdo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, se decidió que era “... aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada”. Esta idea había sido ya reflejada en anteriores pronunciamientos. Así se desprende, por ejemplo, de la STS 1210/2001, de 11 de junio, en la que se afirmó que la prohibición de aplicar retroactivamente las normas desfavorables y la consiguiente retroactividad de las favorables alcanza tanto a las normas penales como a las administrativas que complementen el tipo. También fue acogida con posterioridad en la STS 571/2006, de 21 de abril.

No faltan pronunciamientos en sentido contrario, de los que son buena muestra la STS 1231/1994, de 4 de junio, citada por el Fiscal en su escrito de impugnación, y cuya doctrina también inspiró las SSTS 626/1995, de 25 de mayo y 890/1995, de 17 de julio.

II. En el presente caso, la discutida aplicación de este principio presenta algunas singularidades. A diferencia de otros supuestos en los que existe una verdadera sucesión de normas penales, aquí no estamos ante un mero encadenamiento cronológico de preceptos que obligue a ponderar, para su efectiva aplicación, cuál de ellos resulta más favorable para el reo. Nos situamos, por el contrario, en el controvertido espacio de la retroactividad que haya de adjudicarse a normas extrapenales de complemento y que resultan decisivas para la formulación del juicio de tipicidad. Se trata de tipos penales que incorporan elementos normativos de carácter jurídico. Es el caso del art. 1.1 de la LO 7/1982, de 13 de julio —vigente en la fecha de comisión de los hechos—, que consideraba reo de un delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos

fuera igual o superior a un millón de pesetas, a quienes “... importaren o exportaren géneros de lícito comercio sin presentarlo para su despacho en las oficinas de aduanas”. La determinación de qué géneros han de ser presentados para su despacho aduanero, no puede obtenerse sin la referencia que proporcionan las normas administrativas reguladoras de las restricciones a la libre circulación de mercancías.

Pues bien, es un hecho notorio que Estonia forma parte ya de la Unión Europea. El Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, ha supuesto la ampliación de los países miembros de la Unión. El Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España es de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

Conforme al art. 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Estonia —además de las ya mencionadas— han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, según se desprende del Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión, también publicado en el núm. 106 del BOE de fecha 1 de mayo de 2004. Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Estonia y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo II, apartado I —libre circulación de mercancías—, apartado J —productos alimenticios— fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libre circulación de mercancías.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, impugna el motivo y sugiere que el cambio operado no responde a un criterio de política criminal o a la liberalización de conductas, "... sino a acuerdos de política macroeconómica como es la ampliación de la Comunidad Europea".

La Sala no puede compartir ese criterio.

La solución a las dudas aplicativas surgidas a raíz de cualquier reforma normativa con incidencia en un tipo penal, podría obtenerse a partir de la diferencia entre lo que son cambios fácticos y verdaderos cambios valorativos. Los primeros no afectan al núcleo del comportamiento delictivo; los segundos encierran una verdadera alteración de la perspectiva jurídica.

Es cierto que la seguridad de ese criterio es siempre relativa, pues, si bien se mira, ante cualquier reforma, la diferencia entre las razones fácticas y las exigencias valorativas no siempre se presenta con la necesaria claridad, siendo frecuente que converjan ambas motivaciones.

Sea como fuere, en el presente caso estamos mucho más allá de una simple modificación fáctica, operada por la vía de reforma de las disposiciones administrativas de remisión. En efecto, el principio de libre circulación de mercancías representa una de las piezas angulares de la estructura político-normativa de la Unión Europea (cfr. art. 23 —antiguo artículo 9— del tratado fundacional 25 de marzo 1957). Recientemente, la LO 1/2008, de 30 de julio, ha autorizado la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. En su preámbulo se proclama y reitera el objetivo de "... fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible, garantizando la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento".

Todo indica, pues, que la entrada de Estonia en la Unión Europea, no limita sus efec-

tos, desde el punto de vista del juicio de tipicidad, a una mera transformación fáctica, orientada a actualizar los parámetros cuantitativos tomados en consideración en el momento inicial de la formulación típica. Esa incorporación al régimen aduanero común conlleva un verdadero cambio global de naturaleza axiológica. No son razones estratégicas de pura oportunidad legislativa las que han de ser ponderadas por la Sala a la hora de valorar la incidencia de la ampliación de las fronteras comunitarias.

Descartado un enfoque formalista, más útil en los casos de sucesión de normas penales, se impone un criterio teleológico, que atienda al verdadero alcance de la rectificación normativa. Conforme a esta idea, la modificación de la norma extrapenal de reenvío —en el presente caso, el Tratado de adhesión de Estonia en la Unión Europea como Estado de pleno derecho— conlleva una variación axiológica, con una incidencia definitiva en los mecanismos de protección del bien jurídico. No ha existido una degradación en la intensidad del injusto, producto de una renovada valoración fáctica, de limitado alcance cuantitativo, sino una verdadera supresión de la relevancia penal de la acción típica cuando las mercancías importadas proceden de Estonia. Y ello acontece en el momento del enjuiciamiento.

La Sala no puede acoger el criterio del Tribunal "a quo", que condena a ambos recurrentes con el argumento de que las normas penales temporales, conforme establece el art. 2.2 del CP se sustraen a las reglas generales —FJ 2.º, apartado D—. Así se desprendería de su enunciado, con arreglo al cual, "los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".

En el presente caso, no es posible sostener que estemos en presencia de una ley temporal. No lo son la legislación de contrabando aplicada ni, por supuesto, el tratado de adhesión de Letonia a la Unión Europea. Leyes temporales son aquellas cuyo plazo de vigencia se justifica en atención a cir-

cunstancias excepcionales que aconsejan una mayor severidad en la respuesta penal a determinadas conductas. De ahí que no resulte procedente equiparar el precepto aplicado —art. 1.1 de la LO 7/1982, de 13 de julio, vigente en la fecha de los hechos—, al régimen jurídico que es propio de las leyes temporales.

El Ministerio Fiscal añade a su elaborada argumentación a favor de la desestimación del motivo, una razón de política criminal. Entiende que aplicar la retroactividad supondría dar licencia “de facto” a las operaciones de contrabando desde países que previsiblemente se incorporarán en los próximos años a la Comunidad Europea, pues las

sentencias no podrían ser ejecutadas una vez producida la efectiva incorporación.

Es cierto que el riesgo apuntado por el Ministerio Fiscal puede influir negativamente en el ámbito de la política criminal relacionada con el cumplimiento de los requisitos aduaneros y fiscales para la circulación de mercancías por territorio comunitario. Sin embargo, también lo es que ese riesgo es perfectamente evitable mediante la incorporación a los futuros tratados de adhesión de alguna cláusula transitoria de reserva que mantenga la vigencia de los derechos arancelarios ya devengados e indebidamente eludidos con anterioridad a la incorporación del Estado de que se trate al espacio económico europeo.

Sentencia 553/2008, Sala de lo Penal del TS, de 18 de septiembre de 2008

DILACIONES INDEBIDAS

Arts. 24.2 CE; 21.6.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La preocupación de los sistemas penales por los perniciosos efectos de las dilaciones del procedimiento, no es de ahora. La celebrada obra del Marqués de Beccaría, que tanta influencia desplegó en la construcción de un derecho penal superador de viejas concepciones históricas, ya dedicaba un capítulo a la Prontitud de la pena —capítulo

XIX— recordando que tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. También la Novísima Recopilación —Libro XI, Título I, Ley X— incorporaba la Instrucción de Corregidores de Carlos III, en la que se exhortaba a los jueces a que cuidaran muy particularmente del breve despacho de las causas y negocios de su conocimiento y de que se atrasen ni molesten a las partes con dilaciones inútiles y con artículos impertinentes y maliciosos. De forma singularmente gráfi-

ca, la doctrina ha recordado que allí donde no se resuelven los litigios en un plazo razonable se produce una bancarrota del Estado de Derecho, asumiendo el riesgo de que la imposición de una pena se convierta en un puro acto de hostilidad.

La proclamación expresa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE), cuenta también con repetidos antecedentes en nuestro sistema constitucional. No es casual que la Constitución de Cádiz de 1812, en el capítulo destinado a reglar la administración de justicia en lo criminal, dispusiera que las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados (art. 286), incluyendo entre las competencias regias la de cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplidamente la Justicia (art. 171.2).

El tratamiento por esta Sala de la atenuante de dilaciones indebidas ha perseguido, desde el primer momento la reparación de los inadmisibles efectos de una respuesta jurisdiccional tardía y ajena al plazo razonable. El legislador no ha proporcionado reglas específicas, pero ha admitido que circunstancias posteriores a la comisión del hecho puedan operar extinguiendo parte de la culpabilidad (art. 21.4.^ª y 5.^ª del CP, atenuantes de confesión del hecho y reparación del daño). Es indudable, entonces, que existe una analogía que permite fundamentar la aplicación del art. 21.6.^ª del CP porque todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia (cfr. SSTS 2036/2001, de 16 de noviembre, 1506/2002, de 19 de septiembre, 1620/2003, de 27 de noviembre, 344/2004, de 12 de marzo, 865/2005, de 24 de junio, en aplicación del acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999).

Esta consolidada solución jurisprudencial, especialmente útil para la resolución de

las dilaciones generadas con anterioridad al enjuiciamiento, plantea no pocas dificultades cuando aquéllas se han generado ya durante la fase de enjuiciamiento o, incluso, en el propio recurso de casación. No en vano, las atenuantes que sirven para fundamentar la análoga significación con la injustificada ralentización del procedimiento, señalan una referencia cronológica que actúa, siempre y en todo caso, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable (art. 21.4.^ª del CP), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5.^ª del CP). Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación —de aquéllas y de cualesquiera otras— sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. Es posible, en fin, que la aplicación de la atenuante, por sí sola, no abarque todos los supuestos que reclaman solución jurisprudencial. La innegable posibilidad de dilaciones en la ejecución de una sentencia o el debate acerca de si ese derecho a un proceso sin dilaciones puede tener por sujeto a la víctima o al actor civil, son materias que sugieren matices todavía no resueltos de forma satisfactoria.

En el presente caso, la solución ofrecida por la Sala de instancia es acorde con el fundamento material de la atenuación. Conforme se explica en el FJ 4.^º, los hechos ocurrieron en mayo de 2001, celebrándose el juicio en marzo de 2007. Ese lapsus temporal está debidamente compensado con la circunstancia atenuante de carácter análogo del art. 21.6.^ª del CP. Sin embargo, no puede aspirar a una degradación punitiva de mayor intensidad, en la medida en que no existe ninguna paralización del procedimiento de cierta relevancia.

Es cierto que un plazo como el transcurrido no es modélico. Sin embargo, conviene puntualizar, frente al cómputo temporal que

efectúa el recurrente, que no han transcurrido seis años entre los dos hitos temporales que habrían de ser tomados en consideración. La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo sospechoso a ser des-

cubierto e indagado con prontitud. Del mismo modo, es la fecha de celebración del juicio —no la correspondiente a la formalización del recurso de casación— la que encierra interés. En otro caso, tendríamos que aceptar la existencia de una atenuante cuyos presupuestos fácticos siguen alimentándose después de celebrado el juicio oral. Sea como fuere, el distanciamiento del plazo así computado, respecto de un ideal de razonabilidad, justifica la atenuación aplicada por la Sala.

Sentencia 543/2008, Sala de lo Penal del TS, de 23 de septiembre de 2008

TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la valoración del testimonio de la víctima como única prueba de cargo que, aplicada en el caso de autos, conduce a la Sala a la estimación del recurso del condenado por no reunir los requisitos necesarios para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En una reiterada jurisprudencia, esta Sala ha considerado que el testimonio de la víctima, prestado con las debidas garantías entre las que destaca la contradicción, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que basar la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (STS 568/2007, de 26 de junio). La cuestión que

se plantea se concreta, por lo tanto, en la credibilidad del testimonio de la víctima. Para esa valoración esta Sala ha proporcionado unos criterios de valoración, a la que nos hemos referido anteriormente, los cuales ni tienen carácter exhaustivo, ni son reglas de valoración sino razonamientos que pueden ser útiles en la expresión de una valoración. El control casacional, como el que pueda realizar el Tribunal Constitucional, en un amparo ante el mismo, no es una ulte-

rior instancia y no puede referirse a la posible existencia de alternativas a comparar con la sentencia que se recurre, sino que lo determinante para el éxito de la pretensión revisora ha de concretarse en la racionalidad de la convicción que el tribunal de instancia realiza sobre ese testimonio, esto es, comprobar conforme al art. 717 de la Ley procesal, si la valoración es racional.

En algún pronunciamiento jurisprudencial nos hemos referido a estos supuestos como “situación límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia” en los que sobre los hechos nucleares de la acusación sólo existen dos versiones, la de la acusadora y la del acusado, y éstas son tan diametralmente distintas que es imposible fundar una convicción razonable sobre puntos de encuentro de sus respectivas versiones, lo que imposibilita una valoración asentada en puntos de acuerdo.

La lectura del acta del juicio oral, de la motivación de la sentencia y las propias actuaciones, que realizamos al amparo del art. 899 de la Ley procesal, pone de manifiesto que nos encontramos ante una situación ciertamente singular. La única prueba de los hechos denunciados es el testimonio de la víctima, no existen corroboraciones, ni testigos siquiera referenciales al hecho que la víctima afirma que existieran también constatamos que sobre el hecho pudieron existir otros medios de prueba, como la declaración de una amiga, también víctima de la detención según se expuso en la denuncia, o de un funcionario policial, conocedor de los hechos según consta en las declaraciones de la víctima. Sobre estos extremos no se practicó, ni se propuso, actividad probatoria que pudiera contribuir a la acreditación de los hechos.

En este caso el tribunal funda su convicción condenatoria sobre la base del testimonio de la víctima. La encuentra verosímil y persistente en su contenido incriminatorio. Por el contrario, el recurrente destaca contradicciones en el testimonio, niega los hechos y destaca la existencia de móviles espurios desde la pretensión de recuperación

del hijo común, que vivía con los padres del acusado, sin que conste coacción alguna en esa situación, y sobre la posibilidad de obtener la residencia legal por su consideración de víctima de la violencia de género, que efectivamente postuló a los pocos días de la denuncia. Destaca, también, la inexistencia de denuncias anteriores, pese a que la que origina la causa se refería a hechos acaecidos un año y medio antes, y a la ausencia de intervención de otros institutos de protección, como la asistencia social, especializada en esta tipo de situaciones.

Desde la perspectiva expuesta el motivo debe ser estimado. En reiterados precedentes de esta Sala hemos declarado que la función de un tribunal de revisión, como es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando conoce de impugnaciones formalizadas con invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es la de revisar la función jurisdiccional realizada por el tribunal de instancia en orden a la valoración de la prueba. No es una función puramente nomofiláctica, la más genuina de un tribunal de casación, sino que participa de las exigencias de la revisión, del reexamen de la función valoradora de las pruebas por un tribunal superior conforme exigen los Tratados Internacionales y las exigencias de un sistema penal que pretende asegurar el control de los posibles errores jurisdiccionales. En este sentido, el control jurisdiccional alcanza al examen de la licitud de la prueba, a su regularidad, al proceso debido, a la observancia de los principios constitucionales y legales del ejercicio de la jurisdicción, también al examen de la suficiencia de la actividad probatoria y a su consideración de prueba de cargo, extremos estos últimos que permiten al tribunal de casación ejercer una función valorativa de la actividad probatoria con unas funciones, propias de la jurisdicción, que van más allá de la que pueda ejercer el Tribunal Constitucional, dada su consideración de órgano del Poder Judicial y cúspide de la organización judicial.

La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fun-

damental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. En términos generales, la jurisprudencia ha destacado la naturaleza reaccional del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo tanto no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles:

a) Fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.

b) Normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener.

Siguiendo reiterados precedentes jurisprudenciales, la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente.

Elemento esencial para esa valoración es la intermediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Esta Sala ha suministrado criterios de valoración, como los que recoge la propia sentencia y que el recurrente, a su vez, reitera, como son la ausencia de incredibilidad sub-

jetiva, derivadas de relaciones entre agresor y víctima u otras circunstancias; persistencia en la incriminación a lo largo de las sucesivas declaraciones y, en la medida posible, que el testimonio incriminatorio aparezca corroborado por acreditamientos exteriores a la declaración de la víctima. Se trata de meros criterios para posibilitar una motivación racional de la convicción conforme al art. 120 de la CE y 717 de la LE-Crim.

Los criterios de valoración que el tribunal de instancia emplea en la motivación no tienen eficacia suasoria suficiente para enervar la presunción de inocencia. Ciertamente, la persistencia en la declaración de la víctima es un criterio que puede ser tenido como ambivalente pues, como ha puesto de manifiesto la psicología del testimonio, en ocasiones, el testigo reproduce su última declaración ante el temor de ser tenido por mentiroso y lo que expresa en su declaración es el contenido sustancial de la anterior declaración prestada. En todo caso, existen evidentes alteraciones sobre el contenido de los hechos desde la inicial declaración a la vertida en el juicio oral, mucho más explícita en el juicio oral.

En orden a la ausencia de incredibilidad subjetiva, el tribunal entiende que no las atisba. Sin embargo existen dos hechos que el recurrente opone y que son trascendentes, la pretensión de recuperación del hijo común y la pretensión de regularizar su situación en España a partir de la promulgación del RD 2393/2004, que el tribunal expresa en la justificación para denegar esos móviles, sin mayor argumentación que la negativa de su concurrencia. Tampoco existen corroboraciones ajenas al testimonio, y éstas eran posibles dado que alguno de los hechos subsumidos en la detención ilegal, suponían la existencia de una tercera persona, una amiga, con la que, se afirma, pretendía volver a su país de origen. Además, la víctima proporciona el dato de un testigo que ni siquiera ha sido oído.

En este estado de la cuestión las dudas sobre la participación en los hechos del acu-

sado no aparecen suficientemente desvanecidas por la prueba practicada y la resolución de la duda ha de ser, siempre, favorable al imputado como manifestación de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Una convicción condenatoria que se apoya, en exclusiva, en el testimonio de la

víctima requiere una motivación que explique la capacidad suasoria de la declaración y la existencia de corroboraciones ajenas al testimonio.

Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, procediendo a dictar segunda sentencia absolutoria del acusado.

Sentencia 576/2008, Sala de lo Penal del TS, de 24 de septiembre de 2008

INFORME PERICIAL

Arts. 788.2 LECrim.; 11.1 y 2 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Impugnada por el recurrente la valoración por el Tribunal de instancia de la prueba pericial cuya práctica no llegó a solicitar el Ministerio Fiscal (aunque sí, indirectamente, la defensa de los acusados), la Sala desestima el recurso con base en el denominado “principio de adquisición probatoria”, al tiempo que resume la doctrina general sobre el valor de los informes periciales emitidos por organismos oficiales y su posible impugnación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

B) El mismo rechazo merece la alegación de los recurrentes, referida al hecho de que el Ministerio Fiscal no llegó a solicitar la práctica de la prueba pericial en relación con la sustancia intervenida en el presente procedimiento. Más allá de la discutible corrección técnica que implica el tratamiento de esta alegación en el ámbito de la presunción de inocencia —el recurrente no cuestiona la validez de la prueba pericial, sino la inactividad del Fiscal—, su viabilidad no es admisible.

La cuestión planteada, relativa al significado probatorio de los informes periciales, singularmente los emanados de organismos oficiales cuando aquéllos son impugnados por la defensa, es una cuestión sobre la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado de forma notable —incluida la convocatoria de distintos Plenos no jurisdiccionales, 23 de febrero de 2001 y 21 de mayo de 1999—, hasta consolidar un criterio interpretativo que podría resumirse así: cuando hay impugnación de la prueba pericial, cualquiera que sea la clase y el alcance de esta impugnación, tal prueba ha de llevarse al juicio oral, siempre que se trate de una verdadera impugnación practicada en el

trámite de las calificaciones provisionales (cfr. por todas, STS 324/2004, de 15 de marzo).

Como principio general, la falta de impugnación por la defensa hace que no sea necesaria la ratificación en el juicio oral por parte de los autores de los informes, conforme a las reglas de la buena fe procesal (entre otras muchas SSTS 13/2004, de 16 de enero; 1520/2003, de 17 de noviembre; 1446/2003, de 5 de noviembre; 211/2003, de 19 de febrero). Las SSTS 290/2003, de 26 de febrero; 585/2003, de 16 de abril y 1642/2000, de 23 de octubre declaran que “son numerosos, reiterados y concordes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga *prima facie* eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado”.

En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a diferentes requisitos. Así, ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 de noviembre, 1153/2003, de 15 de septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así “cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita” (SSTS 652/2001, de 16 de abril y 585/2003,

de 16 abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando “... se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo en el informe oral o en este recurso de casación” (SSTS 156/2003, de 10 de febrero; 585/2003, de 16 de abril; 587/2003, de 16 de abril). La STS 156/2004, de 9 de febrero, declara que “normalmente el momento adecuado es el escrito de conclusiones provisionales, pues los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de Ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ. Y las impugnaciones efectuadas en el mismo acto del juicio oral impiden la reacción de la acusación orientada a la proposición de nuevas pruebas... Por lo tanto no puede considerarse válida a estos efectos la impugnación del recurrente, realizada ya en el acto del plenario”. La STS 72/2004, de 29 de enero exige que los informes se impugnen “como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contra-análisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial” añadiendo que “la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo”.

El legislador no ha sido ajeno al debate jurisprudencial sobre esta materia. De hecho, en la reforma operada por la LO 8/2002, de 10 de diciembre, se dio nueva redacción al art. 788.2 de la LECrim. Conforme al mismo, en el ámbito del procedimiento abreviado, “... tendrán carácter documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

Es cierto que este precepto no está exento de dificultades. Si bien se mira, el legislador

transmuta el significado procesal de la prueba pericial, convirtiendo ésta en una prueba documental a los efectos de su valoración probatoria. Sea como fuere, esa singular metamorfosis conceptual, al margen de las censuras dogmáticas que pueda sugerir, encierra un mandato legislativo plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

Al margen de lo anterior, tiene razón la Sala de instancia cuando afirma que la omisión del Ministerio Fiscal al incluir en la relación de folios de la prueba documental el informe de los peritos, fue suplida por la actitud procesal de la defensa de los imputados, que en su escrito de oposición, propuso como prueba documental “... la totalidad de los folios de las actuaciones”. Con ello se integró en el acervo probatorio a valorar por el órgano jurisdiccional el informe pericial que hoy se cuestiona. Así se desprende del llamado principio de adquisición probatoria, conforme al cual, la aportación de un medio de prueba por cualquiera de las partes aprovecha a las restantes, con independencia de las reglas referidas a la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, el Tribunal “a quo” no tiene obligación de prescindir de un elemento de prueba que perjudica el imputado por el hecho de que haya sido su defensa la que —sin estar obligada a ello con arreglo a las normas sobre carga de la prueba— haya decidido su introducción en el plenario.

El motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 de la LECrim.).

(...)

Tercero.—El Ministerio Fiscal formaliza un motivo único, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por falta de aplicación de los arts. 368 y 370.3 del CP. Estima la acusación pública que la Sala de instancia debió aplicar el subtipo agravado previsto en el art. 370.3 del CP, redactado conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el primer día de octubre de 2004.

En él se prevé la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 del CP cuando “las conductas descritas [...] fuesen de extrema gravedad”, añadiendo 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 art. 369.1”.

La Sala de instancia ha rechazado la aplicación del subtipo agravado al entender que, para ello, habría sido preciso que dicha cantidad de hachís alcanzara al menos la cantidad resultante de multiplicar por mil los dos kilos y medio en los que se cifra el umbral de la notoria importancia en relación con aquella sustancia, conforme a la jurisprudencia anterior a la referida modificación legal. Añade el Tribunal *a quo* que, al margen de la cantidad, no existen otros datos que justifiquen la aplicación de la hipergavación, “... pues los acusados no parecen ocupar un puesto de verdadero dominio del hecho dentro de lo que aparenta ser sólo una organización de apoyo a la principal y que trabajan con unos medios materiales escasos y previamente sustraídos”.

El Ministerio Fiscal, con apoyo en una minuciosa y elaborada cita de precedentes jurisprudenciales, sugiere un pronunciamiento de esta Sala que —acorde con el criterio fijado por la Circular 2/2005, de la Fiscalía General del Estado— establezca como módulo para la aplicación del subtipo previsto en el art. 369.3 del CP una cantidad de sustancia estupefaciente que sea quinientas veces superior al límite acordado en nuestro anterior Pleno de 19 de octubre de 2001 para apreciar la agravación de notoria importancia.

El motivo no puede ser estimado.

En principio, tiene razón el Fiscal cuando rechaza la línea argumental de la Sala de instancia que erige como presupuesto para la aplicación del tipo agravado, más allá de los parámetros cuantitativos, la necesidad de que los imputados ocupen un puesto relevante en la organización llamada a la distribución clandestina de la droga. No hay en la nueva regulación apoyo para esa pauta interpretativa *contra legem*. En efecto, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 15 de noviembre, el legislador ha configurado una hiperagravación de clara significación cuantitativa. Así se desprende del tenor literal del art. 370.3.º, cuando construye la agravación a partir de la cantidad de sustancia intervenida, que ha de exceder notablemente de la considerada como de notoria importancia.

Decíamos en nuestra STS 75/2008, de 3 de abril, que las críticas doctrinales formuladas, con carácter general, a la excesiva amplitud de la fórmula jurídica previgente —que no precisaba qué había de entenderse por extrema gravedad, con el consiguiente riesgo para los 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 del CP los supuestos que justifican la concurrencia de estos tipos superagravados. Entre ellos se incluye la agravación basada en el volumen del alijo, esto es, cuando la cuantía de la droga aprehendida desborde de forma visible los estándares de notoriedad que ya sirven para aplicar la agravación descrita en el art. 369.6.º del CP. Es lógico que cuanto mayor sea la capacidad ofensiva para el bien jurídico tutelado, más intensa deba ser también la respuesta penal para esa conducta.

La STS 45/2008, de 29 de enero, ha examinado la incidencia que la reforma ha de conllevar en nuestra jurisprudencia. Y es que la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre 2004, y que es por tanto aplicable a los hechos enjuiciados, lleva necesaria-

mente a adoptar un criterio distinto. Efectivamente el legislador, al trasvasar el párrafo antes citado del art. 370 al apartado 3.º del precepto en su redacción actual, 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, lo cual, cuando se trata de que la cantidad exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia, ocurre si es mil veces superior a la limítrofe entre la cantidad que lleva a aplicar el tipo básico y la que justifica la aplicación del artículo 369.6.º como indica la STS 410/2006, de 12 de abril, resolución que igualmente recuerda cómo el nuevo texto legal es el resultado de la exigencia social determinante de la modificación legislativa frente al texto anterior que recurría, además de a la gran cantidad de droga, a otras circunstancias añadidas como las que antes hemos indicado; debiendo observarse a mayor abundamiento que, si bien es cierto que algunas sentencias del Tribunal Supremo sostenedoras del criterio, otrora vigente, son posteriores a la entrada en vigor de la redacción actual de la norma, también lo es que dichas resoluciones tienen por objeto hechos acaecidos antes de dicha entrada en vigor, siendo esta la razón de que apliquen la redacción anterior y los criterios que eran inherentes a la misma.

