

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional.
Raúl Carnevali Rodríguez 11
- El derecho a la doble instancia en la jurisprudencia constitucional y su
adecuación a los estándares internacionales. *Argelia Queralt Jiménez* . 51

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	81
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	89
— Sentencia 43/2008, (Sala 1.^a), de 10 de marzo: Redención de pe- nas por el trabajo y prescripción	89
— Sentencia 57/2008, (Sala 2.^a), de 28 de abril: Abono de prisión provisional	94
— Sentencia 59/2008, (Pleno), de 14 de mayo: Violencia de género. Constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal	98
— Sentencia 76/2008, (Pleno), de 3 de julio: Violencia de género .	121
TRIBUNAL SUPREMO	127
— Acuerdos de 22 de julio de 2008	127
— Sentencia 34/2008, de 21 de enero: Cosa juzgada	128
— Sentencia 58/2008, de 25 de enero: Violencia de género	130

— Sentencia 63/2008, de 25 de enero: Tenencia de tarjetas de crédito manipuladas	133
— Sentencia 56/2008, de 28 de enero: Denegación de asistencia sanitaria	134
— Sentencia 25/2008, de 29 de enero: Audiencia preliminar. Ilicitud probatoria	136
— Sentencia 92/2008, de 31 de enero: Prescripción	138
— Sentencia 89/2008, de 11 de febrero: Principio acusatorio ...	141
— Sentencia 81/2008, de 13 de febrero: Contaminación ambiental .	142
— Sentencia 135/2008, de 6 de marzo: Tentativa en tráfico de drogas	148
— Sentencia 54/2008, de 8 de abril: Ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado	149
— Sentencia 152/2008, de 8 de abril: Inmigración clandestina y prostitución	155
— Sentencia 154/2008, de 8 de abril: Entrada y registro	157
— Sentencia 164/2008, de 8 de abril: Declaraciones testificales. Dispensa de la obligación de declarar	158
— Sentencia 130/2008, de 9 de abril: Alzamiento de bienes ...	160
— Sentencia 167/2008, de 14 de abril: Conformidad. Responsabilidad civil	162
— Sentencia 180/2008, de 24 de abril: Estafa de especial gravedad .	167
— Sentencia 199/2008, de 25 de abril: Estafa continuada	169
— Sentencia 209/2008, de 28 de abril: Prueba pericial: Imparcialidad del juzgador y suspensión del juicio oral	173
— Sentencia 168/2008, de 29 de abril: Lesiones preterintencionales .	176
— Sentencia 223/2008, de 7 de mayo: Alteración de precios en subastas	180
— Sentencia 215/2008, de 9 de mayo: Nulidad de actuaciones. Tribunal del Jurado. Competencia objetiva	181
— Sentencia 236/2008, de 9 de mayo: Rastreo informático en internet	186

	Página
— Sentencia 250/2008, de 9 de mayo: Imparcialidad del juzgador .	190
— Sentencia 285/2008, de 12 de mayo: Secreto de empresa	194
— Sentencia 297/2008, de 15 de mayo: Refundición de condenas .	196
— Sentencia 249/2008, de 20 de mayo: Intervenciones telefónicas .	197
— Sentencia 263/2008, de 20 de mayo: Cumplimiento de un deber .	203
— Sentencia 292/2008, de 28 de mayo: Intervención de comunicacio- nes	206
— Sentencia 322/2008, de 30 de mayo: Testigo protegido	208
— Sentencia 324/2008, de 30 de mayo: Estafa: descuento bancario .	210
— Sentencia 340/2008, de 3 de junio: Relación de causalidad . .	212
— Sentencia 307/2008, de 5 de junio: Principio de la <i>poena naturalis</i>	214
— Sentencia 362/2008, de 13 de junio: Cohecho pasivo impropio .	216
— Sentencia 412/2008, de 25 de junio: Responsable civil	219
— Sentencia 430/2008, de 25 de junio: Prescripción y responsabili- dad civil	222
— Sentencia 395/2008, de 27 de junio: Calificación provisional .	227
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 231
— Sentencia 44/2007, de 20 de marzo (AP Jaén): Nulidad de actua- ciones: presencia del interesado en el registro. Notificación . . .	231
— Sentencia 45/2007, de 2 de mayo (AP Jaén): ¿Puede el progenitor que ostenta la guarda y custodia cometer la falta del artículo 662 del Código Penal?	235
— Sentencia 128/2007, de 30 de mayo (AP Jaén): Quebrantamiento de medida de aproximación y comunicación: delito continuado .	237
— Sentencia 213/2007, de 26 de octubre (AP Ávila): Violencia do- méstica: interpretación de “análoga relación de afectividad” . . .	239
— Sentencia 93/2007, de 6 de noviembre (AP Madrid): Error invenci- ble: viajero de avión que desconoce que en su maleta hay droga .	241

— Sentencia 957/2007, de 8 de noviembre (AP Barcelona): Violencia doméstica. Noción de “análoga relación de afectividad”	244
— Sentencia 628/2007, de 12 de noviembre (AP Alicante): Recusación: Magistrado que formó parte de la Sala sentenciadora y de la que desestimó el recurso del acusado contra el auto de prisión .	246
— Sentencia 962/2007, de 22 de noviembre (AP Madrid): La calificación como “habitual” de un episodio violento en una larga relación conyugal	247
— Sentencia 246/2007, de 18 de diciembre (AP Ávila): Violencia doméstica. Necesidad de advertir a la esposa de que no está obligada a declarar contra su marido	249
— Sentencia 167/2007, de 18 de diciembre (AP Guadalajara): Domicilio a efectos penales: jardín de un chalé	251
— Sentencia 813/2007, de 21 de diciembre (AP Alicante): Secuestro que causa lesiones físicas (que no precisaron tratamiento médico o quirúrgico) y psíquicas (con necesidad de tratamiento)	252
— Sentencia 166/2007, de 26 de diciembre (AP Guadalajara): Violencia doméstica: supuestos de agresiones recíprocas	255
— Sentencia 167/2007, de 27 de diciembre (AP Guadalajara): Violencia doméstica: necesidad de que el testimonio de la víctima sea corroborado por datos circundantes	257
— Sentencia 101/2007, de 28 de diciembre (AP La Coruña): Clases de culpa en homicidio imprudente en accidente de tráfico y determinación del baremo a aplicar	258
— Sentencia 141/2007, de 28 de diciembre (AP Palma de Mallorca): Tráfico de drogas: necesidad de que la pericial del sumario sea introducida en el plenario. Absolución	260
— Sentencia 1/2008, de 2 de enero (AP Gerona): Pornografía infantil: nulidad del auto que ordena la recogida de ordenadores por falta de motivación	261
— Sentencia 1/2008, de 8 de enero (AP Castellón): Quebrantamiento de medida de prohibición de aproximación a la víctima: consentimiento de la ofendida	263
— Sentencia 13/2008, de 15 de enero (AP Palma de Mallorca): Aplicación de baremo de fecha de la sentencia y costas en juicio de faltas	266

— Sentencia 2/2008, de 17 de enero (AP Albacete): Explicación de la expresión “circunstancias excepcionales” del punto primero 7 del anexo de la LRCySCVM	267
— Auto 37/2008, de 21 de enero (AP Madrid): La transformación en juicio rápido exige el reconocimiento