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 núm. 2/2005, de 31 de marzo y representa hoy una línea jurisprudencial plenamente consolidada (cfr. SSTs 789/2007, de 2 de octubre, 658/2007, de 3 de julio, 631/2007, de 4 de julio y 658/2007, de 3 de julio).

No escapan a la Sala los riesgos de una interpretación aferrada a una dimensión ex-

clusivamente cuantitativa. De hecho, una mal entendida fidelidad numérica podría producir un efecto contrario al que se pretende, ayudando a la desnaturalización del significado y alcance de la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 de la CE). Advertido ese peligro que, en no pocos casos, obligará a una modulación de aquellas cuantías en atención a otras circunstancias absolutamente excepcionales, lo cierto es que la realidad legislativa resultante de la reforma de 2003 define un espacio típico en el que se priman las razones cuantitativas sobre cualquier otra consideración. Y es en esa porción de injusto en la que ha de moverse la labor de complementación que el art. 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia.

El criterio del Fiscal, favorable a la aplicación de la hipergravante del art. 370.3.^º del CP siempre que la cantidad de droga intervenida sea quinientas veces superior a la fijada por esta Sala como referencia para la apreciación del subtipo agravado de notoria importancia, no puede ser avalado. Es cierto que esta Sala fijó en su Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 el módulo cuantitativo de las quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio. Sin embargo, utilizar el mismo valor para fijar la procedencia de la hipergravación puede conducir a un resultado nada satisfactorio, con el riesgo añadido de quebrantar un elemental sentido de la proporcionalidad. Y es que lo que sirve para determinar el concepto de notoria importancia no puede servir también para fijar lo extremadamente grave. Dicho con otras palabras, la extrema gravedad no puede identificarse con la notoria impor-

tancia. La significación gramatical de aquellos vocablos invita a rechazar la asimilación valorativa que se sugiere en el recurso. En efecto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia lo notorio es lo importante, aquello de lo que puede predicarse su relevancia. Sin embargo, lo extremo es lo que está en su grado más intenso, elevado o activo o, en otra de las acepciones, aquello que resulta excesivo, sumo, exagerado.

Esa diferencia cualitativa ha de traducirse en una distinta significación cuantitativa. De ahí que la Sala estime adecuado que, mientras para la determinación de la cantidad de notoria importancia, siga plenamente vigente el criterio de nuestro Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 —quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio—, la fijación de lo extremadamente grave se sitúe a partir de una cuantía mil veces superior a la estimada como notoriamente importante.

Conforme a esta idea, hemos de concluir que si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de notoria importancia (cfr., entre otras, SSTS 657/2003, de 9 de mayo; 2345/2001, de 10 de diciembre, y 2055/2001, de 8 de noviembre), parece obvio que la cantidad intervenida en el presente caso —2.250 kilogramos— no supera en mil veces aquella cuantía. Y no la alcanza porque faltan casi 250 kilos de hachís, suma nada despreciable cuando de lo que se trata es de aplicar el tipo hiperagravado.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del recurso del Fiscal (art. 885.1 de la LECrim.).

Sentencia 555/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2008

AUTO DE CONCLUSIÓN DEL SUMARIO. REVOCACIÓN

Arts. 24 CE; 627 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del de defensa por inadmisión de prueba causante de la nulidad de actuaciones al no haberse pronunciado el Tribunal de instancia sobre la petición de revocación del auto de conclusión del sumario para la práctica de nuevas diligencias realizada por la defensa del procesado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Se denuncia aquí que no se permitió al acusado formular su escrito de defensa, en el que tenía previsto hacer alegaciones sobre su grado de imputabilidad y la consiguiente disminución de su responsabilidad penal.

Pero para exponer el alcance que ha de tener esta resolución, en relación con lo manifestado con el Ministerio Fiscal en el párrafo último de su contestación a este motivo 4.º que apoya, para una mejor comprensión del problema suscitado, es necesario que hagamos una exposición de aquellos trámites del procedimiento relacionados con tal problema, partiendo de que, como pone de manifiesto la mencionada acusación pública, nos encontramos con un procedimiento ordinario en el que hubo una confirmación del auto de conclusión del sumario correspondiente con olvido de lo que había alegado la defensa que había pedido la revocación de dicho auto.

2. En síntesis, los trámites que aquí interesa destacar fueron los siguientes:

1.º Al final de sumario (folio 211) hay un informe del médico forense don Eduardo quien, tras haber examinado al procesado Pedro, dice que este tiene sólo los estudios básicos, un nivel de inteligencia dentro de la normalidad, con un lenguaje coherente y fluido y sin alteraciones psíquicas ni delirios ni alucinaciones. Tal examen médico fue ordenado y se hizo el mismo día en que el Sr. Juez de Instrucción le había escuchado en su declaración indagatoria.

2.º Ya en el rollo de la Audiencia Provincial, a los folios 5 a 8, aparece un escrito de la defensa de dicho procesado en que pide la revocación del auto de conclusión del sumario con la consiguiente reapertura para que el Juzgado de Instrucción ordene un examen pericial sobre si dicho Pedro sufre alguna alteración psíquica, tras la realización de las pruebas y entrevistas que sean precisas (...).

3.º Al folio 11 vto. el Ministerio Fiscal pide la confirmación del auto de conclusión

del sumario y al 28 la representación de la entidad pública que actuaba como acusadora manifiesta haber quedado instruida de la causa sin interesar la revocación de dicho auto, razón por la cual la Audiencia Provincial dictó auto acordando dicha conclusión. Dejamos dicho aquí que en este mismo auto se dice que “por la parte acusada se ha interesado la práctica de prueba anticipada”, lo que se deniega “por no ser el momento procesal oportuno”.

4.º Tras el trámite de calificación provisional de las partes acusadoras (folios 34 y ss., 42 y 48 y ss.) al 56 consta una diligencia de ordenación de 18 de enero de 2007 que da por transcurrido el plazo concedido a la defensa, por lo que dice que se entiende que no está conforme con las calificaciones de las acusaciones, añadiendo que se proceda a la devolución del escrito de la procuradora D.ª Maribel Juan Danús al no haberse personado en la causa.

5.º Una vez dictado auto sobre señalamiento y admisión de pruebas para juicio oral, la mencionada procuradora, designada por Pedro, se persona en las actuaciones (f. 90) y presenta escrito en el que propone una serie de pruebas, todas referidas a la situación mental del procesado (fs. 97 y 98), adjuntando un informe de un médico especialista en psiquiatría que dice, entre otras cosas, padecer este señor “oligofrenia borderline (fronteriza)” —folios 99 a 201—.

6.º A continuación (f. 102) hay una providencia que tiene por propuesta la prueba solicitada en tal escrito, dejando para el inicio del juicio oral resolver sobre su admisión o inadmisión.

7.º Al comienzo de dicho juicio se vuelve a proponer prueba pericial psiquiátrica sobre Pedro, se oponen el Ministerio Fiscal y partes acusadoras y el tribunal, tras suspender el acto para deliberación, acuerda rechazar tal prueba, con la consiguiente protesta de la defensa (folio 108).

8.º Finalmente, en la 2.ª sesión del plenario, en la fase de la prueba documental, el Ministerio Fiscal señala entre otros, el men-

cionado folio 211 del sumario (informe forense sobre el procesado), que se tiene por leído con la conformidad de todas las partes.

3. A la hora de determinar las consecuencias jurídicas que han de derivarse de todo lo que acabamos de exponer, hemos de partir de un dato incontestable: la defensa del procesado quiso proponer prueba en relación con la situación psíquica de Pedro y no consiguió su propósito. Sólo tuvo acceso al juicio oral el informe del folio 211 del sumario realizado por el médico forense en el trámite de la prueba documental. Nadie puede negar al procesado su derecho a proponer prueba pericial sobre tal extremo, aunque ésta ya hubiera sido objeto de un informe médico forense, máxime cuando este informe se hizo sin intervención alguna de las partes.

Si no hubiera habido anomalía procesal alguna causante de tal falta de práctica de esa prueba, nada habría que objetar.

Pero es que, como bien ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal en su informe al apoyar este motivo 4.º (página 5), sí existió tal anomalía, consistente en el olvido de lo que había solicitado la defensa en orden a la revocación del sumario para la práctica de nuevas diligencias realizadas en los escritos de los folios 5 a 8 y 19 a 22.

En el auto del folio 29, por el que se confirmó la conclusión del sumario acordado por el Juzgado de Instrucción, se resolvió sobre esta petición de revocación solicitada por la defensa del imputado denegándola de modo erróneo, pues se consideró esa petición como relativa a la práctica de prueba anticipada con el argumento de que no se había realizado en el momento procesal oportuno.

Al respecto hemos de recordar que, a partir de una STC, la conocida 66/1989, el art. 627 de la LECrim., norma preconstitucional, ha de ser objeto de una interpretación integradora. Tal norma procesal manda pasar los autos al Ministerio Fiscal y después a la parte querellante para presentar escrito conformándose con el auto de conclusión

del sumario dictado por el juzgado o para pedir la práctica de nuevas diligencias. Y la mencionada sentencia dispone que ese traslado debe hacerse también a las defensas de los imputados ante “la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa”, a la vista de lo dispuesto en el art. 24.2 de la CE, “para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias...”.

A la vista de tal doctrina, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca tenía que haberse pronunciado sobre esa petición de revocación del auto de conclusión del sumario. No haberlo hecho así constituye, en primer lugar, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y también del relativo al derecho de defensa por inadmisión de pruebas, que es lo que en definitiva se de-

nuncia en este motivo 4.º literalmente en su encabezamiento.

Como ya dijimos al principio, por exigencias del respeto debido a esos derechos fundamentales de orden procesal, recogidos en el art. 24.1 y 2 de la CE, procede acceder aquí a la petición de declaración de nulidad de actuaciones formulada por el Ministerio Fiscal con revocación del auto de fecha 13 de octubre de 2006 (folio 29) para que la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se pronuncie sobre la petición de revocación del auto de conclusión del sumario para la práctica de diligencias, realizada en el escrito de los folios 5 a 8 del rollo del tribunal de instancia, siguiéndose luego todos los trámites hasta dictar sentencia. Actuará en esta nueva parte del procedimiento una sala integrada por magistrados diferentes de aquellos que dictaron el mencionado auto de 13 de octubre de 2006 o la sentencia impugnada en este recurso.

Sentencia 570/2008, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2008

APROPIACIÓN INDEBIDA

Art. 252 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se recoge, con notable claridad, la doctrina jurisprudencial relativa a las dos modalidades de apropiación indebida, incorporadas al artículo 252 del Código Penal y a las que harían referencia, respectivamente, los verbos “apropiarse” y “distraer”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

En efecto la doctrina de esta Sala como son exponentes las sentencias de 12 de ma-

yo de 2000, 19 de septiembre de 2003, 2 de noviembre de 2004, 8 de junio de 2005, 18 de octubre de 2005, 11 de abril de 2007, 24 de junio de 2008, viene manteniendo que el artículo 252 del vigente Código penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación in-

debidamente: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

A) En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1274/2000, de 10 de julio, que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, “aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver” (SSTS de 31 de mayo de 1993, 1 de julio de 1997).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

B) En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS de 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/1998, de 26 de febrero, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS de 3 de abril y 17 de octubre de 1998).

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extrema fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, reci-

biendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995 (SSTS de 31 de mayo de 1993, 15 de noviembre de 1994, 1 de julio de 1997, 26 de febrero y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS de 7 de noviembre de 2005, 31 de enero de 2005, 2 de noviembre de 2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. (STS de 31 de enero de 2005).

En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distrac-

ción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

Sentencia 578/2008, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2008

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 21.6.ª Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Vulneración del principio acusatorio por inaplicación de la atenuante de análoga significación pese a que la acusación había postulado su calificación bajo la existencia de una atenuación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el tercer motivo denuncia el error de derecho por la inaplicación de las atenuantes previstas en el art. 21.1.^º o 21.6.^º del Código penal, es decir, la alteración de las facultades psíquicas del acusado que debieron merecer la atenuación que postula.

El motivo es apoyado por el Ministerio fiscal en su informe a la impugnación con un argumento relativo al principio acusatorio. En efecto, afirma el Ministerio fiscal que al haber planteado en el escrito de calificación la concurrencia de la atenuación del art. 21.6.^º, la de análoga significación a la prevista en el art. 21.1.^º en relación con la eximente del art. 20.1.^º del Código penal, el tribunal de instancia debió apreciarla en los términos que instó en la calificación absoluta.

El motivo será parcialmente estimado. No lo será en cuanto se postula la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1.^º del Código penal, pues el relato fáctico, en cuanto refiere que el acusado no tenía afectadas sus facultades psíquicas, presupuesto esencial de la atenuación prevista en el art. 21.1.^º en relación con la exención de enajenación mental. El hecho probado es claro y ningún error cabe declarar en orden a la aplicación de una atenuación cuyo presupuesto esencial es la alteración de las facultades psíquicas del acusado.

Sí será estimado en lo referente a la inaplicación de la atenuación de análoga significación del art. 21.6.^º del Código penal. En primer lugar porque aunque el acusado mantuviera sus facultades psíquicas sin afectación, el relato fáctico sí refiere que “presenta rasgos paranoides en su personalidad”, lo que tampoco comportaría esa atenuación al tratarse de un trastorno de la personalidad insuficiente para la declaración de atenuación que se postula, pero sí al añadirse que ese trastorno le estimula a la realización de actos violentos “tras la situación de

tenión mantenida con sus familiares y muy nervioso”, pues el trastorno que se le diagnostica se concreta en el hecho por la tensión previa y el estado de nerviosismo que se declara probado. Además, esa circunstancia fue planteada por la acusación pública, única en el juicio oral, que postuló una calificación acusatoria bajo la concurrencia de la atenuación. El principio acusatorio se integra en nuestro ordenamiento procesal penal como presupuesto básico del enjuiciamiento penal. Sin una proclamación constitucional explícita, el art. 24 de la Constitución recoge las manifestaciones de su contenido esencial. Así, el derecho de defensa, el de ser oído, el de conocer la acusación planteada, etc., principios que se manifiestan tanto en la sentencia, observando la debida congruencia entre acusación y fallo, como en el enjuiciamiento y en la propia instrucción de la causa, asegurando un proceso penal con vigencia de los principios básicos del enjuiciamiento penal como la igualdad de las partes procesales y de las armas empleadas, la contradicción efectiva y, en definitiva, el derecho de defensa.

De acuerdo a precedentes jurisprudenciales de esta Sala una manifestación principal del acusatorio es que el órgano enjuiciador no pueda realizar una subsunción distinta de la postulada por la acusación a salvo, claro está, los supuestos de homogeneidad delictiva, pues esa resolución jurisdiccional, aún amparada en el principio *iura novit curia*, lesionaría el derecho del acusado a conocer la acusación con carácter previo al enjuiciamiento de una conducta para así posibilitar su defensa. La jurisprudencia de esta Sala al analizar el contenido esencial del principio acusatorio lo ha anudado al derecho de defensa. El escrito de calificación, de la acusación y de la defensa, integran el objeto del proceso en el momento del enjuiciamiento. Concretamente, el escrito de acusación limita el objeto del proceso de manera que el acusado, que conoce el contenido de ese es-

crito, limita su defensa al contenido de la acusación, sin que pueda esperar del tribunal una calificación distinta a la postulada por la acusación, que representa el interés social, en el caso del Ministerio fiscal, o el particular del perjudicado. Así, si la acusación centra el objeto del proceso con la existencia de una atenuación, la defensa ya da por supuesto su concurrencia sin que deba plantear una actuación de defensa, postulan-

do su concurrencia, previendo una hipotética actuación del tribunal en sentido contrario al expuesto por la acusación, pues esa actuación del tribunal lesiona el derecho de defensa del acusado quien conocía que la atenuación de la responsabilidad ya aparecía en el objeto del proceso planteada por la acusación y era un extremo no necesitado de prueba.

Sentencia 614/2008, Sala de lo Penal del TS, de 1 de octubre de 2008

PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS CONEXAS A ALGÚN DELITO

Arts. 131.2 Código Penal; 14.3 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia del problema de la prescripción de la falta conectada a un delito, analizando las posibles hipótesis y su respectiva solución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Denuncia genéricamente la recurrente, por infracción de ley, la prescripción de las faltas, sin cita de precepto casacional alguno. Se refiere tan sólo al artículo 14.3 de la LECrim., en el inciso correspondiente al enjuiciamiento conjunto de delitos y faltas, “cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos”. Por tanto, lo que suscita es la falta de prescripción de las faltas por las que ha sido condenada junto con el delito por el que se condena al coacusado que ha consentido la sentencia de la Audiencia, admitiendo no obstante que no cabe aplicar el plazo de prescripción autónomo de una falta cuando los hechos se instruyen conjuntamente con

otros que pueden ser constitutivos de delito, doctrina que ha acogido con reiteración la Jurisprudencia de la Sala Segunda (SSTS 592/2006 o 311/2007, entre las más recientes, donde se citan abundantes precedentes).

Efectivamente, en primer lugar, las faltas prescriben a los seis meses (artículo 131.2 del CP) desde la fecha de comisión hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, sin que pueda afectar a la misma la presentación posterior a los seis meses de una querrela por supuesto delito o incluso la deducción posterior de un testimonio, pues la falta habría prescrito ya por el transcurso del plazo previsto en el Código Penal, luego la responsabilidad ha quedado ya extinguida. Ello significa que si la sentencia definiti-

va declarase el hecho falta se considerará prescrito porque ya lo estaba cuando el procedimiento se inició. En segundo lugar, si el procedimiento se sigue por delito y el mismo ha interrumpido el término de prescripción de la falta, habrá de estarse al título de imputación por delito, no actuando en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas, invocándose razones de seguridad jurídica y el principio de confianza, aun cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta. Esto es lo que sucede en el caso de autos y por ello el plazo de prescripción no había transcurrido cuando se iniciaron las diligencias para investigar un delito de lesiones.

Cuestión distinta es la relación entre la infracción por delito y las faltas y su enjuiciamiento conjunto. El artículo 14.3 de la LECrim. señala, es cierto que en materia de competencia, que el órgano que debe enjuiciar los delitos también lo hará por las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas,

cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos. Pues bien, no puede negarse la relación entre las infracciones investigadas que se desarrollan en un mismo tiempo y espacio, siendo verdaderamente una acción conjunta. Desde el punto de vista material, incluso en el hecho probado se afirma que la hoy acusada “aprovechó el momento de la confusión que se creó, para marcharse del lugar con el carro de la compra con toda la mercancía...”. El coacusado ha sido también condenado no sólo por un delito y una falta de lesiones sino por una falta de estafa en grado de tentativa. Desde el punto de vista procesal, porque la prueba es verdaderamente inescindible en un supuesto como el presente. Todo ello significa que no era susceptible jurídicamente de romperse la unidad de la causa deduciendo de la misma el testimonio del juicio de faltas para su conocimiento por el Juzgado de Instrucción.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 566/2008, Sala de lo Penal del TS, de 2 de octubre de 2008

INDEFENSIÓN. NULIDAD DEL JUICIO ORAL

Arts. 24 CE; 746.4.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Nulidad de actuaciones declarada por la Sala ante la indefensión causada a la acusación particular por virtud de la celebración del juicio oral sin la presencia de su abogado, mediando causa de justificación

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso de casación interpuesto por la Acusación particular se articu-

la por infracción de Ley y doctrina legal fundado en el art. 849.1 y 2 de la LECrim. e infracción de preceptos constitucionales, fundado en el art. 24.2 de la CE, al entender

que al dictarse sentencia absolutoria a favor de Braulio, se ha producido una efectiva y verdadera indefensión, con vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, por no acceder a la nulidad de la vista oral celebrada sin la comparecencia de un letrado por haber tenido éste un accidente de tráfico, horas antes de la vista, que le impidió acudir a la misma.

El motivo, si bien no puede ser estimado por infracción de los arts. 849.1 y 2 de la LECrim. ya que, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de 29 de enero de 2008, ni lo desarrolla el recurrente ni se encuentra desde esta perspectiva infracción de precepto penal sustantivo alguno ni error de hecho en la valoración de la prueba, debe prosperar en cuanto la infracción de precepto constitucional, tal como expresamente solicita el Ministerio Fiscal en el referido escrito, en cuanto se ha producido indefensión material en la acusación particular con merma de su derecho a la tutela judicial efectiva.

(...)

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 de la LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 de la CE sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

A) Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa (...).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una

carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

B) Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. (...).

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Segundo.—Desde similar perspectiva el principio de contradicción se encuentra directamente vinculado a la estructura del proceso, con el resto de los principios y garantías procesales y, en consecuencia, viene a ser un requisito de ineludible observancia para la efectiva realización de todo el conjunto de las garantías del proceso, e implica para el órgano jurisdiccional la obligación de evitar desequilibrios en cuanto a la respectiva posición de las partes, o en cuanto a las posibles limitaciones en el derecho de defensa, alegaciones y prueba (...).

Como corolario de lo hasta aquí expuesto debemos reiterar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1

de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa “que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses” (SSTC número 112/1987, de 2 de julio; 114/1988, de 10 de junio; 237/1988, de 13 de diciembre; 143/2002, de 18 de junio), por sí mismo (autodefensa) o con la asistencia de letrado, si optasen por esta posibilidad, a la misma fuese legalmente impuesta (STC 29/1995, de 6 de febrero; 143/2001, de 18 de junio).

Precisamente, la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases de todo el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

Tercero.—Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso presente, como necesarios presupuestos fácticos hemos de destacar:

1) Que el juicio oral de la presente causa se celebró el 10 de abril de 2007, y el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas consideró que los hechos no eran constitutivos de infracción penal e interesó la absolución del procesado Braulio.

La Acusación Particular, de Julia, que en sus conclusiones provisionales había calificado los hechos como constitutivos de un

delito de agresión sexual del que era autor dicho procesado, sin concurrencia de circunstancias modificativas, solicitando una pena de 10 años prisión, accesorias, indemnización de 60.000 euros y costas, no compareció a la vista del juicio oral.

2) Dicha acusación particular mediante escrito de 12 de abril de 2007, solicitó la nulidad de la vista celebrada, alegando que su letrado había sufrido el mismo día de la vista un accidente de circulación que le impidió asistir a dicho acto.

Solicitud de nulidad, a la que no se opuso el Ministerio Fiscal y sí la defensa del procesado, que fue denegada por auto de fecha 28 de junio de 2007, por cuanto en primer término, no se aportó atestado, ni prueba objetiva alguna de la realidad del accidente de circulación, ni mucho menos de la fecha en que eventualmente pudo producirse, infiriéndose del certificado médico aportado únicamente que el letrado fue asistido el día del señalamiento por esguince cervical y que refirió al profesional que lo suscribe que tal menoscabo se había producido en accidente de circulación, lo que no justifica la veracidad de tal afirmación, ni descarta otras posibles etiologías, máxime cuando, al parecer, el enfermo acudió directamente o por sí mismo a la consulta del facultativo, sin que conste la intervención de ambulancia o vehículo asistencial alguno que acudiera al lugar del alegado siniestro.

En segundo lugar porque no cabría olvidar que, aun si se estimara acreditada la hipótesis referenciada, de las fotografías del vehículo aportadas por la parte instante de la nulidad, se infiere que el pretendido impacto, en su caso, debió de ser de muy escasa consideración, atendida la levedad de los resultados, destacando también que el propio peticionario señaló en el escrito y presentado ante la Sala que la colisión tuvo lugar a las ocho de la mañana del día del juicio, estando el mismo señalado a las diez y no habiéndose dado comienzo al plenario, a la espera de que se personara dicho acusador, hasta las 11 horas, habiéndose contactado previamente con la procuradora de dicha

parte, la cual manifestó desconocer las razones de la incomparecencia del letrado; debiendo ponerse en relación la hora invocada como de acaecimiento del siniestro con la de inicio del juicio y con la entidad de los menoscabos objetivados al profesional, el cual no consta que quedara incapacitado para moverse por sí solo, ni mucho menos en estado que le hubiera impedido hacer una simple llamada telefónica (o interesar que otra persona la efectuara), para comunicar tempestivamente al Tribunal (o a su procuradora) la solicitud que se alega como causa de nulidad y solicitar a tiempo la suspensión, de modo que el hecho de que se celebrara el acta en su ausencia, en cualquier forma, sería imputable a su propia desidia, lo que impide la prosperabilidad de dicho pedimento de nulidad excluyéndose todo atisbo de indefensión material que pudiera sostener dicha Acusación Particular.

3) Con fecha 13 de julio de 2007, se dictó la presente sentencia absolviendo al procesado, en virtud del principio acusatorio que rige el proceso penal, al no haberse formulado en el plenario acusación alguna contra el mismo, por haber interesado el Ministerio Fiscal la absolución y no haber comparecido la acusación particular, al juicio oral para elevar a definitivas las conclusiones provisionales, pronunciamiento no causante de indefensión a dicha parte acusadora, reproduciendo las razones expuestas por la Sala en el auto de 28 de junio de 2007, que denegó la solicitud de nulidad (Fundamento de Derecho primero).

Esta Sala casacional no puede compartir tal argumentación.

Consta en las diligencias un certificado médico de la Dra. Gloria de la misma fecha del día señalado para la celebración del juicio oral en el que refiere que “Jesús María ha sido atendido por mí en el día de la fecha, tras sufrir accidente de tráfico, apreciándose la existencia de un esguince cervical que le provocaba cervicalgia intensa, mareos, náuseas y vómitos, por lo que fue remitido a los servicios sanitarios de la Seguridad Social,

para seguimiento y trámite de incapacidad temporal”.

Certificado que se ha complementado por un segundo certificado de la misma Doctora elaborado el 19 de octubre de 2007, que especifica y aclara: “que el 10 de abril de 2007 presencié un accidente de tráfico en la calle Eboro s/n, a las 8:00 horas de la mañana, atendiendo en el lugar de los hechos al conductor del vehículo D. Jesús María, quien aquejaba de intenso dolor en región cervical con mareos, náuseas y vómitos y dado que estaba conmocionado y un tanto confuso avisé a un familiar para que se hiciera cargo del mismo, por considerar que no podía reemprender la marcha en el vehículo, precisando vigilancia y valoración por los servicios sanitarios correspondientes”.

Así está unido a las actuaciones reportaje fotográfico de los desperfectos sufridos por el vehículo del letrado D. Jesús María, y partes de baja del mismo elaborados por su médico de cabecera de la Seguridad social, y de asistencia y seguimiento emitidos por la Dra. Cristóbal, en orden que D. Jesús María estuvo 24 días de baja.

Siendo así, aun admitiendo que en el momento de la celebración del juicio oral las razones de la incomparecencia del letrado de la acusación particular no eran conocidos por el Tribunal, por lo que si bien, tal como apuntó en su informe el Ministerio Fiscal, lo más prudente ante esa incomparecencia e inexistencia alguna de acusación en este procedimiento, hubiera sido acudir a la suspensión del juicio oral por la causa prevista en el art. 744.4 de la LECrim. en lugar de la celebración de un juicio sin acusación —la decisión en sentido contrario acordando la continuación del juicio, no vulneró derecho fundamental alguno, lo cierto es que una vez puestas en conocimiento aquellas causas de la incomparecencia— a los dos días de la celebración del juicio y antes del dictado de la sentencia, que se demoró más de tres meses como quiera que el art. 24 de la CE ha consagrado y elevado a una protección superior la proscripción de toda indefensión y

el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, que como ya innumerables veces se ha repetido en la doctrina de esta Sala, se satisface mediante la posibilidad de acceso al proceso a quienes tengan un derecho o un interés jurídicamente tutelado, el hecho de mantenerse por el Tribunal de instancia en el auto de 28 de junio de 2007, la validez del juicio oral celebrado sin la presencia de la acusación particular, privándole así de la posibilidad de mantener en el acto del plenario el ejercicio de sus derechos mediante la intervención en tan relevante acto procedimental, entrañó una grave mengua a su derecho a no sufrir indefensión alguna y a la vez determinó una imposibilidad de impetrar la protección de los órganos judiciales mediante su ejercicio en el juicio correspondiente.

Por ello el motivo debe ser acogido con el efecto derivado de decretar la nulidad de todo lo actuado desde la celebración de la vista del juicio oral, con nuevo señalamiento para llevarlo a efecto con Tribunal distinto del que ha dictado la resolución recurrida,

dado que en este extremo las consideraciones efectuadas por aquel Tribunal sobre las limitaciones del art. 728 de la LECrim. y el ámbito de aplicación del art. 729.2 de la LECrim. en orden a la no proposición como prueba de la testifical de la víctima (Fundamento Jurídico segundo) e incluso la valoración que efectúa de la declaración de ésta en la fase instructora (Fundamento Jurídico tercero), suponen que ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* que le hace perder las garantías de la imparcialidad objetiva, por cuanto desde un plano de legitimación la postulación procesal y correlativa reacción punitiva no corresponde al Tribunal sentenciador sino a las acusaciones en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, por aplicación del principio acusatorio que condiciona al Tribunal en el sentido de ser inviable la condena si nadie acusa en dicho momento procesal de forma expresa, no siendo factible la acusación implícita ni tácita, por lo que ante la falta de acusación debió haberse limitado a dictar sentencia absolutoria.

Sentencia 575/2008, Sala de lo Penal del TS, de 7 de octubre de 2008

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE ANALÓGICA

Art. 21.6.^ª Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Doctrina jurisprudencial en torno al alcance de la circunstancia atenuante analógica, prevista en el artículo 21.6.^ª del Código Penal y su posible apreciación como muy cualificada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—Efectuada esta consideración previa habrá que recordar la doctrina gene-

ral de esta Sala sobre el sentido y requisitos de la atenuante por analogía.

Así hemos declarado en sentencias 20 de diciembre de 2000, 2 de julio de 2001 y 21

de junio de 2007 que para que una atenuante pueda ser estimada como analógica, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdénando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delinquentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998).

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos

para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28 de enero de 1980 (SSTS de 27 de marzo de 1983, 11 de mayo de 1992, 159/1995, de 3 de febrero, lo mismo en SSTS de 5 enero de 1999, 7 de enero de 1999, 27 de enero de 2003, 2 de abril de 2004).

No parece en todo caso que la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.6.^a del Código penal sirva como una cláusula general de individualización de la pena que ajuste ésta a la verdadera culpabilidad del sujeto activo del delito, al menos como doctrina uniforme de esta Sala Casacional. Eso, sin embargo, es lo que ha perseguido la Sala sentenciadora cuando ha construido una circunstancia atenuante analógica en base a las graves consecuencias que para la salud del acusado tuvo la ingesta de los cuerpos que contenían sustancia estupefaciente, lo que opera como *poena naturalis* constituyendo un castigo extrapenal que no puede obviarse so pena de aplicar una pena desproporcionada en atención a las circunstancias del culpable; construcción ésta que si bien busca una mayor proporcionalidad de la pena, se atribuye una discrecionalidad que no le ha concedido el legislador. Precisamente la ley penal expresa lo contrario en el art. 4.3 del Código penal cuando dice que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto penal aplicado o la concesión de indulto, “cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

Octavo.—Asimismo por atenuante muy cualificada ha entendido esta Sala, por ejemplo SS 493/2003, de 4 de abril y 875/2007, de 7 de noviembre, aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado (SSTS de 30 de mayo de 1991, 26 de marzo de 1998, 19 de febrero de 2001).

Tratándose, además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la Sentencia 1846/1994, de 24 octubre, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de “duplicada”.

En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados —sentencia citada de 29 de octubre de 1986— y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación —sentencia de 22 de septiembre de 1990—, habiendo señalado la sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso: 1.º Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente. 2.º Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso, de manera que tan solo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas (STS 26 de marzo de 1998, ATS 5 de abril de 2000).

Noveno.—(...)

A partir de esta base fáctica, la sentencia sostiene —como ya hemos indicado *ut supra*— que esas graves consecuencias que para su salud tuvo la ingesta de los cuerpos que contenían sustancia estupefaciente, deben dar lugar a la apreciación de oficio de una atenuante analógica del art. 21.6.ª, como muy cualificada; pues si bien es verdad que la apreciación de la misma entraña cierta dificultad al no poder establecerse una analogía con ninguna de las atenuantes especialmente definidas en el art. 21 del CP, tal circunstancia se da también en el caso de la atenuante de dilaciones indebidas, lo que no impide su apreciación con apoyo en una disminución de la culpabilidad y pese a que en los motivos de tal atenuación aparecen con posterioridad a la comisión del hecho y al margen del sujeto que lo comete; afirmando en definitiva que “las circunstancias mencionadas no pueden dejar de tenerse en cuenta y que operan como *poena naturalis* tal y como se apreció por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de octubre de 2002, a la hora de individualizar la pena. Ninguna duda cabe que, el estar a la puerta de la muerte, como consecuencia de los hechos que han determinado una condena, constituye un castigo extrapenal que no puede obviarse so pena de aplicar una pena desproporcionada en atención a las circunstancias del culpable, lo que pesa más que las consideraciones técnico jurídicas.

En realidad, el Tribunal “a quo” recupera una tesis doctrinal que, partiendo de que la analogía o afinidad a que se refiere el art. 9.10 del CP de 1973 (hoy, art. 21.6.ª del CP vigente) se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, ni a la identidad de significado externo, sino a la semejanza de valor o de sentido, llega a afirmar que la “análoga significación” se ha de establecer a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto global, y en algún caso se ha sostenido que la analogía podría basarse en la totalidad del Ordenamiento Jurídico o, incluso, en el Derecho natural. Sin embar-

go, esta corriente ha quedado superada por la actual y mayoritaria doctrina de esta Sala —STS 806/2002, de 30 de abril— que requiere para la apreciación de la atenuante analógica, la confrontación de los hechos de análoga, parecida o semejante significación al contenido de las atenuantes que, como típicas, se contienen en el texto penal, puesto que la analogía, parecido o similitud ha de tener un término comparativo que excluya la creación de una figura de atenuante incompleta *extra legem*, máxime cuando, en la ejecución de la acción delictiva por el acusado no se observan razones objetivas o subjetivas generadas por una conducta post delictiva de aquél para apreciar en la misma una disminución de su responsabilidad que propiciara una minoración de la sanción a imponer, conforme a la Ley, en atribución moderadora e individualizadora de la pena, para acomodar ésta a la “culpabilidad del hecho delictivo (véanse SSTs de 9 de febrero, 14 de mayo y 21 de julio de 1993, y 4 de marzo de 1994).

Este criterio ha sido posteriormente desarrollado y ratificado en numerosas resoluciones de esta Sala, declarándose en la STS de 8 de noviembre de 1995 que la atenuante analógica exige para su apreciación, como primer requisito, una menor culpabilidad en la conducta del sujeto, a la normal al delito cometido, que tenga relación con las circunstancias atenuantes “específicas”, debiendo aparecer probados unos hechos de análoga o parecida significación a los que como típicos se contienen en el texto legal, debiendo efectuarse la comparación con especial flexibilidad, pues un extremado rigor conduciría a la ineffectividad, ya que lo que el legislador pretende es evitar los inconvenientes del sistema cerrado, procurando un ensanchamiento de la atenuación a través de una adecuada integración de los elementos que informan las circunstancias que pueden denominarse típicas.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 1999, entre otras, es exponente de esta corriente doctrinal, ya definitiva y pacífica-

mente asentada, y, tras señalar que la naturaleza, concepto y contenido de la atenuante analógica han sido objeto de estudio y preocupación por parte del Tribunal Supremo, sin duda por la importancia que para la responsabilidad criminal ha de tener una circunstancia “abierta”, reitera la necesidad de la semejanza “con alguna de las atenuantes del texto legal...”, de suerte que ante la invocación de una circunstancia atenuante analógica, deberá comprobarse si existe una verdadera semejanza o parecido entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado “y las que se exigen con carácter específico en el apartado correlativo a cada una de las atenuantes...”, específicamente definidas en el art. 21 del CP (STS de toda vez que los términos de la comparación a los que debe atenderse son “los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada...” de las que figuran enumeradas en el texto legal (STS de 18 de octubre de 1999). En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SSTs de 10 de mayo de 2000 y 27 de febrero de 2001.

La única posible excepción al criterio jurisprudencial que exige la correlación con alguna de las atenuantes típicas para aplicar la analogía del art. 21.6.^a del CP, es la que refiere la sentencia recurrida y establece esta misma Sala en los casos de las dilaciones indebidas del procedimiento no imputables al acusado que, además de la pena por el delito cometido, debe sufrir los males injustificados producidos por un proceso penal irregular que vulnera el derecho constitucional de aquél a ser juzgado sin indebidas dilaciones que consagra el art. 24 de la CE. En estos supuestos en los que la doctrina no deja de apreciar una relación de analogía con las atenuantes específicas 4.^a y 5.^a del art. 21 del CP, se trataría también de circunstancias posteriores a la comisión del delito, pero aquí empieza y acaba la similitud con el caso analizado, porque —sigue diciendo la STS 806/2002—, como es patente, los males generados por las dilaciones indebidas provienen de la lesión de un derecho funda-

mental del autor del ilícito que es atribuible al órgano jurisdiccional, de suerte que, constituyendo la pena una pérdida de esos derechos, la doctrina más moderna estima que las lesiones de derechos constitucionales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso que concluye con la imposición de la pena, deben ser abonadas a ésta como compensación reparadora del derecho constitucional infringido y soportado por el autor del hecho. En este sentido el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21 de mayo de 1999 acordó reconocer eficacia en la sentencia penal no condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a través de la circunstancia analógica recogida en el art. 21.6.ª del CP, manteniendo que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 de la CE, podrá producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio producido por el retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

Postura esta sentada en la jurisprudencia más reciente, por ejemplo SSTs de 1 de julio de 2004 y 7 de noviembre de 2007, que sobre la base del art. 4.4 del CP ha descartado que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, por lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el Derecho Fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4.ª y 5.ª del art. 21 del CP. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben conducirse a la atenuante analógica del art. 21.6.ª del CP.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 220/2008, AP TENERIFE, Sec. 2.^a, de 4 de abril de 2008

ACUSACIÓN Y DENUNCIA FALSA: DENUNCIA POR ALZAMIENTO DE BIENES
Arts. 248, 249, 250, 251 y 456 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Mulero Flores

SÍNTESIS

Al imputar de forma precisa y mendaz, con la denuncia ante la Guardia Civil, hechos concretos contra persona determinada, incurre en el delito de denuncia falsa, en la forma que describe el fundamento jurídico que extractamos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Del mismo modo los anteriores hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de acusación o denuncia previsto y penado en el art. 456.2 del CP como sostiene la acusación particular, siendo así que el acusado Sebastián presenta ante la Guardia Civil de Güímar denuncia contra D.^a Luisa por alzamiento de bienes, al señalar que había vendido la casa que garantizaba las letras aceptadas ante la Notario D.^a Ana M.^a Lavers, a sabiendas, que todo era un montaje

falsario para culminar su éxito depredatorio y poder quedarse con la casa de la isla del Hierro, incoándose Diligencias Previas, cuyo testimonio obra en las actuaciones, configurando el Tomo II folios 351 y ss., terminado por Auto de sobreseimiento de 5 de julio de 2004, obrante al folio 633, a petición del Ministerio Fiscal, concurriendo por tanto, todos y cada uno de los elementos definidores del tipo penal. Y es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el delito de acusación o denuncia falsa exige para su integración: 1.^o) una imputación precisa y categórica de

hechos muy concretos y específicos, dirigida contra persona determinada; 2.º) que tales hechos de ser ciertos constituirían una infracción penal; 3.º) la imputación ha de ser falsa; 4.º) la denuncia ha de presentarse ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, y 5.º) que exista intención delictiva, esto es, conciencia de que el hecho denunciado es delictivo o falso, es decir, que la acusación o denuncia se haya hecho con mala fe del sujeto activo, y en este sentido, la jurisprudencia ha exigido, como elemento subjetivo del tipo, la intención de faltar a la verdad, lo cual habrá de ser inferido de las circunstancias concurrentes, pues excluida la forma culposa, este delito sólo puede atribuirse a título de dolo, únicamente, cuando se pruebe o se infiera razonablemente que el sujeto llevó a cabo la acusación o denuncia con malicia, es decir, con conocimiento de

la falsedad o con manifiesto desprecio hacia la verdad (SS del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1987, 23 de septiembre de 1993 y 21 de mayo de 1997, entre otras).

Pues bien aplicando esta doctrina al caso de autos nos encontramos que de las diligencias practicadas en las actuaciones resulta fuera de toda duda, tal y como se ha razonado en anteriores fundamentos, con la seguridad y certeza que es exigible en el ámbito penal, que la denuncia formulada por el acusado en la que imputa a la Sra. Luisa el haber dispuesto de un bien inmueble en su perjuicio, pese a ser deudora de una abultada cantidad representada en los cambiales aceptados ante Notario, y no pagados, lo que como se ha señalado era radicalmente incierto, y evidencia el dolo específico y concreto de faltar maliciosamente a la verdad.

Sentencia 22/2008, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 8 de abril de 2008

ESTAFA: AGRAVANTES DE RECAER SOBRE COSAS DE PRIMERA NECESIDAD Y DE REVESTIR ESPECIAL GRAVEDAD POR SU CUANTÍA. PLAZAS DE GARAJE

Arts. 74, 248, 244, 250.1.6.º y 7.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz**

SÍNTESIS

Declara la Audiencia de Logroño que, en este caso de venta fraudulenta de plazas de garaje, no puede estimarse que las mismas puedan calificarse como cosas de primera necesidad o de reconocida utilidad social, a los efectos de integrar la agravación prevista en el apartado 1 del artículo 250 del Código Penal, ni tampoco — a efectos penales— que revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Determinado que los hechos son constitutivos de un delito continuado de estafa previsto en los arts. 74, 248 y 249 del Código Penal, debe resolverse si, además, tales hechos constituyen no ya el delito básico de estafa, sino el subtipo calificado o agravado de estafa, previsto, con carácter continuado previsto en los arts. 74, 248 y 249 y 250.1.6.º y 7.º del Código Penal, como en conjunto pretenden las acusaciones en sus respectivas conclusiones.

En primer lugar, debe determinarse si concurre la circunstancia agravatoria específica prevista en el primer número del art. 250 del Código Penal, alegada por la acusación particular formulada por la procuradora D.ª Ana Rosa Ramírez Marín, en representación de los perjudicados Guadalupe, Carlos Jesús, Gema, Pedro y Marisol, prevista en la primera regla del art. 250 del Código Penal: que las acciones ilícitas llevadas a cabo por los acusados recayeron sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

Como se desprende de STS 620/2004, de 4 de junio, la *ratio legis* de este subtipo agravado se halla en la necesidad de proteger la tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a bienes “cuasi primarios”.

En el presente caso se trata de plazas de garaje adquiridas por diversas personas, en algunos casos en número superior a una plaza, de modo que no puede entenderse que se trate de cosas de primera necesidad ni aun de bien de reconocida utilidad social, pues si por las primeras, conforme a STS 620/2004, de 4 de junio, debe entenderse aquellas de las que no se puede prescindir, es decir las necesarias para la subsistencia o sanidad de las persona como alimentos o medicamentos, es claro que las plazas de garaje de referencia no pueden ser incluidas dentro del concepto de cosas de primera necesidad.

En cuanto a la inclusión de las referidas plazas de garaje en el concepto de bien de

reconocida utilidad social, siguiendo el tenor de STS 981/2001, de 30 de mayo, tampoco puede entenderse que las mismas satisfagan fines colectivos sociales, como sería necesario para incluir dicho bien en la categoría de bien de reconocida utilidad social a que se refiere esta primera circunstancia agravatoria específica.

Incluso, en ambos casos, siguiendo el criterio de SSTS 862/2004, de 28 de junio y 297/2005, de 7 de marzo, las plazas no pueden incluirse dentro de esta primera circunstancia como cosas de primera necesidad o bien de reconocida utilidad social, a causa del interés inversionista determinado en la mayor parte de las adquisiciones de las plazas de garaje.

Quinto.—A) En cuanto a la circunstancia prevista en el número 6 del art. 250 del Código Penal, especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia (...).

También, la jurisprudencia ha variado y evolucionado en atención a la cuantía necesaria para apreciar esta agravante de notoria gravedad, especial gravedad así (...).

En el presente supuesto vistos los hechos fijados, y las diversas plazas adquiridas por cada uno de los perjudicados, incluido los casos en los que actuaban como mandatarios verbales Iván y Ángel, pues el dinero les había sido entregado por los adquirentes verdaderos, víctimas en cada supuesto del delito y perjudicados por el mismo, únicamente en las seis plazas adquiridas por Regina, números (...) se llegaría a esa cantidad máxima de seis millones de pesetas o treinta y seis mil sesenta euros con setenta y tres céntimos.

Asimismo, debe indicarse que además de esa posible evolución socioeconómica también deben sopesarse todas las condiciones concurrentes en el caso enjuiciado. Así en la referida STS 8/2008, 24 de enero, además de basar la apreciación de este subtipo agra-

vado en la cuantía económica se hacía referencia al hecho de que si la suma de las distintas cuantías insuficientes individualmente para la cualificación de especial gravedad en atención al valor de la defraudación, globalmente consideradas, permitía por la cuantía resultante apreciar esta gravación podría apreciarse la misma, según se debía interpretar lo dispuesto en el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, que lleva en su puesto en los que globalmente se supera la

cuantía de 36.060,73 euros, a apreciar la agravante prevista en el art. 250.1 del Código Penal, especial gravedad.

En este sentido se señala STS 318/2007, de 4 de abril, en los que se admite valorar en conjunto todas las cuantías de las defraudaciones, globalmente, para apreciar la agravante de referencia prevista en el art. 250.1.6.ª del Código Penal, especial gravedad, aun cuando individualmente cada acción no llegase al límite previsto.

Sentencia 58/2008, AP VALLADOLID, Sec. 4.ª, de 10 de abril de 2008

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL: CABEZAS RAPADAS. ABUSO DE SUPERIORIDAD. MÓVILES RACISTAS O DISCRIMINACIÓN IDEOLÓGICA
Arts. 22.2.ª y 4.ª, 173.1, 617 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Teresa González Cuartero**

SÍNTESIS

Tres individuos agreden a una menor, de forma física, empujándola hasta hacerla caer al suelo, dejándola boca abajo y sentándose uno de ellos encima, dándole tortazos, escupiéndola y, finalmente, grabándola una esvástica en el brazo. Confirma la sentencia de la Audiencia, junto con la tipificación de la conducta realizada por el Juzgado de lo Penal, la concurrencia de las circunstancias agravantes de abuso de superioridad y de motivos de discriminación referentes a la ideología.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos, por otra parte, se han calificado de modo absolutamente correcto. Concurren todos los requisitos del art. 173 del Código Penal.

Tres individuos agraden a una menor, de forma física, empujándola hasta hacerle

caer al suelo, dejándola boca abajo y sentándose uno de ellos encima, dándole tortazos, escupiéndola y, finalmente, grabándola la esvástica en el brazo, como se dice *a quo*, comenzando la vejación y humillación al saber los tres que la víctima es de ideología contraria. El informar que la víctima no sin-

tió terror es totalmente rechazable, no se sostiene, es evidente que tuvo pánico, no sólo porque ella lo relata, sino porque la situación es asumible totalmente. Y el acusado es autor de los mismos, como se acredita plenamente en juicio oral.

Él niega si quiera haber estado allí, esgrimiendo que se encontraba, en ese momento, en casa de un amigo suyo, lo que corrobora su novia, declaración que se valora *a quo* en su justa medida.

En el reconocimiento que hace de él Paloma el 27 de enero de 2006, sin que importe por qué fue al colegio La Salle, si por un motivo u otro, ni si Paloma acude regularmente a clase o no, estudie o no, en dicho reconocimiento, decimos, ya alegó que el acusado había cambiado de aspecto, ahora tenía mechás en el pelo, reconocimiento que ratifica Juan Ramón, en juicio oral, con quien Paloma ya no tiene relación, y ratifican, en juicio oral, los policías, que dicen que describa perfectamente al acusado, y por eso le localizan. Como ampliamente se expone *a quo*, este reconocimiento es plenamente válida. Dice el acusado que la tarde de los hechos estaba en casa de su amigo, pero no se ha traído a juicio ni al amigo ni a la hermana de éste, para que avalaran tal versión, sino que se trae a la madre, que hubo unas horas en que no estuvo en casa, y cuyo hijo, como ella sabe, también ha sido condenado por hechos similares al aquí enjuiciado.

Tercero.—Explica, asimismo, la juzgadora, pormenorizadamente las causas de acoger la agravante de abuso de superioridad, basándose en que no era absoluta la falta de posibilidad de defensa para Paloma, pero teniendo en cuenta que le agredieron tres individuos cuando ella estaba sola, y se proveyeron de un cuchillo de cocina, lo que debilitó notoriamente la defensa, la homogeneidad de dicha circunstancia con la alevosía es pacíficamente reconocida por la jurisprudencia. Y, asimismo, no es otra circunstancia inherente al tipo, porque, en este caso, se cometió la agresión por tres individuos, lo que supone aprovechar tal colectividad para minar la resistencia de la víctima de modo más grave que si lo hace sólo uno.

Y se acredita también que se efectuó la agresión por motivos racistas o por discriminación ideológica.

Nada más verla, a lo primero a lo que se refieren el acusado y los otros dos es a las chapas que llevaba Paloma, una de ellas con una esvástica tachada, y, después, le graban una esvástica, todo ello en coherencia con la pertenencia del acusado a grupos de ideología nazi, como se ratificó por los agentes de policía en juicio oral, y como ratifica el hecho de su íntima amistad con Alejandro, condenando por hechos similares, que conlleva que el acusado frecuentaba dichos ambientes.

Sentencia 44/2008, AP JAÉN, Sec. 2.^a, de 14 de abril de 2008

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE OBRAS

Arts. 316 y 318 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega**

SÍNTESIS

Reitera la sentencia la construcción jurisprudencial que sitúa al jefe de obras en la posición de garante. En el presente supuesto, las órdenes

de dicho técnico ocasionaron que la actividad ejecutada por el trabajador provocara una descarga eléctrica que le afectó, cayendo y sufriendo las lesiones que se determinan en esta sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal número Tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado 50/2007 se dictó, en fecha 5 de noviembre de 2007 Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: “Y así se declara probado que: El 16 de noviembre de 2004, la empresa [...] Montajes Eléctricos SA, cuyo administrador único era el acusado José Ramón, se encontraba realizando unos trabajos consistentes en un foso para la recogida de aceite y el pintado de una caseta en un centro de transformación de Endesa Distribución Eléctrica, sito en la Pedriza, partido judicial de Alcalá la Real, para lo que empleó a los trabajadores, Alonso, Inocencio y Sebastián, prestando este último sus servicios en virtud de un contrato de trabajo en formación, siendo el acusado Ángel Daniel el jefe de trabajo. Para llevar a cabo dicha actividad el agente de descargo de Endesa solicitó la desconexión de una línea aérea de 20 kv y los trabajadores Inocencio y Sebastián se subieron al poste y abrieron los puentes de los cables para dejar sin tensión la subestación. Posteriormente se quitó uno de los cortocircuitos y toma de tierra, restableciendo la tensión y con ello el servicio para parte de los abonados afectados. Una vez terminados los trabajos, sobre las 14:30 horas el jefe de obras mandó nuevamente a los dos trabajadores mencionados, esta vez para el cierre de puentes y la reposición de uno roto en la operación de apertura, siendo entonces cuando Sebastián, en la creencia de que no había tensión (dado que carecía de la categoría y capacitación profesional precisa para ese trabajo) y sin esperar a que fuese comunicada al agente de descargo de Endesa por parte del Centro de Control de

Redes la desconexión, se subió al poste sufriendo una descarga y con ello la caída.

Los trabajadores mencionados no disponían además de medidas de seguridad adecuadas frente al riesgo de caída de altura, como línea de vida con anclaje y casco con barboquejo.

A consecuencia de estos hechos Sebastián, de 20 años de edad, sufrió lesiones consistentes en daños propios de la electrocución y diversas fracturas de las que tardó en curar 396 días todos ellos incapacitados para sus ocupaciones habituales, 51 de ellos de hospitalización, quedándole como secuelas un perjuicio estético importante y acortamiento de miembro inferior.

La empresa [...] Montajes Eléctricos tenía cubierto el siniestro en la fecha de los hechos con Mapfre industrial, hasta el límite de 60.101,21 euros por trabajador”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Efectivamente, una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo que el jefe de la obra asume una especial posición de garante de la seguridad de cuantos trabajan en ella (SSTS de 30 de diciembre de 1985, 15 de mayo de 1989, 9 de abril de 1990, 7 de noviembre de 1991, 15 de julio de 1992, 18 de enero de 1995 o 26 de marzo de 1999).

La entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, supuso un fenómeno ampliativo respecto a las personas obligadas en materia de seguridad requiriendo la configuración del sujeto activo algunas matizaciones por cuanto concretar

“quiénes están legalmente obligados” impone un análisis del caso concreto, que debe ser abordado considerando en principio como posibles responsables no sólo al empresario, sino a las personas que trabajen a su servicio con competencia directa o delegada o en términos de la sentencia del TS de 10 de marzo de 1980, “todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho”, de lo que se deriva que el empresario será en la mayoría de los casos sujeto activo pero sin excluir a otros implicados.

(...)

Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta es claro que no se puede negar responsabilidad alguna con base a los argumentos expuestos al inicio, pues como se resalta en la sentencia de instancia, el recurrente era un trabajador cualificado con más de veinte años de antigüedad que venía asumiendo como el día de autos las funciones de jefe de obra, luego sí era responsable de los trabajadores a su cargo, de que los mismos realizaran las funciones concretas para el que estaban cualificados y la de proporcionar los equipos de protección necesarios, vigilando y controlando que hiciesen uso de los mismos, y además así lo manifiestan tanto el Sr. Inocencio y el Sr. Sebastián, al referir en el plenario que él era el que les decía los equipos que tenían que llevarse cada día, por lo que si el día del accidente faltaban cascos con barboquejo, candados de líneas de vida, etc., siendo los mismos necesarios, como además se reconoce en el escrito de recurso, debió ya desde el inicio ponerlo en conocimiento del empresario o delegados por él y negarse a realizar el trabajo en esas condiciones y no consta que hiciera ni lo uno ni lo otro. Pero es que además, encomendó a los referidos trabajadores labores para la que ninguno estaba cualificado, lo que por más que se niegue tenía obligación de conocer, primero por la mañana para subirse a los postes y abrir los puentes, y luego al medio día cuando ocurrió la caída, como resulta de

la declaración no sólo de los empleados citados, sino de las manifestaciones don Casimiro, que oyó perfectamente como les decía que se fueran con él para cerrar y reparar los puentes.

Ordenó en definitiva unos trabajos indebidos, para los que como oficial de primera sólo estaba cualificado él en el equipo, y no sólo no vigiló y controló que dichos trabajos se desarrollasen con las debidas medidas de seguridad, sino que era plenamente consciente de que los equipos de protección colectiva e individual eran insuficientes para trabajar en un poste de unos nueve metros de altura, y no obstante todo ello además reconoce que ni tan siquiera se encontraba en el lugar de trabajo para dar las instrucciones oportunas. Se pretende declinar la responsabilidad en el técnico de Endesa y en parte en alguna incurrió también, pues también le competía la labor de control conforme al art. 24.3 de la LPRL, pero ello no puede excluir la suya y menos aún cuando es al jefe de obra a quien correspondía cumplir con el protocolo de seguridad, por ello don Casimiro que realmente sí que no tenía por qué conocer la cualificación profesional de la cuadrilla, insistió en el plenario que él se entendía siempre con el Jefe de obra.

Todos estos extremos se exponen en la instancia con mayor amplitud y en definitiva como allí se concluye, definen una inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales y en consecuencia de la adopción de medidas de seguridad, que pusieron en peligro como es evidente la vida no sólo del trabajador accidentado sino de al menos del Sr. Inocencio, por lo que concurren los elementos del tipo del art. 316 del CP; siendo esas omisiones comprensivas de una falta de diligencia que sin duda se ha de considerar de grave pese a no serle imputable la reiteración de infracciones que se ponen de manifiesto en la instancia, pues no observó ni las más mínimas normas elementales de cuidado que como jefe de obra le eran exigibles y ello hacía pese a que se niegue, que el accidente fuese perfectamente

previsible por el mismo y en definitiva, de haber actuado con una diligencia media atendidas sus atribuciones, responsabilidad, cualificación profesional y experiencia en relación con la actividad a realizar, hubiera podido evitar aquél, con lo que concurren en el mismo los elementos psicológico y nor-

mativo negados del tipo del art. 152 del CP, además no siendo el siniestro ocurrido el único resultado posible, pues la inobservancia se tuvo también respecto de otros trabajadores como el Sr. Inocencio, no se puede tampoco entender subsumido el primer tipo citado en el segundo.

Sentencia 62/2008, AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2008

DILACIONES INDEBIDAS: ATENUANTE GENÉRICA
Arts. 21.6.ª, 249, 250.1.6.ª y 252 Código Penal
Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Vielba Escobar**

SÍNTESIS

Conforme a la doctrina constitucional, estima la Audiencia que las dilaciones en la tramitación de esta causa han provocado una prolongación indebida del proceso, lo que se traduce en la aplicación de una circunstancia atenuante si bien genérica y no muy cualificada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—Concurre en las tres acusadas declaradas la atenuante análogica, al amparo del artículo 21.6.ª, de dilaciones indebidas.

A este respecto el Tribunal Constitucional viene entendiendo Sentencia 87/2001, que conviene recordar que “este Tribunal ha declarado en numerosas resoluciones (entre otras muchas, SSTC 33/1997, de 24 de febrero, 99/1998, de 4 de mayo, y 58/1999, de 12 de abril) que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas nada tiene que ver con un pretendido derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, operando

sobre un concepto jurídico “indeterminado o abierto”, cuyo contenido concreto debe ser delimitado en cada caso atendiendo a las circunstancias específicas que en él concurren, que pueden ser muy variadas (STC 32/1999, de 8 de marzo), y en aplicación de los criterios objetivos que en la propia jurisprudencia constitucional se han ido precisando al respecto de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que son esencialmente los siguientes: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su con-

ducta procesal y la conducta de la autoridad implicada (...).

En este caso la labor del instructor no puede ser censurada en modo alguno pues evidencia presteza a la hora de la instrucción, sin embargo la dilación se ha producido en la Sala, pues los autos se recibieron el 28 de noviembre de 2005, y no fue hasta el auto de 25 de octubre de 2007 en el que se señaló el juicio, habiendo transcurrido casi 30 meses desde la finalización de la instrucción hasta el dictado de la sentencia, entendiéndose que puesto que en esta dilación no ha intervenido la actuación de las acusadas, de-

be ser estimada esta atenuante analógica, si bien sin acoger la petición de la defensa de Angelina de muy cualificada, toda vez que como señala la sentencia del TS 17 de septiembre de 1999, con cita de las de 24 de octubre de 1994 y 26 de marzo de 1998 sólo de manera muy excepcional puede otorgarse el carácter muy cualificado a una atenuante analógica, añadiendo la sentencia de 5 de noviembre de 2007 “Es cierto que las dilaciones generan indebidamente la zozobra que da la incertidumbre sobre la suerte procesal del condenado. Pero ése es ya el daño considerado para la atenuante genérica”.

Sentencia 101/2008, AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2008

DELITO PATRIMONIAL CONTINUADO: PROBLEMAS PENOLÓGICOS

Art. 74 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera**

SÍNTESIS

Estima la Audiencia en parte el recurso interpuesto por cuanto, aun siendo esencialmente correcta la calificación del delito como robo continuado, la determinación de la pena debe ser corregida siguiendo las pautas del Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. Se combate también en el recurso la calificación jurídica de los hechos, sosteniendo que deben ser calificados separadamente y que ni el primero puede ser calificado como robo, ni el segundo puede ser más que una simple falta. El recurso de-

be ser estimado en parte, pues aun siendo esencialmente correcta la calificación como delito de robo continuado, la determinación de la pena debe ser corregida. En efecto, nos hallamos ante un delito de robo continuado conforme al art. 74 del CP, porque resulta evidente la conexión de las dos acciones realizadas por dos de los acusados, acciones

distintas pero de ejecución de un plan pre-concebido de sucesivas sustracciones, realizadas con evidente proximidad temporal con infracción de preceptos de similar naturaleza, sin que sea exigible ni necesario para tal calificación que el plan delictivo concrete cada una de las futuras infracciones más allá de la decisión misma de su reiterada ejecución, ni, como parece pretenderse en el recurso, una prueba directa e imposible sobre una planificación previa pormenorizada. La primera de las acciones ejecutadas en este caso merecería, aisladamente considerada, la calificación de robo por la fuerza en las cosas da la fractura del candado para acceder a la bobina sustraída y que el juez afirmó correctamente como probada según se ha expuesto; la segunda acción, calificada en igual forma, merece sin embargo la consideración de una falta, habida cuenta de que no se empleó fuerza ni violencia ni consta el valor de los objetos que había intención de sustraer, cometida además en grado de tentativa. Pero por lo dicho, ambas acciones deben ser calificadas conjuntamente en aplicación de aquel art. 74 del CP como un delito continuado, cometido por los dos acusados que intervinieron en ambas, aunque respecto del tercero, que sólo participó en la falta, lógicamente no sea imputable tal delito continuado.

2. El juzgado de instancia, sobre la base de considerar que las dos acciones que integran la continuidad delictiva eran constitutivas de delito, aunque uno de ellos en grado de tentativa, hizo aplicación de la regla primera del art. 74 del CP e impuso la pena del delito más grave en su mitad superior. Sin embargo, habiendo calificado en esta segunda instancia como falta la segunda de las sustracciones, la continuidad delictiva que se alcanza merced a esa falta no

debe conducir a la aplicación de aquella regla del apartado 1 del art. 74, pues con ello se exasperaría la pena mucho más de lo procedente y se volvería a tener en cuenta a la hora de determinar la pena el hecho constitutivo de falta, lo que debe ser evitado. El Tribunal Supremo, ante las evidentes dificultades en la aplicación de las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 74 del CP en el caso de los delitos patrimoniales, llegó el 30 de octubre de 1997 a un acuerdo no jurisdiccional sentando como criterio que debe aplicarse, en términos generales, la regla del art. 74.1, y seguidamente la del apartado 2, de suerte que el delito continuado patrimonial se castigue siempre con pena comprendida en la mitad superior; pero de la pena que corresponda en función del perjuicio total causado, y no la del delito más grave, quedando además sin efecto la regla del art. 74.1 cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración. Esta doble valoración, cuyo ejemplo más claro es la continuidad delictiva derivada de la realización de varias acciones que en sí mismas no serían constitutivas más que de faltas pero que por dicha continuidad alcanzan la categoría de delito, se da también en este caso que nos ocupa, pues en definitiva, la continuidad delictiva surge de la consideración conjunta y de un delito y una falta, de manera que esta última es la que configura el carácter continuado del delito. Por ello, procede hacer uso de la excepción a fin de lograr la necesaria proporcionalidad en la pena y fijar ésta únicamente teniendo en cuenta el perjuicio total causado, lo que conduce, considerando el importe sustraído en el delito y la falta de consumación de la segunda acción, a fijar la pena en un año y un mes de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Sentencia 87/2008, AP HUELVA, Sec. 3.ª, de 16 de abril de 2008

DROGAS: CONSUMO COMPARTIDO

Art. 368 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Pontón Praxedes**

SÍNTESIS

Recoge la sentencia la consolidada doctrina de que deben considerarse impunes determinados supuestos de consumo compartido, en función de que el bien colectivo de la salud pública no padece cuando no concurre el riesgo o peligro de la salud de terceros. Cita los presupuestos que la jurisprudencia exige para estos casos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito contra la salud pública por cuanto que no concurren todos los requisitos, objetivos y subjetivos que definen dicha infracción penal.

Analícemos pues los motivos que llevan al Tribunal a esta declaración.

Se invocó por la Defensa la aplicación y apreciación de la doctrina del consumo compartido.

Es doctrina consolidada la que considera impune determinados supuestos de consumo compartido, en función de que el bien colectivo de la salud pública no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros no concurre, como sucede en los casos denominados de tal forma, que se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2002, recogiendo la doctrina establecida en la Resolución de esa misma Sala de 25 de mayo de 1999 que analizaba los supuestos de consumo compartido en grupo y declaraba la atipicidad de estas conductas, reproducía dichos presupuestos:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, aunque sea esporádicamente.

b) El consumo ha de realizarse en lugar cerrado, a fin de asegurar que el peligro de la tenencia no se extienda a terceras personas que no participaron de lo compartido.

c) La cantidad destinada al consumo compartido ha de ser insignificante.

d) Los consumidores en conjunto han de ser pocos y determinados, como único medio para poder calibrar el número y circunstancias personales.

e) La acción de compartir ha de ser esporádica e íntima, esto es, sin trascendencia social.

El carácter episódico se exige para afirmar que queda excluida de la figura, cuya tipicidad se declara, aquellas actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan alrededor del proveedor habitual, ha de ser de un consumo inmediato, esto es, el realizado conjuntamente en el mismo momento de la entrega.

Expresaba la Sentencia del Alto Tribunal de 24 de julio de 2002 que “como rigurosa excepción, la doctrina de esta Sala ha declarado impune el consumo compartido entre

adictos, al que se equipara el caso en el que varios, asimismo adictos, aportan lo necesario para formar un fondo común destinado a la adquisición del producto prohibido para seguidamente consumirlo, al considerarse que en estos supuestos es mínimo el riesgo potencial para la salud pública”.

Pues bien, partiendo de esta base doctrinal, consideramos que en los hechos que enjuiciamos concurren dichos requisitos, pues la droga que no es significativa por su cantidad se adquirió con esa estricta finalidad de consumo entre cuatro personas que son adictas, consumo esporádico que se iba a realizar en un lugar cerrado de la Aldea de El Rocío en donde se celebraba la anual romería y con este propósito tras ser adquirida en la localidad de Camas fue entregada al acusado para que la llevara hasta el lugar de consumo, “en un cuarto sin que nadie les viera”.

Y a estas conclusiones llega este Tribunal tras examinar las pruebas practicadas tanto a instancia de la Acusación Pública como por la Defensa, esencialmente la testifical de D. Víctor Manuel y la verosimilitud de esa finalidad concertada de antemano se encuentra reforzada especialmente porque de la intervención de los Agentes de la Guardia Civil no se desprende que el acusado realizara ninguna actividad de tráfico, como afirman indudablemente los Agentes que realizaron la ocupación, quienes, además, reconocen que la vigilancia que realizaban en aquel lugar estaba destinada a un control rutinario.

En definitiva estimamos que nos hallamos ante un consumo esporádico compartido en grupo de cuatro amigos, que excluye la punibilidad de los hechos imputados a Marcos.

Sentencia 50/2008, AP VALLADOLID, Sec. 2.ª, de 17 de abril de 2008

LESIONES POR IMPRUDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL: RESPONSABILIDAD DEL APAREJADOR

Art. 152 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Sánchez Rodríguez**

SÍNTESIS

La existencia de coordinadores de seguridad y salud no excluye la responsabilidad del aparejador en su cometido de supervisor de los trabajos de ejecución. En este caso se trata de la caída de un trabajador por el hueco del ascensor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El argumento inicial de impugnación de la sentencia de instancia rebate lo que a su

juicio es una presunción del juzgador *a quo*, al considerar como hecho probado que el accidentado no recibió la orden de no subir a cubierta que el día del accidente dio el encargado de la obra a la plantilla de traba-

jadores por la existencia de escarcha y hielo en la misma, cuando considera probado que la orden se dio, aludiendo también para argumentarlo a las manifestaciones efectuadas por el trabajador accidentado en relación con la tarea que tenía encomendada y a las contradicciones en las que éste incurrió. A su vez, en sus siguientes motivos difiere de la tesis de la sentencia en cuanto al deber de vigilancia del aparejador sobre las medidas adoptadas por el encargado de la obra, amparándose en el hecho de no ser ese su cometido, ni haber estado en la obra ese día ni tampoco el anterior por lo que desconocía el estado de la misma, para finalmente insistir en la existencia, en el presente caso, de dos coordinadores de seguridad y salud a quienes considera que compete la adopción de estas medidas, entendiéndolo por ello que tal circunstancia excluye de responsabilidad a su representado y atribuye al incumplimiento imprudente del accidentado la causa de producción del accidente.

En relación con la primera cuestión que se debate, en la que se alude a presunciones del juzgador de instancia al declarar como hecho probado que el trabajador accidentado no tuvo conocimiento de la orden dada por el encargado, ha de señalarse que, lejos de lo sostenido, la convicción a la que ha llegado el juzgador ha sido tras la valoración en conciencia de la prueba practicada a su presencia, con todas las garantías procesales, incluido el principio de contradicción, valoración que ha sido razonada en la sentencia de forma coherente, lógica y sin arbitrariedad alguna. Incidiendo en lo anterior, afirma el recurrente que el trabajador accidentado sí tenía conocimiento de la orden de prohibición de subir a la cubierta por encontrarse presente junto con el resto de los trabajadores que formaban parte de la cuadrilla cuando el encargado la transmitió. Hemos de señalar que esta aseveración no puede ser compartida porque lo cierto es que tal circunstancia no ha podido ser demostrada pues ninguno de los trabajadores allí presentes ha podido corroborar la versión dada por el encargado de la obra. Por otra parte, tam-

poco existe motivo alguno para dudar de lo manifestado por el accidentado, ni se aprecia que haya incurrido en contradicciones significativas en este sentido. A todo ello, debe añadirse también, en contra de lo alegado, que no sólo resultaría ilógico que el lesionado se pusiera a realizar un trabajo que le estaba expresamente prohibido, como se argumenta en la sentencia, sino que, además, dado que el trabajo de gruísta se complementaba colaborando en los de la cuadrilla y si, como sostiene el recurrente, el encargado cada día encomendaba el trabajo concreto a realizar por cada trabajador, incluyendo al gruísta, llama la atención el hecho que de haberse encontrado presente en ese momento, al igual que hiciera con los otros trabajadores, no le hubiera encomendado otro cometido específicamente distinto del que tenía previsto, cuestión que en modo alguno se ha concretado por el encargado. Independientemente de lo anterior, ha de destacarse también que la orden se dio para prever los riesgos de caídas o resbalones a causa de las inclemencias del tiempo y, aunque no pueda ponerse en duda que la misma hubiera sido efectiva de haberse asegurado que la habían recibido todos los trabajadores —incluido el gruísta— lo cierto es que el accidente se produjo por causa totalmente distinta a la prevista —hielo y escarcha—, es decir, por no haber adoptado ningún tipo de precaución respecto de la inexcusable protección del hueco del ascensor que se cubrió provisionalmente con rasillones superpuestos, apoyados a su vez en una barra o ángulo de hierro también superpuesto y sujeto sobre los laterales, pero sin señalización objetiva de ningún tipo, ni tan siquiera con una cinta perimetral que advirtiera del grave peligro, dado los 16 metros de altura que tenía el hueco y la fragilidad del sistema adoptado que ni advertía ni impedía su tránsito sino que simplemente tapaba la abertura del hueco mínimamente elevado del resto de la cubierta.

En cuanto a la responsabilidad del acusado —aparejador de la ejecución de la obra— tampoco cabe la menor duda al res-

pecto pues, independientemente de la existencia de los coordinadores de seguridad y salud —encargados de la redacción del estudio y aprobación del plan de seguridad e higiene—, en su cometido de supervisión de los trabajos de ejecución de la obra están incluidos, además del control de la ejecución material, que ésta se lleve a cabo respetando las medidas de seguridad previstas en el mencionado plan, sin que pueda justificarse su exclusión de tal obligación por no encontrarse presente en la obra el día que sucedió el accidente, ni en el anterior, porque como técnico debió prever con antelación, en cuanto al hueco del ascensor se refiere, no sólo que se ejecutara la obra según lo previsto en el proyecto de ejecución sino también dando las órdenes e instrucciones convenientes para que se cumplieran todas las medidas de seguridad aprobadas y contenidas en el plan correspondiente. En cuanto a tal previsión no existe constancia de que hubiera ordenado expresamente que se adoptaran las medidas de seguridad concretas, previstas para evitar la producción de riesgos en la ejecución de esa fase de la obra, dada la especial peligrosidad que representan los trabajos de construcción de la cubierta, y, en concreto, sobre la protección del hueco del ascensor, por lo que lo razonado en la sentencia a este respecto ha de mantenerse también en los mismos términos.

Por último, respecto de lo interesado subsidiariamente, la calificación de los hechos como falta y la reducción, en todo caso, de un 50% de la indemnización establecida en la sentencia por concurrencia de culpa por parte del accidentado, entendemos que tampoco puede ser aceptado. En primer lugar, porque la infracción del deber objetivo de cuidado en la realización de los trabajos de la cubierta, concretamente en relación con la evitación del riesgo de caídas que podía suponer la deficiente y provisional cobertura del hueco del ascensor, es claro que no puede ser considerado como culpa leve, máxime si tenemos en cuenta que la medida adoptada por el encargado —orden de prohibición de subir a cubierta dada a los traba-

jadores— aunque por motivos distintos a la prevención del riesgo concreto que posteriormente se materializó, solo hubiera sido efectiva de haberse asegurado que se había hecho extensiva a todos los trabajadores, incluidos a los que por diferentes motivos realizaban tareas que implicaban el acceso a la cubierta, lo que no se aseguró, ni tampoco, y fundamentalmente, se había adoptado medida de seguridad efectiva alguna para señalar de forma objetiva el peligro, ya que hubiera bastado con marcarlo con una cinta perimetral que impidiera visualmente el tránsito sobre la superficie cubierta con material superpuesto, que no protegía del riesgo sino que sólo tapaba y ocultaba el hueco del ascensor. En segundo lugar, en cuanto a la concurrencia de culpa, tampoco puede ser estimada porque, según se ha acreditado, a través del testimonio prestado por el Inspector de Trabajo que depuso en el plenario, el trabajador no estaba obligado a hacer un recorrido perimetral para acceder al contenedor y por ello no puede entenderse que hubiera actuado de forma imprudente, contribuyendo a la producción del resultado, al tomar el camino más recto, por lo que la concurrencia de culpa está totalmente descartada.

Por todo lo expuesto el recurso ha de ser desestimado.

Segundo.—Asimismo, se interpone recurso por la representación de D. Benedicto, D. Jesús María y la mercantil PRASI, SA, en el que se denuncia error en la apreciación de la prueba e infracción del art. 152.1 del CP por aplicación, interesando la absolución por el delito por el que han sido condenados, así como la de PRASI, SA, como responsable civil subsidiaria, solicitando también, de forma subsidiaria, la calificación de los hechos de falta del art. 621.3 del CP.

Justifica la absolución de sus representantes, en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado por parte de los acusados, aduciendo que el trabajador accidentado ha ocultado de manera intencionada la orden de prohibición que se le dio de subir a la cubier-

ta, la cual infringió, colocándose en la situación de riesgo por su propia iniciativa y, en cuanto a la omisión de medidas de seguridad relativas a la protección del hueco del ascensor, se pone de manifiesto que éste se encontraba a distinto nivel que el resto de la cubierta, que el gruísta sabe qué zonas son frágiles y que sabía que no tenía que transitar por esa superficie frágil y elevada, por lo que la causa de producción del accidente obedece a la exclusiva culpa del trabajador.

Respecto a lo alegado por los recurrentes, en cuanto a la orden dada por el encargado y a su incumplimiento por parte del gruísta, hemos de remitirnos a lo ya expuesto en los anteriores apartados. El siguiente argumento defensivo, en el que se hace referencia, de una parte, al desnivel existente entre la cubierta y el hueco del ascensor, y de otra, al conocimiento por el gruísta de las zonas frágiles y, por tanto, sobre la imposibilidad de transitar por ellas, atribuyendo por tal circunstancia exclusiva culpa al trabajador accidentado, tampoco puede ser aceptado. Ni el distinto nivel del hueco respecto de la cubierta, tan solo unos centímetros elevado del resto, ni la experiencia o exigencia al trabajador del conocimiento de las zonas frágiles, puede servir de argumento exculpatorio de la falta de adopción de las medidas de seguridad por los responsables de la obra y de la seguridad, ni tan siquiera puede servir en este caso para admitir la también interesada concurrencia de culpa, y ello se debe simplemente al grave incumplimiento por parte de los acusados —responsables de la obra en los distintos niveles de ejecución— de los esenciales deberes de previsibilidad y, sobre todo, de evitabilidad del daño, al no haber adoptado medidas efectivas que advirtieran del peligro de la existencia en la cubierta de un hueco que tenía nada menos que 16 metros de altura, lo que suponía un grave riesgo que, además, hubiera sido sencillo de prevenir, como ya hemos dicho, con una simple cinta perimetral o cualquier otro tipo de señalización visual que advirtiera de la imposibilidad de tránsito por esa zona.

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por los recurrentes de forma subsidiaria, relativo a la calificación de los hechos como falta, hemos de remitirnos a lo ya expuesto con anterioridad y, en consecuencia con todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto.

Tercero.—Por la representación procesal de COVICAL 2000, SCL, se interpone recurso, interesando se revoque la sentencia y se declare la libre absolución de su mandante con todos los pronunciamientos favorables.

El recurso interpuesto por la entidad COVICAL 2000, SCL, promotora de la construcción del edificio, parte de la base, para interesar su exclusión como responsable civil subsidiario, del cumplimiento de todos los requisitos legales que como promotora le son exigidos por el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud, por lo que entiende que no puede ser objeto de reproche penal alguno y tampoco puede ser sujeto a responsabilidad civil alguna.

De igual forma que en la contestación del recurso anterior, damos por reproducido lo ya expuesto en relación con las alegaciones que efectúa el recurrente por su desconformidad con los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia y en cuanto a las alegaciones que efectúa para sostener que no puede ser sujeto de responsabilidad civil por haber cumplido con todos los requisitos legales que como promotora le son exigidos, solamente hemos de mencionar que el art. 120.4 del CP establece que son también responsables civilmente “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”. Y, por tanto, con arreglo a lo dispuesto, la promotora, al igual que la constructora, son responsables civiles subsidiarias por su vinculación contractual con los acusados, concretamente COVICAL 2000, SCL tenía suscrito contrato con D.

Alexander, aparejador de la ejecución de la obra.

En consecuencia con lo expuesto, la sentencia de instancia ha de ser también confirmada en este punto por lo que se desestima el recurso.

Cuarto.—Finalmente, también se interpone recurso por la representación de CASER, SA, solicitando que se revoque la sentencia condenatoria de instancia en el sentido de que se absuelva a los acusados y por ende a su representada y, subsidiariamente, que se considere la existencia de una falta del art. 621.3 del CP con condena a la pena de multa que se fije en la sentencia, apreciando la concurrencia de culpa y revocando la cuantía objeto de condena de responsabilidad civil, rebajándola en el 50% y, subsidiariamente de lo anterior, en el caso de mantener la condena por delito revocar la sentencia estimando la concurrencia de culpa, revocando la cantidad fijada y reduciendo su importe en un 50%. En estos dos casos, solicita que se fije la condena del interés legal con el recargo del 50% y transcurridos dos años del siniestro aplicar el interés anual del 20%.

El recurso ha de ser estimado parcialmente. Se dan por reproducidos los razonamientos ya expuestos con anterioridad en relación con la culpabilidad de los acusados, inexistencia de concurrencia de culpa del trabajador lesionado y responsabilidad civil,

cuestiones todas ellas que confirman la sentencia de instancia, a excepción, en cuanto a la responsabilidad civil, de la aplicación que en la sentencia se realiza en relación con el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, respecto del devengo de los intereses moratorios, que estima, en cuanto a la aseguradora se refiere, que ésta deberá abonar un interés del 20% anual desde el día 11 de enero de 2002 —día de accidente— hasta el completo pago. Esta última cuestión ha sido impugnada por el recurrente, solicitando que se fije la condena del interés legal con el recargo del 50% y transcurridos los dos años del siniestro aplicar el interés anual del 20%, y que, como ya se ha apuntado en un principio, ha de ser estimada por ser éste el criterio seguido habitualmente por esta Sala y por ser la doctrina fijada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2008, en la que se expresa que “durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad, incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento”.

Sentencia 134/2008, AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, de 18 de abril de 2008

ACUSADO QUE RECURRE SU ABSOLUCIÓN POR DISCREPAR DEL RELATO DE HECHOS PROBADOS

Art. 24 CE

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad**

SÍNTESIS

Recuerda la sentencia que examinamos que los recursos se interponen contra el fallo de las resoluciones, siendo inadmisibles los que, conforme

con el mismo, interesen la rectificación de hechos o fundamentos de Derecho que no determinen la parte dispositiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Comenzando con el examen del recurso interpuesto por la defensa del acusado contra la sentencia absolutoria de instancia, tan sólo discrepa del relato de hechos probados que la misma contiene, por entender que el Juzgado ha valorado erróneamente la prueba practicada, solicitando en consecuencia la supresión de la expresión “te voy a matar y me voy a llevar al niño” que se atribuye al acusado, sin que combata ninguno de los pronunciamientos del fallo.

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2001, el acusado absuelto no está incluido entre las personas que gozan de legitimación activa para interponer recurso. Es evidente, en línea de principio, que no lo pueden interponer los que no hayan experimentado un perjuicio por la sentencia. Dicho en otros términos, es necesario que la sentencia recurrida perjudique al recurrente (SSTS de 3 de julio de 1991 y 8 de noviembre de 1991). Esto es debido a que los recursos se interponen contra el fallo de las resoluciones, siendo inadmisibles los que, conformes con el mismo, interesan la rectificación de hechos o fundamentos jurídicos que no determinan la parte dispositiva. Es verdad, sin embargo, que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han venido a señalar que el necesario perjuicio no está condicionado necesariamente y en todos los casos por la sentencia de condena, siendo ya clásica al respecto la cita de la STC de fecha 27 de mayo de 1987 en la que se consideraba inadmisibles que se mantuviera que la parte carecía de interés para recurrir por haber sido absuelta por aplicación de un indulto en una sentencia que parte explícitamente de la existencia de un hecho delictivo y de la autoría del in-

culpado. Otra excepción a la regla general puede verse, por ejemplo, en la STS de fecha 8 de julio de 1998 en la que la absolución se produce al ser estimada la prescripción, reconociéndose el interés del acusado en defenderse ante la hipótesis de que prosperase el recurso interpuesto por la acusación particular cuando solicita que se declare que el hecho no está prescrito. Estas excepciones, y otras más que pudieran plantearse, no pueden, sin embargo, hacernos perder de vista el principio general de que los recursos se interponen contra los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia y no contra los razonamientos expuestos a través de ella, no siendo susceptibles de ser recurridos de modo autónomo la disconformidad que pueda mantenerse con los hechos probados o con los fundamentos jurídicos, de manera que, como señala el Tribunal Supremo en las sentencias reseñadas, “el recurso carece de toda finalidad jurídica cuando el fallo no causa lesión o perjuicio alguno al recurrente y ello lo hace incurrir en causa de inadmisión”.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta evidencia la improsperabilidad de la pretensión ejercitada por el acusado recurrente quien en aras a una interpretación subjetiva intenta sustituir la labor encomendada en exclusiva al juzgador y ello sin respaldo alguno ni base legal al constatarse la inexistencia de perjuicio que del contenido de la sentencia impugnada pudiera derivarse para dicho apelante sin que la relación fáctica cuestionada pueda considerarse como una excepción de la regla general anteriormente reseñada. Por todo ello, el recurso de apelación formulado por la representación del acusado absuelto no puede prosperar por falta de legitimación.

Sentencia 353/2008, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 21 de abril de 2008

TOP MANTA: NECESIDAD DE PROBAR QUE LA COPIA DE LAS PELÍCULAS LO ES SIN AUTORIZACIÓN DE SUS TITULARES

Art. 270 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Brobia Varona**

SÍNTESIS

No puede realizarse una presunción, a juicio de esta sentencia, de que la reproducción de la obra musical o videográfica se ha realizado sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, siendo éste un elemento del tipo, la carencia probatoria de este extremo origina la absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Sin embargo, a pesar de todo lo anteriormente dicho, se ha hecho una errónea presunción de que la distribución de las copias de las películas lo era sin la autorización de sus titulares, ya que ninguna de las discográficas o productoras se ha pronunciado al respecto.

En cuanto a la falta de autorización por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual cuya existencia se presume en la sentencia recurrida, hay que señalar que constan en el atestado policial (folio 10) identificadas algunas de las distribuidoras o productoras a las que pertenecen los DVDs intervenidos. En el informe pericial, al folio 35, se hace constar que en caso de las películas, los derechos sobre la Propiedad Intelectual recaen exclusivamente en las Compañías Productoras, las cuales se hallan representadas y defendidas en España por Egeda, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, que

en virtud de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, es reconocida y autorizada por el Ministerio de Cultura para su funcionamiento y, su actuación se realiza sin ánimo de lucro.

Pues bien, a pesar de tal constancia en el informe pericial, no aparece en el procedimiento que el representante de Egeda hubiese comparecido para acreditar documentalmente la representación de todas y cada una de las videográficas afectadas y, en nombre de éstas, la falta de autorización por parte de las mismas para la distribución del material que fue intervenido por los Agentes de la Policía Municipal.

Tampoco compareció el representante de Egeda a la vista oral, a pesar de haber sido citado correctamente como testigo, tampoco compareció ninguna de las distribuidoras o productoras quienes ni siquiera fueron llamadas para ello. De esta manera no se ha visto confirmado directamente por las personas con facultades para realizarlo la falta

de autorización para la distribución del material incautado, para así confirmar la concurrencia del elemento típico e incluso la vigencia de los derechos sobre los que se invocaría la protección.

Consecuentemente con lo expresado debemos concluir que no ha quedado acreditado que las compañías distribuidoras o productoras identificadas en la causa tuviesen concretamente encomendada la gestión de los derechos de la propiedad intelectual a Egeda, ni que ésta o directamente las com-

pañías afectadas, denegasen o no prestasen la autorización para la distribución de las obras.

Procede en consecuencia la estimación del recurso al no haber quedado acreditados la concurrencia de todos los elementos típicos del delito contra la propiedad intelectual que se contempla en el artículo 270 del Código Penal, procediendo la absolución de Francisco del delito contra la propiedad intelectual del que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables.

Sentencia 6/2008, AP LEÓN, Sec. 1.ª, de 22 de abril de 2008

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: DISTINCIÓN ENTRE INSPECCIÓN DE ENVÍOS PERSONALES Y PAQUETES DE MERCANCÍAS

Arts. 368, 369.1.6.º Código Penal; 584 LECrim.; 18.3 CE

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana del Ser López**

SÍNTESIS

La doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2005 en cuanto a la exigencia que establece el artículo 584 de la LECrim (citación y presencia del interesado en el Registro) debe modularse —dice la presente resolución— según se trate de envíos personales o paquetes de mercancías.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Cuestiones Previas.

Se denuncia por la defensa del acusado, en primer lugar, vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales consagrado en el art. 18.3 de la CE, denuncia que ha de rechazarse a la vista de la doctrina contenida en la STS 427/2005, de 6 de abril,

en la que se expone que si bien tal vulneración puede llegar a producirse en aplicación de conocida doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que considera paquetes postales a determinados envíos que se hacen por los servicios públicos de correos o por empresas privadas —en consideración a que mediante tales envíos puede quedar afectado ese derecho fundamental cuando el paquete, por sus características y condiciones,

podiera entenderse que habría de contener noticias u objetos personales relacionados con el derecho a la intimidad personal o familiar o con el secreto de actividades mercantiles o profesionales—, lo cierto es que se ha de distinguir tal supuesto de aquellos otros, como el acaecido en la presente causa, en que nos hallamos ante el envío de un paquete que por su volumen y peso ha de considerarse simplemente como una remisión de mercancías.

Y toda vez que en el presente supuesto nos encontramos, tal y como se desprende del oficio remitido al Juzgado de Guardia de Madrid desde el Aeropuerto de Barajas, ante un paquete de un peso de 5,2 kg, en el que se declaraba contener una “cortina artesanal en madera”, ninguna duda cabe que no se habría producido la denunciada vulneración, pues no es dicho paquete de aquellos que se utilizan para contener noticias u objetos personales relacionados con el derecho a la intimidad personal o familiar o con el se-

creto de actividades mercantiles o profesionales, sino simplemente un paquete remitiendo droga con las características y propiedades descritas en el apartado de hechos probados de la presente resolución.

La vulneración del contenido del art. 584 LECrim. resulta inexistente al no encontrarnos ante un paquete postal, no pudiendo obviarse cómo en la apertura realizada en la sede del Juzgado estuvo presente el Juez, el Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción —depositario de la fe judicial— y el Guardia Civil que, además, realizó el reportaje fotográfico del paquete que consta en las actuaciones. La fe del Secretario Judicial dota a la diligencia de apertura del paquete de todas las garantías no existiendo motivos para su anulación. Por tanto, no puede existir ninguna duda acerca de que el contenido del envío es el que aparece reflejado en el correspondiente acta y resulta corroborado por los datos que aparecen en los atestados correspondientes.

Sentencia 88/2008, AP PONTEVEDRA, Sec. 4.ª, de 23 de abril de 2008

IMPAGO DE PENSIONES: EFECTOS DEL PAGO TARDÍO

Arts. 21.5.ª, 227 Código Penal; 741 LECrim.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Nelida Cid Guede

SÍNTESIS

Aún cuando el pago tardío no excluye la tipicidad de la conducta, sin embargo, en cuanto a la atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos del artículo 21.5.ª del Código Penal, del relato de hechos probados de la sentencia impugnada se desprende que el acusado se encuentra al corriente en el pago, lo que, implica que ha reparado los efectos del delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Alegado el error en la valoración de la prueba, ha de señalarse que es precisamente de la prueba practicada en el acto del juicio oral conforme a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, de donde el juzgador de instancia conforma su criterio a tenor de lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. de tal suerte y manera que a la vista del acta del Juicio oral y puesta la misma en íntima relación con la Sentencia combatida, y de donde se desprende a juicio del órgano encargado de la inmediación que están o no, debidamente acreditados los hechos que se han declarado probados, sin que quepa revocar la resolución dictada si no se observa error u omisión en su valoración.

Y ello es así porque si bien el recurso de apelación autoriza al Tribunal *ad quem* a revisar la valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia, el hecho de que la apreciación por éste se base en pruebas practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, publicidad y contradicción, determina, por lo general, que aquella valoración del juzgador *a quo*, a quien corresponde la apreciación de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia (art. 741 de la LECrim.), deba por ello respetarse, con la única excepción de que la conclusión fáctica a la que así se llegue carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio traído a su presencia.

Y como quiera que se discute el elemento subjetivo, ha de señalarse que el dolo consiste en el conocimiento por el agente de la obligación de pagar alimentos a sus hijos y su voluntad deliberada de no cumplirla. Siendo naturalmente aplicables a este delito de omisión las reglas generales sobre culpabilidad y exención de responsabilidad, cuando se acredite la imposibilidad del pago de la prestación; en consecuencia, una interpretación correcta del art. 227 del CP exige

la concurrencia de una voluntad dolosa o ánimo específico dirigido a incumplir los deberes asistenciales mínimos impuestos en resolución judicial, lo que exigirá haya de constatarse en la causa no solamente el hecho objetivo del impago de las prestaciones económicas, sino también que ello se debió a causa imputable al obligado a prestarlos. Teniendo en cuenta que, del mismo modo que pesa sobre las acusaciones la carga de la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, al acusado corresponde la prueba de su insolvencia justificativa.

En el caso de que se trata, acreditado el impago de la prestación fijada en los años 2000, 2001 y 2004, insistiendo el recurrente en la realización de pagos parciales, acuerdos con sus posibilidades económicas, en atención a los ingresos y a las necesidad de atender a los gastos de su familia, no habiendo el acusado ni tan siquiera intentado prueba otra alguna de la que podamos inferir unas mayores necesidades de atención económica, siendo lo único que consta acreditado, la desatención del cumplimiento de la obligación de pago de la prestación, extremo que no puede ser atribuido sino una voluntad rebelde al pago, voluntad que justamente viene a integrar el ilícito objeto de acusación.

Por otra parte, dada la formulación del artículo 227 del CP, el pago tardío no excluye la tipicidad ni la antijuridicidad de la conducta pues durante el período impago, superior al plazo legal de dos meses consecutivos, pues se quebrantó la seguridad jurídica de los beneficiarios, aunque luego se haya satisfecho lo adeudado, lo que tiene adecuado reflejo en orden a la responsabilidad civil, sin que por lo demás, en contra de lo argumentado en el recurso, se hayan acreditado, en absoluto, las dificultades económicas del recurrente, por lo que no puede estimarse el motivo de alegación alegado, sin que sea de apreciación el principio *in dubio pro reo* que tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba e instrumental en or-

den a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida y permanentemente debe ser resuelta a favor del reo, lo que no sucede en el caso que examinamos.

Cuarto.—Sin embargo, en cuanto a la atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos del art. 21.5.^ª del CP, del relato de Hechos Probados de la Sentencia impugnada se desprende que el acusado se encuentra al corriente en el pago, lo que implica que ha reparado los efectos del delito, en el sentido recogido por la Jurisprudencia del TS al señalar (STS de 7 de febrero de

2006) que la reparación del daño tiene que traducirse en concretos actos post-delictivos de colaboración con la justicia o reparación.

El delito por el que resulta condenado el recurrente, previene una pena de multa de seis a veinticuatro meses, siendo así que por la Juzgadora de instancia se le ha impuesto una pena de ocho meses, en la mitad inferior, aunque no en la mínima duración o extensión posible, por lo que el resultado hubiera sido parejo de aplicar el del art. 66.1.1.^ª, sin embargo, a efectos de no convertir en inocuo este motivo, se estima proporcionada la pena mínima absoluta de seis meses de multa.

Sentencia 144/2008, AP ALMERÍA, Sec. 3.^ª, de 28 de abril de 2008

LA “ACTUACIÓN CONJUNTA” EN LA VIOLACIÓN: PROBLEMAS DERIVADOS DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Arts. 179 y 180 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^ª Tarsila Martínez Ruíz**

SÍNTESIS

Dado que el hecho probado describe la actuación conjunta de todos los procesados, la agravación prevista en el artículo 180.1.2.^ª del Código Penal, sería de aplicación inobjetable. Pero, sin embargo, se plantean problemas derivados del principio non bis in idem cuando se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario de las demás.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Además, concurre en uno de esos tres accesos carnales la circunstancia

agravatoria contemplada en el número 2.^º del apartado 1 del art. 180 del CP, ya citada —“cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas—

sostenida por el Ministerio Fiscal, pero en los tres delitos de agresión sexual, y respecto a la cual hemos de reiterar lo expuesto en una sentencia de esta misma Sección, de fecha 5 de julio de 2006, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en orden a dicha circunstancia (SS de 6 de junio de 1994, 19 de febrero de 1996, 3 de marzo de 1997, 20 de octubre de 1999, 17 de enero de 2001, 12 de julio de 2005, 14 de febrero de 2007, 16 de marzo de 2007, 21 de mayo de 2007).

Como decíamos en esa sentencia, nuestro Alto Tribunal ha mantenido que “es cooperador necesario el que contribuye a coadyuvar al acceso carnal realizado por otro mediante la aportación de una actividad proyectada a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, y también los que en ejecución de un plan conjunto realizan una acción en cuyo desarrollo tiene lugar la violación, así como, en caso de no existir un plan preordenado previo, cuando varios individuos, con conciencia de la acción que se realiza, determinan con su presencia un efecto intimidatorio ambiental sobre la víctima de la violación materialmente ejecutada por otro agente, puesto que, en este último supuesto, la sola presencia del copartícipe concorde con la agresión sexual realizada por el otro sujeto, incrementa el clima de terror existente en cuanto ingrediente muy importante de un fuerte componente intimidatorio, acentuando el desamparo y desvalimiento de la víctima, con lo cual esa presencia constituye por sí sola cooperación eficaz e indispensable.

Pues bien, la agravación prevista en el art. 180.1.2.^a, cuya aplicación en el caso actual sería en principio inobjetable dado que el hecho probado describe claramente la actuación conjunta de todos los procesados, plantea sin embargo problemas relacionados con el principio *non bis in idem* en aquellos supuestos en los que se produce una doble condena a cada uno de los distintos intervinientes en los hechos, en un caso como

autor material de la agresión sexual por el acto propio y en otro caso, y además, como cooperador necesario en el acto del codelincuente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que “la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio *non bis in idem* cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo. Dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (SS 12 de marzo de 2002, 7 de abril de 2004, 2 de junio de 2005). Por ello, en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a las agresiones concertadas, cada persona debe responder de su propia agresión sexual y la de aquéllos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el núm. 2 del art. 180.1 por la incompatibilidad expuesta, que por las mismas razones debe extenderse a la calificación de autor material. La conclusión de cuanto se ha razonado, es la de estimar improcedente por vulnerador del principio *non bis in idem*, la aplicación del subtipo agravado de actuación de dos o más personas previsto en el art. 180.1.2.^a del Código Penal...”.

Por tanto, siendo la doctrina expuesta claramente aplicable al supuesto que nos ocupa, en virtud del principio *non bis in idem* la agravante específica 2.^a del art. 180 del CP sólo puede apreciarse en el delito de agresión sexual cometido por el autor material del mismo, pues el acceso carnal constitutivo del hecho delictivo se cometió en unión de otras personas (cooperadores necesarios en este hecho), pero no puede apreciarse tal circunstancia en los otros dos delitos en cuanto al cooperador necesario.

Sentencia 27/2008, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.ª, de 2 de mayo de 2008

TRÁFICO DE DROGAS: AGRAVACIÓN POR PERTENECER EL CULPABLE A UNA ASOCIACIÓN U ORGANIZACIÓN

Arts. 368, 369.1.2.ª y 370.3 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Alberto Izquierdo Tellez

SÍNTESIS

Examina esta sentencia, entre otras múltiples cuestiones, la concurrencia de la agravación prevista en la circunstancia 2.ª del artículo 369.1 del Código Penal, en el sentido de que deben existir una estructura más o menos formalizada y establecida, el empleo de medios de comunicación no habituales, la pluralidad de personas previamente concertadas, la distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones y la existencia de una coordinación de actividades.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—Corresponde analizar ahora la concurrencia, o no, del subtipo agravado de “organización”, a los efectos propuestos por el Ministerio Fiscal *ex art.* 369.2.ª CP.

A falta de una definición auténtica, plena y concreta de los términos “organización” y “asociación”, la STS de 1 de marzo de 2000 (y en el mismo sentido las SSTS de 18 de septiembre de 2002, las SSTS 899/2004, de 8 de julio y 1167/2004, de 22 de octubre), sintetiza los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos:

- a) existencia de una estructura más o menos formalizada y establecida;
- b) empleo de medios de comunicación no habituales;
- c) pluralidad de personas previamente concertadas;

d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones;

e) existencia de una coordinación;

f) debe tener, finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido; si bien, respecto a este último punto, como quiera que el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinuencia. Es más: cabe incluso la entendida como “organización constituida para una operación específica”.

La Sala, a partir del resultado que arrojan las diligencias de intervención, escucha y grabación de las conversaciones telefónicas, los seguimientos realizados desde el mes de agosto de 2006, la ocupación de una cantidad de hachís superior a las siete toneladas,

la intervención de diferentes personas de confianza, con distintos roles pero aportando algo al grupo (con igual participación delictiva, por tanto), algunas llegadas en fechas muy precisas sin otro fin que realizar con rapidez las operaciones materiales de descarga y almacenamiento, abandonando la Isla a continuación, la disponibilidad y utilización de distintas viviendas y de vehículos de alquiler para efectuar los traslados de las personas y de las cargas realizadas, así como la facilidad de acopio y dispo-

nibilidad de combustible en elevadísima cantidad, la desproporcionada suma de dinero intervenida, la realización de continuas contravigilancias y la ejecución, en fechas muy próximas entre sí, de cuando menos dos desembarcos de droga, así como el empleo de numerosísimos teléfonos móviles y su frecuente cambio, etc., entiende concurrentes, en definitiva, todos los elementos referidos; siendo precisamente tal concurrencia la que pudo permitir, en definitiva, la realización de la conducta ilícita.

Sentencia 174/2008, AP TARRAGONA, Sec. 4.ª, de 8 de mayo de 2008

DIFERENCIAS ENTRE LA FALTA DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES Y LA DE INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA

Arts. 618 y 622 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Siscart**

SÍNTESIS

La sentencia del Juzgado de Instrucción condenó a la denunciada como autora de una falta de incumplimiento de obligaciones familiares (artículo 618 del Código Penal). La sentencia de apelación modifica el título de imputación y condena por la falta del artículo 622. Razona por qué no se infringe el principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Sin embargo debemos conceder la razón a la parte apelante en cuanto a la inadecuada calificación jurídica de los hechos que se declararan probados con las consecuencias que más adelante se expondrán.

El artículo 622 del CP, reformado por LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores, establece que los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán

castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

Resulta preciso delimitar el sentido y alcance de la expresión “régimen de custodia” empleada en este precepto, para determinar el ámbito de su aplicación.

La Exposición de Motivos de la LO 9/2002, se refiere específicamente a “aquellos supuestos de sustracción o de negativa a restituir al menor”, realizados por el progenitor que no tiene a su favor la custodia del mismo, conducta que estima debe ser reprimida penalmente en interés del menor, pues con la regulación vigente en aquel momento sobre la sustracción de menores, al ser realizadas por quien ostentaba la patria potestad, dichas conductas resultaban impunes.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la citada LO 9/2002, la redacción del art. 618.2 del CP que introduce la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, sanciona como falta el incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en resolución judicial reguladora de la crisis matrimonial o de las relaciones familiares con hijos menores. Con ella se trata de colmar una laguna legal, al venir considerándose de forma mayoritaria que la falta prevista en el art. 622 del CP únicamente podía ser cometida por aquellos progenitores que no tuvieran atribuida la custodia del menor, y que no podía extenderse a los incumplimientos del régimen de visitas realizados por el progenitor que tiene reconocido a su favor el régimen de custodia.

En aplicación de dicha doctrina al caso concreto, el precepto penal aplicado por la Juzgadora de instancia resulta erróneo, pues los hechos cometidos por la madre que tiene concedida la guarda y custodia de la menor únicamente resultarían incardinables en la falta prevista y penada en el art. 618.2 del CP.

Cuarto.—Llegados a este punto debemos analizar si el cambio en apelación de la calificación jurídica de los hechos en los que basó la condena el Juzgado de Instancia infringe el principio acusatorio o supone una *reformatio in peius*.

Al respecto debemos recordar la doctrina constitucional expresada en la STC 183/05, entre otras, que considera que los límites del pronunciamiento del Tribunal en la vía de recurso no quedan constreñidos en virtud del principio acusatorio por las pretensiones absolutorias del apelante, admitiéndose el cambio en la calificación jurídica de los hechos en los términos en que había sido inicialmente planteada la acusación, si bien respetando el principio de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia apelada, límite que viene determinado por el principio de prohibición de reforma peyorativa.

En el presente supuesto se cumplen dichos requisitos ya que el incumplimiento de las obligaciones familiares a favor de los hijos tipificadas en el art. 618.2 del Código Penal están encuadradas en el mismo título (Primero, Libro III) que la falta tipificada en el art. 622 del CP por la que ha sido condenada la denunciada, y en consecuencia, cabe transformar la calificación en esta instancia por no violar el principio acusatorio al ser ambas faltas plenamente homogéneas en cuanto al bien jurídico protegido y en cuanto a su descripción típica, aunque sí que tiene relevancia en cuanto a la penalidad, sin que se produjese indefensión a la denunciada, ya que la apelante tuvo conocimiento de los hechos y de la calificación alternativa formulada por el Ministerio Fiscal que incluía la falta prevista en el art. 618.2 del CP, por lo que pudo defenderse contra ella en debate contradictorio en tanto que se formuló acusación, en síntesis, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en la resolución judicial reconocida por las partes, y la sentencia recoge precisamente tales hechos, por lo que la denunciada ha podido defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho del tipo, siendo inocuo el cambio de calificación al existir homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido.

No se produce tampoco una *reformatio in peius* por cuanto el citado art. 618.2 establece una pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad que

resulta inferior a la multa de uno a dos meses establecida en el art. 622, y además pudiendo establecerse el cambio de calificación sin modificación alguna, en tanto no son objeto de modificación ni los hechos de la denuncia ni los hechos declarados probados.

En el presente supuesto se cumplen dichos requisitos por lo que procede mutar la calificación jurídica, condenado a la apelante como autora de una falta prevista en el art. 618.2 del CP, más benigna que la contemplada en el artículo 622 del CP, fijando la pena mínima en atención a la individualización de la pena fijada en la sentencia de instancia, que la establece en su límite mínimo, por lo que procede fijar la pena de 10 días multa, con cuota diaria de 4 euros.

En este último aspecto, la apelante ha impugnado el importe de la cuota de la multa, si bien debemos recordar la doctrina del Tribunal Supremo que establece que el nivel

mínimo de la pena de multa establecido en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo. El ámbito legalmente abarcado por la pena de multa es de 2 a 400 euros de cuota diaria; si lo dividiésemos hipotéticamente en 100 peldaños de igual extensión (de 4 euros aproximadamente cada uno), la Juzgadora ni siquiera habría superado el primero de esos 100 peldaños, lo que sitúa la cuota fijada en el borde casi mínimo aunque no se alcance el mínimo absoluto. Además se admite que la recurrente obtiene unos ingresos de 400 euros mensuales, por lo que la sanción pecuniaria no puede tacharse de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales.

Sentencia 459/2008, AP TENERIFE, Sec. 2.^a, de 13 de junio de 2008

**ABSOLUCIÓN EN DELITO DE CONDUCCIÓN CON EXCESO DE VELOCIDAD
Arts. 379.1 Código Penal; 7 y 53 Ley sobre Tráfico, Circulación
de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; Orden ITC 3699/2006, de
22 de noviembre**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Mulero Flores**

SÍNTESIS

En Derecho penal, cualquier duda redundará en favor del reo, por eso es imprescindible que obre en las actuaciones toda la documentación del cinómetro y que se estudien con rigor los márgenes de error del aparato, así como el riesgo producido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...).

En el presente caso, como se ha dicho, se trata de un cinemómetro marca Multinova modelo 6F-MR, y si bien nada se aportó en el atestado respecto al soporte o instalación, [según el Anexo I, la instalación de los cinemómetros en un lugar fijo crea incertidumbre relativa del sistema de medida que no debe ser mayor que el más menos 0,5%, según punto 5 letra i) del Anexo III], en el acto de la vista se aporta por el Ministerio Fiscal, certificado de ensayos de verificación después de reparación o modificación, señalando que es un radar “móvil y estático”, lo que determina que la pericial practicada por la parte, y aportada a la vista, y que partió de la consideración del radar como móvil —al señalarse en la certificación unida al atestado que se encontraba instalado en el bastidor de un vehículo oficial y que había superado el control de verificación periódica—, careciese de efectividad, pues con grave quebranto del principio de defensa, no fue sino hasta el momento de la vista donde los agentes de la Policía Local (144 y 240), declaran que: “dicho radar se encontraba instalado en el vehículo oficial y estaba siendo utilizado como estático”, “se encontraba en el vehículo oficial estacionado”.

Pues bien, un elemental respeto al principio de defensa, exige que dichas circunstancias consten con total claridad y exactitud con carácter previo a formularse la acusación, pues es clara la indefensión que se genera de hacerlas valer en el acto de la vista, debido a su carácter eminentemente técnico. De ahí, que se deba ser extremadamente exigente con la información y documentación que integra el atestado, y a la que se ha hecho referencia en el fundamento primero. Es imprescindible que obre en las actuaciones el informe de verificación de producto después de instalación, certificado de ensayos de verificación primitiva 2.ª fase, certifica-

do de ensayos después de reparación o modificación o de verificación periódica. Por ello aparece regulada la existencia de errores en la medición de la velocidad, hasta el punto que el rebasar una señal limitadora de velocidad no conlleva el que el cinemómetro registre la misma y determine la infracción administrativa, dándose por la Administración un margen que “absorbe el error”, de modo que en sede penal, insistimos, se ha de ser especialmente cauteloso a la hora de examinar la conducta imputada, no operando con matemática precisión, cuando el propio legislador reconoce la existencia de errores. Así pues, el art. 9 de la citada Orden señala que los errores máximos permitidos en la verificación después de reparación o modificación serán los establecidos para instrumento en sus correspondientes anexos de requisitos esenciales a los que se establece el art. 3, que se remite a los anexos II, IV y V, siendo de aplicación al presente supuesto el Anexo III en su punto 4 “Errores máximos permitidos”. Se ha de señalar en el presente caso, que el cinemómetro usado es de los que han obtenido su aprobación con anterioridad al 30 de octubre de 2006 (que podrán seguir siendo utilizados según la Disposición Transitoria Única), y durante el primer año de servicio tras su reparación o modificación, tratándose de instalación fija o estática el error será de ± 3 km/h para velocidad inferior o igual a 100 km/h y de $\pm 3\%$ para velocidad mayor a 100 km/h, debiendo adicionarle un ± 1 km/h que es el error medio de todos los resultados en las aprobaciones de modelo: ($\pm 3\%$, para $v > 100$ km/h ± 1 km/h) (OM ITC/3699/2006, de 22 de noviembre, BOE 6 de diciembre 2006, 42876), esta es la lectura más clara de la orden, pues para velocidad inferior a 100 km/h el error es de 3 km/h, mientras que cuando la velocidad es superior a 100 km/h el error es un porcentaje, al que hay que adicionar 1 km/h.

De modo que en el presente caso, no sólo se sobrepasa de forma insignificante tal límite legal, en poco más de 0,5 km/h, lo que debería conllevar ya la estimación del recurso (máxime cuando no se hace constar la existencia de riesgo alguno para seguridad vial), sino que expresamente tal Orden establece que ha de sumarse (o restarse) a tal error el de 1 km/h, por lo que la velocidad oscilaría de 109,58 a 118,42 km/h, debiendo tener acogida la pretensión oportunamente deducida en el recurso, por aplicación del

principio *in dubio pro reo*, y estimar el recurso interpuesto, sin perjuicio de la competencia de la Administración para la tramitación del procedimiento sancionador (art. 74 RD Legislativo), para lo cual deberá comunicarse remitiendo testimonio de los particulares necesarios por el juzgado de procedencia.

Cuarto.—Con arreglo a los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar las costas de oficio.

Sentencia 506/2008, AP BARCELONA, Sec. 6.^a, de 13 de junio de 2008

ABSOLUCIÓN POR DESOBEDIENCIA AL EXIGIR LA POLICÍA QUE LA SEGUNDA PRUEBA SE REALIZARA EN COMISARÍA

Arts. 379 y 380 Código Penal; 23.1 Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde**

SÍNTESIS

No se produjo desatención a la obligación de practicar la prueba de detección alcohólica sino que ésta se intentó tramitar por un procedimiento irregular, con detención para ser llevado a Comisaría para practicar la segunda prueba cuando ya se había realizado una con resultado positivo, por eso desaparece la antijuricidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Los agentes recogen en su atestado que sometieron al acusado a la prueba de detección del grado de impregnación alcohólica con un alcotest evidencial, reflejando un resultado de 1,09 miligramos de alcohol por

aire espirado; aseverando que la oposición del condenado se manifestó inmediatamente después de esta primera prueba, cuando le requirieron para que les acompañara a comisaría a abordar una nueva detección; añadiendo que fue precisamente su negativa la que condujo a la posterior detención del recurrente.

Si el apelante no se encontraba detenido con anterioridad a que rechazara acompañar a los agentes, no se acierta a comprender en qué se asienta la obligación de acudir con ellos a la Jefatura de la Guardia Urbana. La exigencia no respondía ni a la necesidad de una identificación que se había realizado adecuadamente con el Documento Nacional de Identidad (art. 20.1 y 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana); ni tampoco a una obligación legal de que las pruebas de detección hayan de realizarse necesariamente con un etilómetro de precisión, habida cuenta que lo único exigido legalmente es que las pruebas se realicen con aparatos etilómetros que —siendo portátiles o de precisión— cumplan las especificaciones reglamentariamente fijadas y estén oficialmente autorizados (art. 52 del Código de Circulación y 22 del Real Decreto 1428/2003) y dado que tales exigencias se satisfacían ya con el alcoholímetro Drager Alcotest 6810 (calibrado mes y medio antes) que había sido utilizado en la primera de las pruebas.

Así pues, la negativa de una persona libre —y no detenida por las evidencias existentes— a acudir a Comisaría para efectuar nuevas pruebas, no supone en sí mismo con-

travenir el sometimiento que se protege en la norma penal del artículo 380 del CP; antes al contrario, entraña la reclamación de la prueba de contraste en los términos reglamentariamente previstos, habida cuenta que el artículo 23.1 del Real Decreto 1428/2003, dispone que “Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado..., el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba”; lo que se complementa con que el artículo 24 fije expresamente que será el resultado de este contraste —o la negativa a practicarlo— el determinante de la detención y de la conducción y actuación penal contra el conductor afectado.

Lo expuesto pone en evidencia que no se produjo la desatención de las obligaciones legales de sometimiento a las pruebas de detección alcohólica, sino que lo que aconteció fue la elusión de una prueba de contraste que no se ajustaba al procedimiento normativamente fijado, lo que excluye la antijuricidad de la conducta por la que el apelante viene condenado.

Auto 347/2008, AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, de 16 de junio de 2008

PRUEBA DE ALCOHOLEMIA MEDIANTE EXTRACCIÓN TERAPÉUTICA DE SANGRE

Arts. 10.1 CE; 339 LECrim.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Macarena Mira Pico

SÍNTESIS

La incorporación de los resultados del análisis de sangre realizados con finalidad terapéutica se hizo por una causa legítima, con habilitación

legislativa y a través de decisión judicial idónea, necesaria y con un proporcional sacrificio del derecho a la intimidad, razones todas ellas que validan la prueba.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Se alega la vulneración de este derecho por haber sido incorporado a la causa y valorada como prueba por los órganos jurisdiccionales la analítica obrante en el historial clínico sin esa justificación, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tal derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable.

a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas, y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La Audiencia Provincial alude en la resolución recurrida al art. 339 de la LECrim. Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el ‘cuerpo del delito’, entendiéndose por tal ‘las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida’ (art. 334.1 de la LECrim.). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de ley, los arts. 12 y 65 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el médico forense emitiese dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego:

a) Que era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal.

b) Que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin.

c) Que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (SSTC 13/1985, FJ 2; y 26/1981, FJ 5), y

bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, FJ 2), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8). En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que cita otras muchas)".

Pues bien, en el presente supuesto, la decisión de incorporar a los autos la analítica efectuada al imputado con una finalidad terapéutica en el Hospital Pius de Valls, en la que se refleja el grado de alcohol en sangre que el mismo presentaba, se ha efectuado mediante resolución debidamente motivada, con la finalidad de la investigación del delito, en el que existen indicios suficientes de que el imputado, implicado en un accidente en el que resultó una persona fallecida, condujera el vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, siendo una medida idónea, necesaria y proporcionada en los términos razonados en el auto impugnado, por lo que reiterando los propios argumentos contenidos en el mismo procede su confirmación.

Sentencia 297/2008, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 18 de junio de 2008

CONDUCCIÓN TEMERARIA Y RESPONSABILIDAD DE LAS ASEGURADORAS
Arts. 764.3 LECrim.; 381 Código Penal; 65 Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; 2.3 Real Decreto 7/2001, de 12 de enero

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Molinari López-Recuero

SÍNTESIS

La sentencia explica la distinción entre la infracción administrativa y la penal de conducción temeraria y considera que la aseguradora es responsable civil solidaria con el conductor de los daños creados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

MOTIVACIÓN

Primero.—(...)

la utilización del vehículo como instrumento para causar daños en el devenir de la conducción del mismo por el acusado, no excluye que el suceso se defina como “hecho de la circulación”, aprovechándose la circunstancia de la conducción por vía pública para ocasionar daños materiales a terceros situados en la calzada, tratándose de un vehículo fabricado y utilizado para circular por ella.

Segundo.—(...)

La conducción temeraria es, en principio, un ilícito administrativo que el artículo 65.5.2.c) de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial tipifica como infracción muy grave. No obstante, cuando la temeridad es manifiesta, es decir, patente, clara y con ella se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las

personas, el ilícito se convierte en penal, y da lugar al delito previsto en el artículo 381 del Código Penal (STS 2.ª 561/2002, de 1 de abril).

Y, conduce temerariamente un vehículo a motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la señalada Ley administrativa. Siendo así, la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otra está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y, además, crea peligro efectivo, constatable, para la vida o la integridad física de las personas identificadas o concretas, distintas del conductor temerario.

Efectivamente, se caracteriza este delito como de peligro concreto, por lo que la simple conducción temeraria —que de por sí entraña una conducción peligrosa— no es suficiente para completar el tipo. Es decir, es necesario que la acción peligrosa se materialice en un resultado de peligro concreto.

Peligro concreto cuyo concepto tiene unos perfiles ciertamente indefinidos, si bien ha de afirmarse su presencia cuando el objeto de la acción portador del bien jurídico, la vida o integridad de las personas, haya entrado en el radio de la acción de la conducta peligrosa del agente, de manera que no pueda excluirse la eventualidad de una lesión.

En definitiva, la conducción del agente debe crear situaciones de riesgo evidente

tanto para los conductores de otros vehículos, como para los peatones que se encuentren en su radio de acción,

La aplicación del tipo penal requiere en cualquier caso, que la conducción peligrosa sea manifiesta y generadora de alarma social, criterio éste que delimitará lo que sea competencia del Derecho Penal o, en su caso, del Derecho Administrativo sancionador.

Sentencia 305/2008, AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, de 30 de junio de 2008

PRUEBA DE ALCOHOLEMIA MEDIANTE EXTRACCIÓN TERAPÉUTICA DE SANGRE

Arts. 152, 379 y 383 Código Penal; 12 y 65 Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Sara Uceda Sales

SÍNTESIS

Si la extracción sanguínea se lleva a cabo con finalidad terapéutica y no policial no vulnera ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad. Pero en este caso la incorporación al proceso de la analítica se hizo sin que conste una intervención judicial previa, por lo que puede existir vulneración del segundo de los derechos constitucionales citados y se procede a la absolución del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

(...) el Tribunal Constitucional entiende, respecto a la extracción sanguínea, que si ésta se llevó a cabo, no como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del acusado, sino en el ámbito curativo, es de-

cir, con una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médico-asistencial y consistiendo la prueba en cuestión en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve, no se lesiona ni el derecho a la integridad física (art. 15.1 de la CE), ni el derecho a la intimidad corporal (STC 234/1997, de 18 de diciembre).

No obstante, el Tribunal Constitucional también señala que puede existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal, ya que esta vulneración podría causar la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. (...)

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, en que se alega la vulneración de este derecho por haber sido incorporado a la causa y valorada como prueba por los órganos jurisdiccionales la analítica obrante en el historial clínico sin esa justificación, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tal derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable:

a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La Audiencia Provincial alude en la resolución re-

currida al art. 339 de la LECrim. Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el ‘cuerpo del delito’, entendiéndose por tal ‘las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida’ (art. 334.1 de la LECrim.). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 6). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de Ley, los arts. 12 y 65 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el Médico forense emitiera dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego: 1) que era idónea (apta,

adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido o con ella (art. 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; 2) que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin, y 3) que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (SSTC 13/1985, de 31 de enero y 26/1981, de 17 de julio) y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepción o restrinja el derecho (STC 62/1982, de 15 de octubre, F. 2), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental (STC 37/1989,

de 15 de febrero, F. 8). En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F4, que cita otras muchas)".

Cuarto.—En el supuesto de autos resulta evidente que la extracción sanguínea se efectuó con finalidades terapéuticas pero, en cuanto a su incorporación a las actuaciones, únicamente existen dos testificales contradictorias sobre cómo se incorporó dicha analítica al proceso, sin que conste que hubiera intervención judicial previa, por lo que solo puede concluirse que su incorporación lo fue con vulneración del derecho fundamental del acusado a su intimidad personal, por lo que la pretensión del Ministerio fiscal respecto a que se valore la documental médica obrante al folio 11 de las actuaciones y la pericial médico forense sobre la hemoconcentración alcohólica realizada sobre dichos resultados, no puede tener favorable acogida.

Sentencia 470/2008, AP TENERIFE, Sec. 5.^a, de 30 de junio de 2008

PRINCIPIO ACUSATORIO: VIOLACIÓN DEL *QUANTUM* DE PENA INTERESADA POR LA ACUSACIÓN

Arts. 153.1 y 3 Código Penal; 741 LECrim.; 24 CE

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis González González**

SÍNTESIS

Sucinta, pero claramente, revoca la Audiencia la decisión del Juzgado de lo Penal de imponer una pena de alejamiento mayor que la que pidió el Fiscal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cuarto.—En lo referente a la aludida vulneración del principio acusatorio, y que el apelante basaba en el hecho que habiéndole solicitado el Ministerio Fiscal la pena de alejamiento con relación a su compañera por dos años le fueron impuestos tres, efectivamente su imposición vulnera el mentado principio por imponérsele pena de mayor extensión que la solicitada, pues, como señaló el Tribunal Supremo en el Acuerdo del

pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 “... 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”, de ahí que si proceda estimar este motivo de impugnación.

A tenor de lo contemplado en el artículo 240 de la LECrim., no haremos mención alguna sobre las costas de esta segunda instancia.

Sentencia 323/2008, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 4 de julio de 2008

ACUSACIÓN POPULAR COMO ÚNICA SOSTENEDORA DE LA ACCIÓN. DOCTRINA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. CASO DEL “ÁCIDO BÓRICO”

Arts. 390.1.º Código Penal; 782 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Pilar Oliván Lacasta**

SÍNTESIS

Discrepa la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de la interpretación —a su juicio restrictiva— que hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de diciembre de 2007 sobre el ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. La sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciem-

bre, que por la relevancia de las cuestiones a dilucidar fue dictada por el pleno de la Sala, acoge una doctrina jurisprudencial que merma de forma sustancial el ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento procesal. La tesis acogida por la mayoría del

Tribunal, que confirma la decisión adoptada por Sala 1.^a de la Audiencia Nacional que dejó sin efecto el auto de apertura del juicio oral, se fundamenta en el siguiente argumento nuclear: en el procedimiento abreviado, según la redacción del art. 782 de la Ley Procesal Penal, no puede abrirse el juicio oral a instancias sólo de la acusación popular; de modo que en los supuestos en que el Ministerio Fiscal y la acusación particular interesen el sobreseimiento éste deberá acordarse imperativamente, aunque en el proceso se halle personada una acusación popular que, discrepando del criterio de las otras dos acusaciones, interese la apertura del juicio oral.

Las razones de la mayoría de la Sala se condensan sustancialmente en tres fundamentos puntuales. El principal, se apoya en la interpretación literal del art. 782 de la LECrim., y los otros dos conciernen al derecho de defensa y al principio de celeridad en el procedimiento abreviado.

(...)

3. La debilidad de la argumentación de la sentencia de la mayoría en lo que atañe a este extremo concreto de la interpretación literal del precepto, queda puesta de relieve en los exhaustivos razonamientos de los votos particulares de los magistrados que discreparon de la decisión de la mayoría del Tribunal, e incluso en lo argumentado por algún voto particular que compartió la decisión mayoritaria pero no así la argumentación.

El análisis de los razonamientos de la sentencia permite verificar que la interpretación de la mayoría descontextualiza de forma ostensible el precepto supuestamente innovador, acudiendo para ello a una interpretación literalista que contradice no sólo el texto general de la Ley Procesal Penal, sino también la regulación específica referente al procedimiento abreviado.

En efecto, en primer lugar, y tal como se expone en la argumentación de alguno de los votos particulares, debe subrayarse que la LECrim. sólo menciona la acción popular al referirse a ella con carácter general en el art. 270 (en relación con el art. 101), pero

nunca la cita expresamente cuando contempla la tramitación procesal. Al regular los actos procesales en que puede intervenir la acusación popular la nombra siempre de forma indirecta o tácita, utilizando en unos casos la denominación de “partes personadas” (arts. 759.2.^o, 759.3.^o, 760, 779.5.^a y 801); también la cobija bajo el sintagma de “las otras partes” (art. 762.5.^a) o de “las partes” (arts. 785.1 y 789.2); y en otras ocasiones se vale de la expresión “acusaciones personadas” (art. 780.1 y 781.2), “parte acusadora” (art. 786.1) o “partes acusadoras” (art. 798.1).

Por consiguiente, cuando en el art. 782.1 el legislador utiliza la expresión “acusador particular” ha de ser interpretada en el sentido con que se emplea en otros preceptos de la LECrim., tanto en el procedimiento ordinario como en el propio abreviado. La interpretación que hace la sentencia del TS descontextualiza el significado de la norma y llega a conclusiones irrazonables, no sólo con respecto al conjunto del sistema del proceso penal, sino también dentro de la propia regulación del procedimiento abreviado. Y ello porque, de seguirse esa interpretación sobre el significado de la expresión “acusación particular”, habría que entender que cuando se refiere en el art. 783.2 a la “acusación particular” debiera quedar excluida la acusación popular, lo cual resulta realmente ilógico. Y en lo que atañe al procedimiento ordinario, en el caso de que no se entienda comprendida la acusación popular dentro del término acusación particular habría que expulsarla de facto de la tramitación del proceso (ver arts. 623, 627, 651 y 734 a 736). Pues bien, una interpretación de una norma que aboca a la incongruencia y al absurdo nunca puede ser la correcta.

4. Y si el argumento de interpretación literal que se expone en el voto mayoritario quiebra ante una interpretación sistemática, contextual y teleológica de la Ley, otro tanto puede decirse del argumento que la sentencia denomina subjetivo o histórico. En este caso se razona, tal como ya se apuntó, en el sentido de que el debate parlamentario giró

en torno a las enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular —como representante del perjudicado por la acción delictiva— y el acusador popular” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, enmienda n.º 133 respecto de la Ley 38/2002).

Pues bien, en este caso las razones en contra de ese argumento subjetivo o histórico se muestran determinantes. La sentencia del TS cita para justificar el cambio de criterio del legislador una enmienda presentada por Convergència I Unió y extrae conclusiones de la misma que van mucho más allá de lo que realmente pretende la propia enmienda, conclusiones que, además, contravienen sustancialmente el texto de la exposición de motivos de la Ley 38/2002.

(...)

7. Por último, y en lo concerniente al argumento del voto mayoritario de la STS 1045/2007 relativo a la tutela del derecho de defensa de los acusados, es claro que la intervención de las acusaciones populares poco tiene que ver con la restricción del derecho de defensa. Pues si los acusados van a poder formular las alegaciones y aportar las pruebas que estimen pertinentes contra las imputaciones de las diferentes acusaciones, no se entiende cómo se puede cercenar en estos casos el derecho de defensa. Y si el voto mayoritario quiere referirse con ello a que al incrementarse el número de acusaciones tienen que acentuar los acusados su esfuerzo defensivo, ello sucede siempre que concurren varias acusaciones en un proceso y nadie considera mermado por ello el derecho de defensa. El problema se centra entonces en determinar si las acusaciones se hallan legitimadas o no para intervenir, pero una vez que sí lo están el derecho de defensa aparece salvaguardado siempre que no se le limite a los acusados su derecho a contrargumentar y a contraprobar.

No deja, por lo demás, de resultar chocante que se acuda al argumento cuantitativo para garantizar el derecho de la defensa

de los acusados equilibrando numéricamente las partes precisamente en un proceso en que figuraban sólo dos partes acusadoras y unos acusados que no destacaban precisamente por una posición de inferioridad. Tampoco parece, pues, oportuno en este caso el argumento del Tribunal Supremo, al orillar los criterios cualitativos como definitorios del derecho de defensa para enfatizar el aspecto cuantitativo del número de acusaciones que incriminan a los acusados.

Resumiendo, pues, la Sala no puede compartir los razonamientos plasmados por la mayoría del Tribunal en la STS 1045/2007 porque:

1) Contiene una interpretación del art. 782 de la LECrim. que descontextualiza sustancialmente el precepto, se opone de forma ostensible al criterio de la interpretación sistemática y orilla el espíritu y el fin de la norma, además de contradecir la voluntad legislativa.

2) Además, instaura dos modelos procesales de acusación, rompiendo así la unidad del ordenamiento jurídico procesal, con lo que contradice numerosos precedentes en los que se orienta por ese principio unificador y veda los intentos de desigualar las garantías procesales en los distintos procedimientos.

3) Contraviene el principio *pro actione* como criterio orientador de interpretación de las normas que regulan la intervención de las partes en los distintos procesos, a tenor de numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4) Desnaturaliza el concepto del derecho de defensa con criterios cuantitativos ajenos a la esencia de ese derecho y a la forma de operar en el proceso penal.

5) Por último, se vale del principio de celeridad para fundamentar la exclusión de la acusación popular en la fase de juicio oral cuando las dilaciones procesales se centran fundamentalmente en la fase de instrucción, en la que seguirá interviniendo como parte personada la acusación popular.

Sentencia 99/2008, AP MADRID, Sec. 23.^a, de 9 de julio de 2008

DIFUSIÓN POR INTERNET DE ABUSOS SEXUALES SOBRE MENORES:
PROBLEMAS DERIVADOS DE LA MULTIPLICIDAD DE AFECTADOS

Arts. 180, 181, 182 y 189 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. Dña. María Riera Ocáriz**

SÍNTESIS

Examina esta sentencia, entre otros, las siguientes cuestiones relacionadas con el artículo 189.1.a) y b) del Código Penal: a) si se trata de un solo delito continuado o de tantos delitos como menores afectados; b) tratamiento penal cuando se realizan varias grabaciones sobre un mismo menor; c) régimen de la difusión o venta por internet de estas imágenes, y d) si ha de penarse separadamente el supuesto de que quien difunde las imágenes sea el autor de los abusos sexuales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—Ahora bien, previamente a ello, es necesario concretar y plantearnos respecto a estas figuras delictivas del artículo 189 en sus apartados a) y b) del C. Penal, y para el caso de que sean varios menores los sujetos pasivos o víctimas de estos delitos, tres cuestiones: 1.—Respecto al apartado a) de dicho precepto (utilización de menores), si nos encontramos ante un solo delito, o ante un delito continuado de utilización de menores para la elaboración de cualquier clase de “material pornográfico”, o bien ante tantos delitos como menores hayan sido “utilizados”, si se nos permite esta expresión del C. Penal; 2.—Si consideramos que se trata de tantos delitos como menores hubieran sido utilizados, en el caso de que se hubieran hecho varias grabaciones sobre el mismo menor, se considera un solo delito o un delito continuado; 3.—En el caso de que ese material, una vez elaborado, hubiera si-

do distribuido, difundido, o facilitada su venta, distribución o difusión, también se plantea si nos encontramos ante un solo delito o ante tantos delitos como menores aparezcan implicados; 4.—Por último, hemos de cuestionarnos, si en los supuestos en los que la distribución, difusión o venta [apartado b) del artículo 189 del C. Penal] se cometa por las mismas personas que hayan utilizado a los menores para elaborar el material pornográfico, dicha conducta ha de penarse por separado o bien se entiende subsumida en el apartado a) del número 1 del artículo 189 del C. Penal.

Para dar respuesta a las anteriores cuestiones, hemos de tener en cuenta el criterio seguido por la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado. Con carácter previo se afirma que “... La superación de la libertad sexual individual como único bien jurídico protegido en el Título VIII es expresamente proclamada por la Exposición de Motivos de la reforma de 1999, que declaraba

que ‘... no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos’.

Desde luego, que el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el art. 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual, queda aún más claro tras la nueva tipificación del denominado delito de pseudopornografía infantil penado en el art. 189.7 del CP, en el que no hay menores afectados directa o indirectamente en su esfera sexual. La rúbrica del Título VIII del Código Penal, no abarca, pues, de forma omnicomprendiva todos los bienes jurídicos tutelados en los artículos comprendidos en el mismo.

Como *prius* debe partirse también de que una interpretación racional de los tipos del art. 189.1 a), 189.1 b) y 189.2 lleva a la conclusión de que dentro del 189.1.a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciénolos para que se presten a la elaboración del material, filmando etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1.b) como el 189.2 el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de conducirse la acción a la letra a).

Partiendo de esta exégesis, cuando el art. 189.1.b) incluye como una de las conductas típicas alternativas la de producir el material pornográfico, debe entenderse que se refiere

a acciones desplegadas *ex post*, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades tendentes a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo del art. 189.1.a).

En cuanto a la primera de las cuestiones, la referida Consulta dice al inicio que “... no somete a consulta el supuesto previsto en el artículo 189.1.a), para el que considera pacífico que se cometerán tantos delitos como menores afectados...”, afirmando posteriormente que “... en el tipo del art. 189.1.a) claramente se protege la indemnidad sexual del menor, pues involucrarlo en determinadas actividades sexuales con fines o intereses pornográficos puede afectar muy negativamente al desarrollo de la personalidad y su adecuado proceso de formación, así como eventualmente a su integridad física, psíquica y espiritual.

También en estos supuestos se lesiona la dignidad de la infancia e igualmente cabe entender que el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor se ven protegidos, pero estos bienes jurídicos quedan en un segundo plano, eclipsados por el anterior. En todo caso nos encontramos con bienes personalísimos y con menores concretos directamente perturbados, lo que por tanto lleva a entender que se cometerán tantos delitos como menores resultaren afectados.

En consecuencia, de las cuestiones que se acumulan en el análisis conjunto de ambas consultas una de ellas puede ser despejada *a limine*: en el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [art. 189.1.a)], en tanto la conducta incide sobre menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, y en un primer plano a la indemnidad sexual de los mismos, hemos de concluir que necesariamente habrán de apreciarse tantos delitos cuantos menores fueren afectados, que entrarían en régimen de concurso real...”.

A su vez, y respondiendo así a la segunda de las cuestiones planteadas, en el caso de que existan varias grabaciones en momentos diferentes de los referidos menores, de-

bemos entender que se ha cometido un delito continuado por aplicación del artículo 74 del C. Penal, que permite expresamente para este tipo de infracciones penales la continuidad delictiva, máxime si se entendiera incluso que en este tipo de delitos, el bien jurídico protegido, además de la libertad e indemnidad sexuales, también se tutela de manera especial y eminente la dignidad del menor, la intimidad del mismo y el derecho a la propia imagen, así como el derecho a que el menor no sufra ningún tipo o forma de explotación sexual. La Consulta de la Fiscalía afirma expresamente al analizar en el apartado VII la “utilización de menores y continuidad delictiva”, que “... En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [art. 189.1.a)] no existen obstáculos para que cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del art. 74 del CP, sean susceptibles de calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado. Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del delito continuado a delitos contra la libertad sexual ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes [...].

En consecuencia, en el presente caso, Carlos Daniel, al existir acreditado que grabó en diversas ocasiones a varios menores, nos encontramos con que habría cometido tantos delitos continuados como menores utilizados para elaborar el material pornográfico, es decir, cinco delitos continuados del artículo 189.1.a) del C. Penal. En el caso de Rodolfo, además de las grabaciones, también existen múltiples fotografías del menor Jon, y el vídeo de los menores Pedro Miguel y Ernesto, por lo que ha de condenarse por tres delitos continuados. Y por último, al procesado Eduardo, ha de imputarse y condenarle por dos delitos continuados, ya que consta en autos que grabó a los menores Pedro Miguel y Ernesto en distin-

tas y diferentes ocasiones lo que evidencia la continuidad delictiva.

En cuanto a la tercera de las cuestiones anteriormente, y en relación ya al tipo penal descrito en el apartado b) del artículo 189 del C. penal, la referida Consulta de la Fiscalía afirma que “... que debe partirse de una interpretación racional de los tipos del artículo 189.1 a), 189.1 b) y 189.2 lo que lleva a la conclusión de que dentro del artículo 189.1.a) han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc...) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando el local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1.b) como el 189.2 el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a). Partiendo de esta exégesis, cuando el art. 189.1.b) incluye como una de las conductas típicas alternativas la de producir el material pornográfico, debe entenderse que se refiere a acciones desplegadas ex post, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades tendientes a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo del art. 189.1.a) del C. Penal”. Igualmente se afirma en la Consulta, tras un estudio detallado de los posibles bienes jurídicos conculcados por el artículo 189.1.b) del C. Penal, que “... En definitiva, los tipos de los arts. 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1.a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Por tanto, en ambos casos, siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no

puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo...”, afirmación esta que “marcará” la decisión y la tesis que adoptará la Fiscalía para el castigo de esta infracción penal, cuando señala que “... Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que la conducta es única y también lo es la valoración jurídica, con independencia de si las imágenes representan a un único menor o a varios. A contrario, cuando el sujeto activo del delito actúa elaborando el material, en relación directa con los menores afectados, comete tantos delitos como menores, en régimen de concurso real, y sin perjuicio de que puedan también cometerse simultáneamente otros delitos contra la libertad sexual de los menores, si para elaborar el material pornográfico se incurre o se hace incurrir al menor en otras conductas con relevancia penal. El tipo del art. 189.1.b) no atiende a bienes jurídicos individuales, como se desprende de la descripción de la conducta, que recae no sobre un menor o varios menores, sino sobre el material pornográfico como un *totum*. Robustece esta conclusión la expresa declaración legal de la irrelevancia de que el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido, declaración que apunta a un tratamiento del material desconectado de los sujetos afectados...”.

(...)

Por lo tanto, aun en el caso de que existan varios menores objeto de las grabaciones, filmaciones, fotografías, etc., ha de considerarse un solo delito; y en segundo lugar, que es lo que realmente resuelve la sentencia del Tribunal Supremo de 2007 antes citada, aun cuando hubiera habido varias grabaciones o

varios momentos diferentes, también ha de considerarse como un único delito dada la agravación de la pena prevista en el artículo 189.3 del C. Penal.

Por lo que se refiere a la cuarta de las cuestiones planteadas, y a la vista de lo señalado anteriormente, especialmente a la diferencia existente entre los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal previsto en el apartado a) y el regulado en el apartado b), siendo el primero de ellos el más personal, pues se atenta directamente contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, y el segundo el de la dignidad del menor, y la protección de la infancia, tal y como hemos dicho anteriormente, y dado que son dos actos perfectamente diferenciados, uno el de la elaboración y otro el de la distribución, creemos que en los supuestos en los que una misma persona utilice a los menores para elaborar material pornográfico y posteriormente sea el mismo sujeto el que los distribuya entre terceras personas, no existiría ningún obstáculo para castigar ambas infracciones por separado, pues la lesión al menor es diferente en uno y otro caso y en consecuencia han de castigarse como un concurso real de delitos, sin que haya de entenderse que la conducta descrita en el apartado b) quede subsumida en el apartado a) del artículo 189 del C. Penal, pues en la segunda de las infracciones además de ser distinto el bien jurídico protegido es diferente también el ánimo que guía al sujeto, que no es directamente el satisfacer sus deseos sexuales, sino el obtener un beneficio del tipo que sea con la posterior distribución, difusión o venta, siendo este tipo delictivo un delito de mera actividad a diferencia del descrito en el apartado a) en el que existe una lesión directa al menor utilizado para elaborar el material pornográfico.

Sentencia 252/2008, AP MADRID, Sec. 3.^a, de 24 de julio de 2008

LA SUFICIENCIA DE LA CONSIGNACIÓN DEBE DECLARARSE DE OFICIO.
LA INDEMNIZACIÓN ES DEUDA DE VALOR

Arts. 790 a 793 LECrim.; 20 Ley de Contrato de Seguro; 621 Código Penal; 1 y Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa

SÍNTESIS

El Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 2006 declaró que la aseguradora no está obligada a instar del órgano judicial la declaración de suficiencia de la cantidad consignada, pues el órgano judicial debe decirlo de oficio. El legislador no quiso vincular la cuantía de la indemnización a la fecha del siniestro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La cantidad consignada por la compañía aseguradora es una mera estimación a cuenta, que se entrega con la exclusiva finalidad de interrumpir el período de mora, que no tiene la consideración de allanamiento a las pretensiones de contrario. El hecho de haber consignado provisionalmente una cifra concreta no impide la posterior discusión sobre la procedencia misma de la indemnización o sobre el concreto importe que resulte adecuado a la vista de los medios de prueba practicados en el acto de la vista oral. Siendo esto así, es evidente que el órgano judicial no se encuentra vinculado en ningún sentido por razón del importe de la cantidad consignada.

Desde otro punto de vista, el último motivo del recurso se dirige a solicitar la aplicación de los intereses moratorios a cargo de

la Compañía Aseguradora en virtud de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

El devengo de intereses a favor de los perjudicados en hechos derivados de la circulación de vehículos de motor, y a cargo de los aseguradores si no satisfacen o consiguran las indemnizaciones procedentes dentro de los plazos establecidos, tiene la condición de una cláusula penal introducida por ministerio de la ley en el contenido paccionado de un contrato de seguro de responsabilidad civil, ensanchado y extendiendo así su contenido negocial; esta disposición impone un especial deber de diligencia y en la investigación de las consecuencias del siniestro, y también de temporaneidad en la prestación consiguiente, actuando a modo de compensación del perjuicio derivado de la necesidad de litigar y del retraso en la indemnización de los perjuicios, y correlati-

vamente, como estímulo a la diligencia del asegurador.

Tal sentido objetivo no es, sin embargo, absoluto y sin temperamentos; es necesario atender a las vicisitudes y a las circunstancias concretas de cada caso, que permitan apreciar la idea de culpabilidad o reproche lógicamente implícita en una cláusula de esta naturaleza, en tanto el concepto de sanción está necesariamente relacionado con el de incumplimiento, y repugna al ordenamiento jurídico la penalización de conductas razonablemente diligentes; el criterio de la buena fe, que rige y preside las relaciones jurídicas, no puede ser ajeno a esta cuestión.

Se observa en las actuaciones que dentro del plazo de los tres meses a partir de la fecha del siniestro, la compañía consignó judicialmente el importe de 28.227,97 euros. Se trata de una cantidad sobre cuya suficiencia se pronunció en su momento el Juez Instructor, aunque después dicho órgano no realizó ofrecimiento a la víctima de la cantidad consignada. Pero dicha omisión nada tiene que ver con la actuación de la compañía aseguradora y no puede conllevar responsabilidad alguna a su cargo. En este sentido, debe precisarse que en Acuerdo adoptado por la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 2006, se entendió que la compañía aseguradora no está obligada a instar del órgano judicial ni siquiera una declaración sobre la suficiencia de la cantidad consignada, sino que debe realizarlo dicho órgano de oficio. Con más razón cabe concluir lo mismo en relación a la actuación ulterior exigible del Juzgado.

Cuarto.—Ha de estimarse el motivo del recurso relativo al baremo aplicable. Los recurrentes sostienen con acierto, y en contra de lo decidido en la sentencia recaída, que debe serlo el del momento en que se dicta la sentencia y no el vigente en el momento de la fecha del accidente, que coincide en este caso con el año en que se produjo la sanidad.

El criterio seguido por esta Sección 3.^a, coincidente en su día con el de otras seccio-

nes de la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencias de la Sección 1.^a de 12 de junio de 2000; Sección 2.^a de 12 de mayo y 15 de noviembre de 1999 y 31 de julio de 2001; Sección 4.^a de 17 de febrero de 2000; Sección 5.^a de 14 y 28 de febrero de 2000 y 12 de febrero de 2001; Sección 6.^a de 11 de noviembre de 1999, 29 de febrero, 2, 3, 10 y 14 de marzo y 27 de octubre de 2000; Sección 7.^a de 12 de enero de 2001; Sección 16.^a de 13 de septiembre de 1999, 13 de febrero y 18 de noviembre de 2002; Sección 17.^a de 20 de enero de 2000 y 8 de octubre de 2001; y Sección 23.^a de 7 de junio y 27 de diciembre de 2002) en lo referente al valor económico que deben tener los días de incapacidad y las secuelas, es el de considerarlo como una deuda de valor, de manera que debe fijarse conforme a la actualización del Baremo vigente en la fecha en que se dicta la sentencia. Las razones que apoyan seguir sosteniendo la indicada perspectiva son las siguientes:

1. Así lo entiende la doctrina e igualmente y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto enseña desde una perspectiva genérica que las obligaciones indemnizatorias son auténticas “deudas de valor” en las que el dinero no constituye propiamente el objeto de la prestación debida, sino el medio con el que se trata de lograr el resarcimiento de un determinado valor (Sentencias de la Sala 2.^a de 25 de enero de 1990, 14 de marzo y 15 de abril de 1991, 16 de junio de 1992 y 17 de febrero de 1994).

Por su parte, la Sala 1.^a viene entendiendo que la solución valorista resulta más justa que la nominalista, en cuanto mantiene así el principio de equivalencia de las prestaciones, compensando del tiempo transcurrido desde que ocurrió el siniestro hasta el momento de su indemnización. Si bien, sin decidida claridad nuestro Código Civil parece seguir el sistema nominalista, a tenor del contenido de los artículos 1170 en relación a los 1754 y 1753 y en cierto sentido el precepto 312 del Código de Comercio respecto a los préstamos en dinero, por lo que se ha venido tradicionalmente considerando

las deudas pecuniarias como obligaciones de suma; no obstante la jurisprudencia más reciente se encamina a superar tal concepción, para considerar las deudas indemnizatorias como deudas de valor, y así el Código Civil aporta cierto apoyo en sus artículos 1106, 1045 y 1079 (Sentencias de la Sala 1.^a de 15 junio 1990, 4 febrero y 15 de junio de 1992, 10 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 19 de octubre de 1996, 16 de junio, 21 y 28 de noviembre de 1998, 15 de julio de 1999 y 15 de marzo de 2001).

2. La jurisprudencia recaída ya específicamente sobre el Baremo de la Ley 30/1995 igualmente apoya mayoritariamente esta interpretación. Así, la sentencia de la Sala 1.^a de 21 de noviembre de 1998, y las sentencias de la Sala 2.^a de 15 de febrero de 2001 y 30 de noviembre de 2001, indicativas de que la nueva redacción dada al título primero, capítulo primero, de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, art. 1.2, no establece cuál es el ámbito de vigencia temporal de los baremos. En el anexo, sólo se prevé que la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será referida a la fecha del accidente (Primero 3). Pero no existe una norma que establezca si la cuantificación del daño se debe realizar según la actualización del momento de dictar sentencia o según el momento del accidente. Sin embargo, el primero de los aludidos es el correcto, dado que de otra manera se beneficiaría injustificadamente al deudor que, habiendo podido calcular la cantidad adeudada, para satisfacerla inmediatamente desde el momento en el que ella es exigible, ha preferido disfrutar de la demora que genera la duración del proceso.

La única sentencia de la Sala 2.^a en sentido contrario al expuesto, de fecha 5 de marzo de 2003, en modo alguno puede entenderse que zanje el debate en el sentido pretendido; se trata de una resolución aislada, como tal incapaz de configurar jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil).

Por último, las dos sentencias de fecha 17 de abril de 2007, dictadas por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, sientan una doctrina que

toma como punto de partida un supuesto inaplicable en esta jurisdicción, y que resulta exclusivo de la civil: la necesidad de evitar que la víctima tenga a su disposición la determinación del momento en que definitivamente se tenga que fijar la cantidad, ya que por medio de la interrupción de la prescripción, puede alargar la fecha de interposición de la demanda, con la inseguridad que tal situación crea. En el ámbito penal, en cambio, la mayor parte de las actuaciones se siguen de oficio, de manera que no concurre la eventualidad de una actuación deliberada de la víctima en fraude de ley.

3. El sistema de valoración refiere expresamente a la fecha del siniestro los datos que deben permanecer inalterables para el cálculo de la indemnización, como sucede respecto a la edad de las víctimas en la previsión del apartado Primero punto 3, antes mencionado. *A contrario sensu*, la omisión de mención expresa en el mismo sentido, lleva a concluir que el legislador no quiso vincular la cuantía de la indemnización a la fecha del siniestro, sin duda consciente de la caracterización jurisprudencial de la responsabilidad civil como deuda de valor, y del fenómeno usual de la extensión de los procesos judiciales en el tiempo.

4. Todas las resoluciones de la Dirección General de Seguros, desde la de 13 de marzo de 1997, expresan que dan publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año que corresponda al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Y el momento de aplicación ha sido precisamente aquél en que se dictó la sentencia.

5. Es necesario distinguir entre la fecha del siniestro como causa determinante del perjuicio y el momento en el que se procede a la liquidación de los daños que son su consecuencia (Sentencia de la Sala 1.^a de 17 de diciembre de 1994), desde la perspectiva además de que la responsabilidad indemnizatoria se devenga por días.

Como consecuencia de lo expuesto, en el momento del accidente lo que ha contraído el responsable del mismo frente a los perjudicados es una deuda indemnizatoria; a lo que debemos añadir la aplicación del principio “restitutio in integrum” contenido en el Baremo (DA. 8.ª Ley 30/1995 y Exposición de Motivos de la Resolución 13 de marzo de 1997 de la DGS).

6. Finalmente, este es el sentido del acuerdo adoptado a tal efecto en la Junta para Unificación de Criterios de las Secciones Civiles y Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de junio de 2005. Además, la Junta de 29 de mayo de 2008 para Unificación de Criterios decidió mantener dicho acuerdo, pese a las senten-

cias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 citadas.

Como conclusión de lo dicho, es de aplicación la Resolución de 17 de enero de 2008 de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, que determina un valor de 64,57 euros por día de hospitalización (fijados en 24); un valor de 52,47 euros por día de incapacidad sin estancia hospitalaria (fijados en 147), y 28,26 euros por día de curación no impeditivo (fijados en 29), lo que arroja las cifras de 1.549,68 euros; 7.713,09 euros y 819,54 euros respectivamente. En relación a las secuelas, el valor del punto es el de 993,17, por 12 puntos 11.918,04; finalmente respecto al perjuicio estético, 789,09 euros como valor de cada punto por los 4 apreciados, por tanto con una cifra de 3.156,36 euros. El total es 25.156,71 euros.

Sentencia 131/2008, AP NAVARRA, Sec. 3.ª, de 24 de julio de 2008

ATENTADO CONTRA VARIOS AGENTES DE LA AUTORIDAD: UNIDAD DE DELITO

Arts. 139, 550, 551, 552, 566.1.1.º y 567.1 y 2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Santiago Delgado Cruces**

SÍNTESIS

Al ser dos los agentes atacados, sostuvo la acusación popular la comisión de dos delitos de atentado, tesis desechada conforme a la doctrina jurisprudencial, por cuanto el bien jurídico lesionado es uno y único, con independencia de que la realidad de varias agresiones dé vida a otros delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Partiendo de las circunstancias a las que venimos haciendo mención, no cabe duda alguna, por su evidencia, que

tal acción desplegada por el procesado constituyó un gravísimo acometimiento a dos agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, dato este obviamente conocido por el agresor, y, desde luego, concurren to-

dos los elementos que integran el delito: a) la acción del sujeto activo en cualquiera de las manifestaciones descritas en el art. 550, b) la condición de autoridad o agentes de la misma y c) el elemento subjetivo del injusto constituido por el deseo de menospreciar y vulnerar la función pública que el agente encarna y representa; el núcleo del delito de atentado, dice la sentencia del TS de de 21 enero de 2002, “está constituido por el ataque a esa función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática, por eso el delito de atentado responde a la naturaleza de los delitos de pura actividad, que se perfeccionan con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, aunque éste no llegue a consumarse en la persona de los agentes atacados”.

Efectivamente, los veintiún disparos que el procesado efectuó contra los agentes constituyen legalmente un gravísimo acto de acometimiento, lesivo del principio de autoridad, que es el bien jurídico protegido en el precepto mencionado, realizado contra quienes se encontraban en el pleno ejercicio de sus funciones, vestían la uniformidad reglamentaria, con las insignias propias de su condición y circulaban en un vehículo oficial dotado de todas las características que permitían identificarlo como tal, de modo que el agresor, con absoluta conciencia de tales circunstancias y con intención de matar y vulnerar la función pública que los agentes

encarnaban, y no cabe, desde luego, mayor ataque a la misma que disparar para matar a los agentes del orden, realizó los actos descritos antes con lo que, como decimos, concurren cuantos elementos son necesarios para la comisión del delito de atentado en la modalidad agravada contenida en el número primero del artículo 552 del CP, en tanto que la agresión se realizó con armas.

Sostuvo la acusación popular la comisión de dos delitos de atentado, al ser dos los agentes atacados. Pero la Sala no puede admitir tal tesis, con arreglo a la doctrina jurisprudencial existente al respecto. La sentencia antes citada de 21 enero de 2002 contiene respecto de esta cuestión la doctrina siguiente: “Consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido, es que la realidad de una actividad agresiva frente a varios agentes o funcionarios públicos, no da vida a tantos atentados cuantos agentes existan, sino sólo a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes; cuestión distinta es que la realidad de múltiples agresiones den vida a otro delito —contra la integridad física—, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos de lesiones u homicidios como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado (SSTS 650/1993, de 22 de marzo, 1437/2000, de 25 de septiembre)”.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**CONSULTA 2/2008, DE 25 DE NOVIEMBRE,
SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL
DE LAS AGRESIONES A FUNCIONARIOS PÚBLICOS
EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO**

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.
 - II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE ATENTADO.
 - III. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.
 - IV. APLICACIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO.
 - V. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO DE ATENTADO.
 - VI. CONCLUSIONES.
-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La reiteración de noticias referidas a agresiones y amenazas producidas contra personas que ejercen sus funciones en el ámbito de la sanidad y de la enseñanza, ha generado en la actualidad un amplio debate social sobre las medidas preventivas y represivas precisas para hacer frente a tales manifestaciones violentas.

Diversas Comunidades Autónomas vienen desarrollando iniciativas con el objeto de prevenir y atender a los profesionales afectados, mediante la elabora-

ción de protocolos de actuación, publicación de guías de orientación, asesoramiento jurídico y personación en las causas judiciales, e incluso a través de la adecuación de las infraestructuras y el establecimiento de nuevos diseños en los centros sanitarios.

Dicho fenómeno ha trascendido al ámbito jurídico-penal, manifestándose, por un lado, a través de las divergentes concepciones sobre la tutela penal aplicable, expresadas en diversas resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que se han enjuiciado dichas agresiones, y, por otro, en las demandas específicas de protección planteadas por los colectivos profesionales afectados, interesando la imposición de mayores sanciones penales a dichas conductas, concretamente mediante la aplicación a dichos colectivos de la tutela penal que otorga el delito de atentado.

La Fiscalía Superior consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado ante las diferentes posiciones manifestadas en las Juntas de Fiscalías Provinciales de su territorio celebradas al respecto, que son reflejo de la complejidad jurídico-penal que deriva de la interpretación de los ambiguos términos en los que el artículo 550 del Código Penal define el delito de atentado, castigando como reos del mismo a los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Este precepto ha sido interpretado por la Sala II del Tribunal Supremo (SSTS de 16 de junio de 1998, 4 de junio de 2000, 20 de diciembre de 2000, 12 de enero de 2001, 21 de enero de 2002, 13 de septiembre de 2002, 29 de mayo de 2003, 19 de julio de 2007, en las que se citan otras muchas), cuya jurisprudencia establece que para la existencia del delito de atentado es preciso la concurrencia de los siguientes elementos:

a) que el sujeto pasivo de la acción típica sea autoridad, agente de la misma o funcionario público;

b) que la acción contra tales sujetos se realice cuando los mismos se hallen en el ejercicio de las funciones propias de sus cargos o con ocasión de ellas, actuando dentro del marco de la legalidad, toda vez que la extralimitación o exceso en el ejercicio de sus funciones priva al sujeto pasivo de la especial protección que la ley le dispensa, perdiendo su condición pública y convirtiéndolo en un particular (SSTS de 14 de febrero de 1995, 26 de enero de 1996, 26 de septiembre de 2007);

c) que la acción consista en el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave, y

d) que el sujeto activo tenga conocimiento (elemento subjetivo) de la calidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público, de la persona sobre la que ejerce la violencia o intimidación, y el dolo específico de menosca-

bar el principio de autoridad, que puede ser directo, cuando el sujeto busca primordialmente tal ofensa a dicho principio, o «dolo de consecuencias necesarias», si no se quiere principalmente el vejamen de la autoridad, pero se acepta el mismo, como consecuencia necesaria de una actuación en la que se persiguen otros fines. Se presume la concurrencia del expresado elemento subjetivo, cuando el mismo se infiera lógicamente de la constatación de los componentes objetivos del tipo, de acuerdo con las reglas de la experiencia, salvo que se acredite en la causa la existencia de un móvil distinto (SSTS de 1 de junio de 1987, 28 de noviembre de 1988, 16 de junio de 1989, 14 de febrero de 1992, 16 y 21 de enero de 2002, 9 de junio de 2004, 4 de diciembre de 2007).

Aunque la presente consulta tiene por objeto concretar las circunstancias que deben concurrir en los hechos y las condiciones que han de reunir los profesionales que ejercen funciones públicas en la sanidad y en la educación para estar amparados —como sujetos pasivos— por la tutela penal que dispensa el delito de atentado, es preciso significar previamente que las acciones descritas —acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave—, ejecutadas contra los mismos, no exigen un resultado lesivo del sujeto pasivo. Si concurre, se penará independientemente, con aplicación de las reglas concursales correspondientes (SSTS de 15 de marzo de 2003, 19 de julio de 2007, entre otras muchas).

La jurisprudencia ha señalado que el atentado se perfecciona con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, incluso cuando el acto de acometimiento no logre su objetivo, calificando este delito como de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, el delito se consuma con el ataque, acometimiento o grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (SSTS de 15 de marzo de 2003 y 2 de octubre de 2006).

También conviene destacar que el vigente Código Penal incorporó en el artículo 550 la expresión «activa», predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos; mientras que el artículo 556 del Código Penal cuando regula el delito de resistencia, lo hace sin exigir especial calificación en la misma, equiparándola a desobediencia grave, y únicamente referida a la autoridad o sus agentes, no mencionando a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos de estos delitos —resistencia y desobediencia grave—.

Por tanto, no todo acto agresivo contra quien ostente la condición de autoridad, agente o funcionario público será constitutiva del delito de atentado, el cual, en todo caso, solamente puede producirse mediante una ofensa grave contra alguno de dichos sujetos pasivos. Cabe la posibilidad de que la conducta

agresiva sea de escasa lesividad, y, por tanto, constitutiva de falta de coacciones, amenazas, vejaciones, injurias o incluso que tenga carácter meramente administrativo. La graduación de la gravedad de la conducta deberá ser valorada en cada caso.

La Fiscalía Superior consultante sostiene la aplicación del delito de atentado cuando se produzca alguna de dichas acciones —concurriendo los elementos señalados— contra cualquier funcionario público en el ámbito de la sanidad o de la enseñanza. Fundamenta su posición en el tenor literal del texto legal, el cual, salvo la calidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público que debe ostentar el sujeto pasivo, no impone ninguna otra limitación. Además, resalta la circunstancia de que el legislador ha optado por mantener dicho precepto sin modificación, pudiendo haberlo cambiado en alguna de las numerosas reformas operadas en el Código Penal desde su entrada en vigor.

Tal interpretación no es compartida por todas las Fiscalías Provinciales del territorio de la Superior consultante, estimando alguna de ellas que el bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público, entendido como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, limitando, por tanto, la tutela penal que otorga dicho tipo penal, a la actuación de las autoridades y funcionarios encargados de preservarla.

La discrepancia entre ambas posiciones deviene de la diversa concepción de dos cuestiones que, aunque íntimamente relacionadas, seguidamente se analizan por separado con el objeto de concretar el ámbito de sujetos pasivos tutelados por el delito de atentado: la primera está referida al bien jurídico protegido por el tipo penal, toda vez que su determinación es necesaria para precisar cuáles son los comportamientos —empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave— que afectan al mismo; y la segunda, a concretar el concepto de funcionario público como sujeto pasivo del delito de atentado.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE ATENTADO

El legislador ha agrupado diversas figuras en el Título XXII del Libro II del Código Penal, bajo la rubrica de «Delitos contra el orden público», entre las que se encuentra el delito de atentado —artículos 550 al 555—. Dicha ubicación determina, por expresa decisión legislativa, la vinculación del bien jurídico protegido por este delito al concepto de orden público, aunque como seguidamente se expone, existen otros valores afectados también tutelados por dicho delito.

El concepto de orden público no sólo es de difícil concreción, sino que puede ser objeto de diversas acepciones. Así, desde una concepción estricta se le identifica con la preservación de la seguridad ciudadana a través de las potestades coercitivas de la administración y normas de policía; desde una posición

más amplia se hace referencia al mismo «como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y meta-jurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político» (STC 66/1995, de 8 de mayo). Hay otras concepciones que asimilan el orden público al orden jurídico, particularmente en materia de adecuación de sentencias extranjeras al “orden público, es decir, con el Derecho del Estado —español—” (STC 265/1988).

La jurisprudencia más reciente relaciona el orden público con el libre ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el artículo 10.1 CE proclama como fundamento del orden político y de la paz social. Así, en la STS de 4 de junio de 2000 se expresa que «en una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos», en el mismo sentido se pronuncia el ATS de 22 de marzo de 2002. La STS de 4 de diciembre de 2007 define el orden público como la «situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales».

La noción que se mantenga sobre el concepto orden público tiene incidencia en la determinación del sujeto pasivo en el delito de atentado, toda vez que si se entiende que la finalidad de la incriminación de estas conductas es la preservación de la seguridad ciudadana (orden público en sentido estricto), puede sostenerse que las autoridades, agentes y funcionarios a los que se refieren los artículos 550 y ss. del Código Penal son únicamente aquellos que ejercen funciones relacionadas con la conservación de ese orden; mientras que si se adopta una concepción amplia del orden público, el ámbito de sujetos pasivos puede extenderse, en principio, a todas las autoridades y funcionarios definidos como tales en el artículo 24 del Código Penal, tengan o no asignado aquel tipo de atribuciones.

Como se indicaba *supra*, la inclusión sistemática en el Código Penal del delito de atentado, vincula a dicho delito con el orden público que rubrica el Título donde está ubicado. Sin embargo, el bien jurídico protegido por dicho delito no es el orden público en sentido estricto —que afecta a las normas de policía—, toda vez que para su existencia no se requiere una alteración efectiva del mismo, como sí se produce en otras infracciones reguladas en el mismo Título —ej. desórdenes públicos—. Por ello, la jurisprudencia ha sustentado el objeto de tutela del delito de atentado en su afectación al orden público en relación con otros valores, que tradicionalmente se concretaron en el principio

de autoridad, entendido como atributo personal que amparaba el prestigio de las personas que ostentaban determinados cargos.

La aprobación de la Constitución de 1978 supuso un cambio en la concepción del bien jurídico protegido por el delito de atentado. La interpretación jurisprudencial del texto punitivo ha ido sustituyendo progresivamente dicha específica tutela del principio de autoridad como atribución personal, por un concepto de protección de las funciones públicas realizadas por las personas a las que ampara. Así, la STS de 18 de febrero de 2000 expresa que «el bien jurídico protegido [del delito de atentado] más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas».

Igualmente la STS de 4 de junio de 2000 señala que «en una sociedad democrática, en la que rige una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencia ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas».

En el mismo sentido se pronuncia la citada STS de 4 de diciembre de 2007, que identificando la noción del orden público con «el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos», expresa que con el delito de atentado se sancionan «los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las Autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del Código Penal), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal mando o jurisdicción no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.

El sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos».

Por tanto, de conformidad con la anterior jurisprudencia, se puede concluir que el bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público en

sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están dirigidas a menoscabar la actuación de los sujetos expresados en la norma penal en el ejercicio regular de prestaciones relativas al interés general.

III. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Expresan las SSTS de 19 de diciembre de 2000 y 22 de enero de 2003, citadas en la STS de 4 de diciembre de 2007, que el concepto de funcionario público está «nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del Derecho administrativo».

Efectivamente, es reiterada la jurisprudencia que mantiene que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 del Código Penal, según el cual «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas», es más amplio que el que se deriva del Derecho administrativo como evidencia la misma expresión «se considerará» funcionario público, omitiendo la concreción de quiénes efectivamente ostenten tal condición, de lo que se colige que lo que se pretende, más que dar una definición conceptual, es determinar quiénes son las personas que ostentan tal cualidad a los efectos de aplicación del Código Penal.

La STS de 4 de diciembre de 2007, con cita de las SSTS de 10 de julio de 2000, 27 de enero de 2003, 28 de febrero y 23 de mayo de 2005, también expresa que «se trata de un concepto más amplio que el regulado por el Derecho administrativo, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen de su nombramiento que ha de ser por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo».

En el mismo sentido la STS de 5 de abril de 2002, que otorga la condición y calidad de funcionario público a efectos penales al gerente de una sociedad mercantil municipal, nombrado por designación directa de un órgano de la misma, mantiene que «mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública (...) en el ámbito del Derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un

tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el “nombramiento de autoridad competente”. Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (STS de 11 de octubre de 1993 y las que en ella se citan)». A efectos penales, ni siquiera es preciso que la relación jurídica que une al funcionario con la Administración tenga carácter administrativo. Así lo expresa la STS de 27 de enero de 2003, que considera funcionario público a una persona nombrada por autoridad competente en un contrato laboral, señalando que «se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto:

1.^o Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

2.^o Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio artículo 24.2 del Código Penal: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Véanse las sentencias de esta sala, entre otras muchas, de 12 de junio de 1990, 5 de febrero de 1993, 11 de octubre de 1993, 13 de junio de 1995, 30 de diciembre de 1996, 19 de mayo de 1998, 5 de junio de 1998, 10 de julio de 2000 y 27 de febrero de 2001».

No existiendo tal designación pública en el nombramiento de aquellas personas que prestan sus servicios como empleados de empresas o instituciones privadas, aunque éstas —en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración— participen en el ejercicio de funciones sociales, los trabajadores contratados por las mismas no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no responde a ninguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 del Código Penal —disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente—.

IV. APLICACIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO

Son numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que consideran sujetos pasivos de delitos de atentado a los funcionarios públicos en los ámbitos docente y sanitario. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en las causas que han sido objeto de recurso de casación. Así lo estimó la STS de 26 de febrero de 1991 referida a la agresión a un catedrático de anatomía de una Facultad de Medicina, estimando «que ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal [de idéntica redacción al actual artículo 24 del Código Penal] y con la Ley General de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado».

En el ámbito de la sanidad pública, la STS de 20 de mayo de 1993, con referencia a otras anteriores de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981 —que declaraban que los médicos de la Seguridad Social, los farmacéuticos y enfermeras que por disposición legal se incorporaban a la prestación de un servicio social a cargo del antiguo Instituto Nacional de Previsión, reunían los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público a efectos penales— otorga el carácter de funcionario público a un médico sustituto que prestaba servicio en una unidad de urgencias de la Seguridad Social «porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la administración pública».

Aunque la generalidad de la jurisprudencia está referida a supuestos en los que el funcionario público es el sujeto activo del delito enjuiciado, no hay razón alguna para establecer una distinción entre un concepto de funcionario público como sujeto activo y otro como sujeto pasivo. En este sentido se pronuncia la citada sentencia de 4 de diciembre de 2007, al indicar que «se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto,

se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos».

Son numerosas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha apreciado la condición de funcionario público como sujeto activo de diversos tipos delictivos a personal sanitario, baste citar las SSTS de 7 de noviembre de 2001, en la que se confirma la condena a un médico por cohecho; de 4 de diciembre de 2001, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por un médico condenado por un delito de uso de información privilegiada; o la de 28 de febrero de 2002, referida a la condena a un médico por delito de falsedad.

V. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO DE ATENTADO

Existen opiniones que no comparten que un concepto de funcionario público tan amplio como el que ha expresado sea aplicable al delito de atentado (v. Auto de la AP de Sevilla 2 de diciembre de 2005, Sentencia de la AP de Girona 28 de septiembre de 2005 y voto particular STS 4 de diciembre de 2007), estimando que debe restringirse el ámbito de los sujetos pasivos tutelados por dicho delito, el cual solamente otorga protección penal a los funcionarios públicos que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar el poder público, en cuanto garante del ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Es decir, para esta posición, el tipo penal únicamente protege aquellas actividades ejercidas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio de los derechos fundamentales, entendiendo por tales, las actividades desarrolladas por funcionarios de policía, integrantes del poder judicial o los que realizan actividades de control o inspección, en expresión de la citada Sentencia de la AP de Girona «el núcleo duro tradicional de la actividad administrativa», quedando fuera del ámbito de protección del delito de atentado, sin perjuicio de la que otorgan otros tipos penales —lesiones, contra la libertad, etc.—, las actividades realizadas por los funcionarios desconectadas de este concepto estricto de orden público.

Según dicho criterio, no podría castigarse como atentado la respuesta agresiva a un funcionario público por un acto médico, que puede desarrollarse sin variar su naturaleza en el ámbito de estructuras sanitarias privadas, como tampoco la agresión a un funcionario público dedicado a la educación en relación con actos académicos que no tenga el expresado carácter de inspección o control administrativo.

Tal interpretación restrictiva no encuentra apoyo ni en la ley ni en la jurisprudencia, toda vez que el artículo 24.2 del Código Penal considera funcionarios públicos a efectos del Derecho penal a las personas que —por disposición

legal, elección o nombramiento de Autoridad— participan en el ejercicio de funciones públicas, siendo reiterada la doctrina del TS que no impone ninguna limitación, dado que lo «verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos» (STS de 16 de junio de 2003).

También se argumenta en defensa de la expresada posición restrictiva del concepto de funcionario público, que su ampliación afecta al principio de igualdad, por cuanto una misma agresión ejecutada contra un profesional de la sanidad o de la educación —que son los que nos ocupan— que no sea funcionario público, e incluso contra la misma persona que, en régimen de compatibilidad, ejerce su profesión en el ámbito privado, se vería privada de la hiperprotección penal del delito de atentado. Sin embargo, hay que señalar que dicho razonamiento olvida que el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a la función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática. Es decir, el tipo penal solamente despliega su protección cuando la agresión se produce contra una persona que ostenta la condición de funcionario público, con motivo del ejercicio de la actividad que como tal realiza, o con ocasión de ella.

Es decir, no se puede obviar que el ataque al funcionario público con ocasión del desempeño de su labor en la prestación de un servicio público en el ámbito de la sanidad o la educación, no afecta únicamente a su integridad personal, sino que genera también un daño social, en cuanto incide directamente en el régimen de prestación de un servicio reconocido constitucionalmente.

En la misma línea crítica se pronuncian quienes expresan que podría darse el caso de que, siendo varios los profesionales agredidos simultáneamente, unos fueran víctimas de atentado y otros sólo de lesiones, según su relación de servicios con la Administración. Dicho argumento también debe ser rechazado, por cuanto desconoce que consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido es que la ejecución de una acción agresiva —acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave— frente a varios agentes o funcionarios públicos no da vida a tantos atentados como agentes existan, sino a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes. Cuestión distinta es que la realidad de una o múltiples agresiones den vida a otro delito —contra la integridad física—, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos —por ej. de lesiones— como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado.

No obstante lo expuesto hasta ahora, hay que reconocer que dicha amplitud conceptual de funcionario público, unida al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública determina un considerable incremento de los sujetos pasivos tutelados y, por tanto, puede generar una

reacción penal excesiva, contraria a las orientaciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo sobre el principio de intervención mínima o de *ultima ratio* del Derecho penal, tendentes a reducir su ámbito a aquellos supuestos que tengan suficiente entidad como para afectar a los principios básicos de convivencia de una sociedad democrática.

En este aspecto y en el ya expresado de la designación pública del nombramiento mediante alguna de las formas previstas en el artículo 24 del Código Penal, es donde encuentra la limitación el círculo de sujetos pasivos tutelados por el delito de atentado. Es decir, este delito sólo se producirá cuando la acción descrita en el tipo penal esté dirigida contra funcionarios públicos en el ejercicio de actividades que afecten al bien jurídico protegido: el orden público referido al ejercicio regular de prestaciones de interés general que la Administración debe garantizar a los ciudadanos.

Por tanto, el funcionario público, para ser sujeto pasivo beneficiario de la tutela penal otorgada por el delito de atentado precisa, además de tal condición definida en el artículo 24.2 del Código Penal, realizar sus funciones en materias que afecten a dichos principios básicos, que se pueden identificar con el orden político y la paz social proclamados en el artículo 10.1 de la CE.

Tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud se han ido configurando progresivamente como derechos básicos, habiendo asumido el Estado su provisión como servicios públicos esenciales, por ello, sin perjuicio de las consideraciones que correspondan en otras profesiones, a los efectos exclusivos de la presente Consulta, las actividades realizadas por funcionarios públicos en el ámbito del derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la CE y del derecho a la salud regulado en el artículo 43 de la CE, y desarrollados en la legislación básica vigente, constituidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, están referidas a materias que afectan a principios básicos de convivencia en una sociedad democrática.

En definitiva, cuando se produzca una de las agresiones descritas en el tipo penal —acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave— contra un profesional sanitario o de la educación, cuya designación haya sido realizada por alguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 del Código Penal —disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente—, y aquella tenga lugar en el ejercicio de su función pública o con ocasión de la misma —sea de carácter puramente administrativo, científico, técnico, educativo, o de cualquiera otra relacionadas con los principios básicos de convivencia proclamados en la Constitución Española—, los hechos deberán recibir la calificación jurídico-penal de atentado, siempre que concurran los demás elementos expresados *supra* que configuran tal delito.

Sin embargo, no quedan amparados por la protección penal que otorga el delito de atentado, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de otras circunstancias que puedan afectar a la responsabilidad penal, los profesionales de la salud o de la educación que aun prestando servicios públicos o sociales, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación jurídica similar, toda vez que los mismos no ostentan la cualidad de funcionarios públicos en los términos expresados en el artículo 24 del Código Penal.

VI. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

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

Segunda.—El concepto de funcionario público a los efectos de ser considerado sujeto pasivo del delito de atentado es el expresado en el artículo 24.2, cuando el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave dirigido contra los mismos, incida en el ejercicio de las funciones públicas realizadas en actividades vinculadas a los principios básicos de convivencia, orden político y la paz social de una sociedad democrática.

Tercera.—Las actividades realizadas por funcionarios públicos en el ámbito del derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la CE y del derecho a la salud regulado en el artículo 43 de la CE, a las que se refiere y desarrolla la legislación básica vigente, constituidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, constituyen materias que afectan a los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, y por tanto, al bien jurídico protegido por el delito de atentado.

Cuarta.—Las agresiones ejecutadas contra funcionarios públicos en el ámbito de la sanidad y de la educación, consistentes en acometimiento, en empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave quedan incluidas en el ámbito de la tutela penal arbitrada por el delito de atentado, siempre que concurren los demás elementos que configuran tal delito.

Quinta.—Los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aun que estas —en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación

con la Administración— participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 del Código Penal —disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente—, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales.

Por todo ello, en lo sucesivo, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán al contenido de la presente Consulta.

CRÓNICA LEGISLATIVA

OCTUBRE

- ❑ Acuerdo de 29 de octubre de 2008 (BOE del 31), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el de 17 de julio de 2008, de modificación del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
 - ✓ Retrasa la entrada en vigor del Acuerdo de 17 de julio de 2008 hasta el 1 de enero de 2009 para permitir las mejoras organizativas en orden a permitir la coordinación entre los juzgados y otros órganos implicados en la instauración del régimen de guardias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
 - ✓ Actualiza el cuadro de disposiciones vigentes del Consejo General del Poder Judicial.

NOVIEMBRE

- ❑ Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE-L n.º 328, de 6 de diciembre), relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.
 - ✓ Establece medidas relacionadas con el Derecho penal para proteger el medio ambiente instando a los Estados miembros a asegurar la definición como delito en las legislaciones nacionales de las conductas, cometidas dolosamente o por imprudencia grave, citadas en el artículo 3 (vertido y emisión de materiales o radiaciones ionizantes; transporte o eliminación de residuos que puedan causar la muerte o graves lesiones; comercio y destrucción de especies protegidas de fauna o flora silvestre, etc.).
 - ✓ Prevé la imposición de sanciones penales “eficaces, proporcionadas y disuasorias” (artículo 5).

- ✓ Contempla la responsabilidad de las personas jurídicas y la imposición de sanciones a sus titulares (artículos 6 y 7).
- ✓ La transposición de las medidas previstas en esta norma se llevará a cabo antes del 26 de diciembre de 2010.
- Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre (BOE de 10 de diciembre), por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.
 - ✓ Aprueba y regula una serie de medidas de políticas activas para la inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género, inscritas como demandantes de empleo.
 - ✓ Prevé la acreditación de la situación de violencia de género por:
 - Sentencia condenatoria o resolución judicial que acuerde medidas cautelares para la protección de la víctima.
 - Orden de protección a favor de la víctima o el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante puede ser víctima de violencia de género hasta que se dicte la orden.
 - ✓ Contempla la creación de Puntos de atención a las víctimas de violencia de género, que actuarán bajo los principios de especialización y confidencialidad (artículo 4).
 - ✓ Incluye la orientación de las víctimas mediante la confección de un itinerario de inserción sociolaboral individualizado y prioritario realizado por personal técnico especializado que podrá incluir un programa formativo específico con dos fases: preformación y formación profesional para el empleo (artículos 6 y 7).
 - ✓ También prevé incentivos para favorecer el inicio de actividades por cuenta propia, facilitar la movilidad geográfica, compensar diferencias salariales y la suscripción de convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género (artículos 8 a 12).
 - ✓ En el Capítulo III se concreta el procedimiento para la concesión de estas subvenciones.

- ❑ Decisión Marco 200/977/JAI, de 27 de noviembre de 2008 (DOUE-L n.º 350, de 30 de diciembre), relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.
 - ✓ Tiene como objetivo garantizar un alto nivel de protección del derecho a la intimidad de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

- ❑ Real Decreto 1976/2008, de 28 de noviembre (BOE de 11 de diciembre), por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, aprobado por el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio.
 - ✓ Introduce la figura del Vicepresidente (órgano de dirección que recaerá en el Director General de Gestión de Recursos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) que asumirá las funciones del Presidente en casos de ausencia, enfermedad, impedimento o vacante de éste.
 - ✓ Modifica el artículo 11 del Estatuto del organismo autónomo para adaptar su régimen de contratación a las previsiones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público.

- ❑ Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre (BOE de 11 de diciembre), por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.
 - ✓ Constituye la Comisión Nacional para el uso forense del ADN como órgano colegiado dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia.
 - ✓ Entre sus funciones destacan: la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos; el establecimiento de criterios de coordinación y organización para el buen funcionamiento de los citados laboratorios; la elaboración de protocolos técnicos sobre la obtención, conservación y análisis de muestras, y la determinación de las condiciones de seguridad en la custodia de las muestras y la confidencialidad de los datos personales.
 - ✓ Regula otros aspectos como:

- La composición de la Comisión, bajo la presidencia del Director General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.
 - La periodicidad, al menos trimestral, de sus reuniones.
 - El establecimiento de una Comisión técnica permanente.
- ✓ Prevé la cesión de medios personales y materiales por parte del Instituto Nacional de Toxicología a la Comisión para el eficaz desarrollo de sus funciones.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 12 de diciembre de 2008.
- Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, del Consejo (DOUE-L n.º 328, de 6 de diciembre), relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.
- ✓ Pretende la lucha contra las formas particularmente graves de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.
 - ✓ Insta a los Estados miembros de la Unión Europea a adoptar medidas para garantizar el castigo de las conductas citadas en su artículo 1 (incitación a la violencia o al odio contra un grupo de personas basada en la raza, religión, origen nacional o étnico; la apología o negación de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o de guerra, etc.)
 - ✓ Prevé el castigo de las conductas mencionadas con una pena mínima de prisión de uno a tres años de duración.
 - ✓ Contempla la responsabilidad de personas jurídicas por la comisión de estas infracciones y la consecuente imposición de determinadas sanciones como exclusión de ayudas públicas, prohibición del desempeño de actividades comerciales o su disolución.
 - ✓ Estas medidas deberán ser adoptadas por los Estados miembros antes del 28 de noviembre de 2010.
- Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, del Consejo (DOUE-L n.º 330, de 9 de diciembre), por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.

- ✓ Modifica los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo ampliando el catálogo de delitos ligados a actividades terroristas incluyendo la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, captación y adiestramiento de terroristas.
- ✓ Estas medidas deberán ser adoptadas por los Estados miembros antes del 9 de marzo de 2010.

DICIEMBRE

- ❑ Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre (BOE del 5), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.
 - ✓ Añade sendos párrafos a los apartados 2 y 3 del artículo 89 bis de la LOPJ para la atribución a los Juzgados de lo Penal de la competencia para la ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias entre Estados miembros de la Unión Europea.
 - ✓ Modifica el número 2.º del artículo 65 de la LOPJ para encomendar a órganos jurisdiccionales distintos de la Sala 2.ª de la Audiencia Nacional la ejecución de resoluciones emitidas en otros Estados miembros de la Unión Europea.
- ❑ Ley 1/2008, de 4 de diciembre (BOE del 5), para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.
 - ✓ Regula el procedimiento por el que las autoridades judiciales españolas transmitirán a otros Estados miembros de la Unión las resoluciones firmes por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria consecuencia de la comisión de una infracción penal y viceversa.
 - ✓ Concreta el concepto de sanción pecuniaria objeto de esta norma como la cantidad de dinero exigida por una resolución en concepto de multa como consecuencia de la comisión de una infracción penal o administrativa si, en este último caso, son recurribles ante un órgano jurisdic-

cional. Incluye en el concepto las costas judiciales o gastos administrativos y cantidades de compensación a las víctimas (artículo 3).

- ✓ El órgano judicial competente para la ejecución de la sanción será también el competente para transmitir la resolución cuyo cumplimiento se pretende. Los jueces de lo penal del lugar donde se encuentren las propiedades o fuentes de ingresos del condenado en otro Estado miembro serán los competentes para su ejecución e ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales (artículos 4 y 5).
- ✓ De la regulación de la transmisión de las resoluciones dictadas en España para su ejecución en otro Estado miembro destacan los siguientes aspectos:
 - La resolución que se pretende ejecutar tiene que ser firme y, el original o su copia testimoniada, deberá ir acompañada de un certificado traducido a la lengua oficial del Estado al que se dirige y firmado por el juez competente para su ejecución (artículo 7).
 - La transmisión se realizará directamente a la autoridad encargada de su ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan establecer su autenticidad (artículo 8).
 - La transmisión de la resolución producirá una suspensión de la ejecución y la estimación del recurso contra la resolución condenatoria deberá ser comunicada a la autoridad encargada de la ejecución del Estado de ejecución (artículo 11).
- ✓ De la ejecución en España de resoluciones emitidas en otro Estado miembro destacan los siguientes aspectos:
 - No es necesario que los hechos enjuiciados (y enunciados en el artículo 12) estén tipificados en España como infracción penal o administrativa, bastando su tipificación en el Estado emisor.
 - En los artículos 13 y 14 se concretan las obligaciones de reconocimiento y ejecución de las sanciones por parte del juez de lo penal competente y las causas de denegación de este reconocimiento.
 - La ejecución se llevará a cabo como si se tratara de una sanción pecuniaria impuesta por una autoridad española y sin obligatoriedad de concurrir el ejecutado con asistencia letrada.

- Contra las resoluciones que resuelvan el reconocimiento y ejecución de las sanciones emitidas por otro estado miembro de la Unión Europea cabe la interposición de los recursos de reforma y apelación, sin carácter suspensivo (artículo 19).
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 26 de diciembre de 2008.
- Decisión Marco 200/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008 (DOUE-L n.º 350, de 30 de diciembre), del Consejo, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.
- ✓ Regula la figura del “exhorto europeo de obtención de pruebas”, resolución judicial emitida por una autoridad de un Estado miembro de la Unión Europea con el fin de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro en los procesos penales incoados por la autoridad judicial por hechos constitutivos de delito en el Estado de emisión y en otros procesos fundados en infracciones administrativas o por infracción de otras disposiciones legales.
 - ✓ El exhorto (incluido en el anexo de la norma) se cumplimentará y traducirá a la lengua oficial del Estado receptor, firmará y certificará por la autoridad competente del Estado de emisión (artículo 6).
 - ✓ En los Títulos II y III se prevén los procedimientos de emisión y recepción del exhorto por parte de los Estados emisor y receptor respectivamente.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 19 de enero de 2009.

FEBRERO

- Resolución de 20 de enero de 2009 (BOE de 2 de febrero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

- ✓ Actualiza la cuantía de las indemnizaciones del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas víctimas de accidentes de circulación.
- ✓ Sobre la base del incremento del Índice General de Precios al Consumo (1,4%), se revisan las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:
 - Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla II: Facturas de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
 - Tabla IV: Facturas de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
 - Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.
- Real Decreto 32/2009, de 16 de enero (BOE de 6 de febrero), por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.
 - ✓ Regula la asistencia técnica a jueces y tribunales para la identificación de los cadáveres y determinación de las causas y circunstancias de la muerte.
 - ✓ Establece un procedimiento técnico organizativo para lograr la adecuada cooperación entre profesionales de los Ministerios de Justicia y del Interior en la actuación conjunta en sucesos con víctimas múltiples.
 - ✓ Crea la Comisión Técnica Nacional para Sucesos con Víctimas Múltiples como órgano dependiente del Ministerio de Justicia con el objeto de evaluar los resultados de los planes de actuación médico-forense y de política científica y, en su caso, proponer su modificación.
- Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero (BOE del 7), por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.
 - ✓ Organiza los distintos registros existentes tendentes a hacer posible la demostración de la reincidencia y establecer las medidas cautelares que aseguren la presencia en juicio del inculpaado.

- ✓ Crea el Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes como instrumento que permitirá al órgano judicial disponer de mayores elementos de juicio para ponderar sus resoluciones en las distintas fases del proceso penal.
- ✓ La gestión de esta base de datos se encomienda a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia.
- ✓ Regula el contenido de los registros integrados en el sistema y las personas que tendrán acceso a éstos.
- ✓ Deroga las siguientes normas:
 - Real Decreto de 2 de octubre de 1978;
 - Real Orden de 1 de abril de 1896;
 - Real Decreto 2012/1983, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales; Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro Central de Rebeldes Civiles;
 - Real Decreto 232/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro de Sentencias Firmes sobre responsabilidad Penal de los Menores, y
 - Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Sentencia de 16 de diciembre de 2008, de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (BOE de 9 de febrero de 2009), por la que se declara nulo el párrafo 3.^o del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 7.^ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G., *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*, 5.^ª ed., Thomson, Madrid, 2008.

VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 2.^ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

LAURENZO/MAQUEDA (Coords.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PUENTE ALBA, L.M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008.

VALBUENA GONZÁLEZ/GÓMEZ CAMPELO (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, 2008.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

CANCIO MELIÁ, M./SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos de organización*, Madrid, 2008.

MATUS ACUÑA, J.P., *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas. Tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MONGE FERÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2008.

RODRÍGUEZ ARIAS, M.A., *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

V. CRIMINOLOGÍA

CERETTI, A., *El horizonte artificial. Problemas epistemológicos de la criminología*, Madrid, 2008.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

COQUILLAT VICENTE, A., *Proceso penal de menores. Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FRANCIS LEFEBVRE (editor), *Memento práctico procesal 2009-2010*, Madrid, 2008.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2008.

MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal*, La Ley, Madrid, 2008.

MORENO CATENA, V., ARNÁIZ SERRANO, A., LÓPEZ JIMÉNEZ, R., LOREDO COLUNGA, M., *Esquemas de Derecho Procesal Penal, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO CATENA, V., *Manual de Organización Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

II. MONOGRAFÍAS

AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho Español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ASENCIO MELLADO, J./ FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008

BACHMAIER WINTER, L., *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

BUJOSA VADELL, L., (Coord.), *Hacia un verdadero Espacio Judicial Europeo*, Comares, Granada, 2008.

DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La Tutela Cautelar de la Víctima*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

FERRER GARCÍA, A., MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, M. (Dirs.), *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, CGPJ, Colección Estudios Judiciales, núm. 149, Madrid, 2008.

GARBERI LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008

GÓMEZ COLOMER, J.L., ESPARZA LEIBAR, I., *La persecución procesal penal del delito ecológico. Análisis de un caso real, Els ports et alii versus Endesa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ VILLORRA, J.M., *Protocolos sobre violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ ORVIZ, M.E., *El Juicio de faltas*, 10.^a ed., Colección Biblioteca Básica de Práctica Procesal n.º 243, Bosch, Barcelona, 2008.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.

MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, Madrid, 2008.

RUESTA BOTELLA, M.L., *La Ejecutoria penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

III. OTROS

GIMENO SENDRA, V. y OTROS., *Casos prácticos de Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

LÓPEZ GUERRA, L., *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., BOE, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ SELVA, J.M., *Manual de comunicación persuasiva para juristas*, 2.^a ed., La Ley, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ-STEWART, N., *La profesión de Abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados*, 2 vols., Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008.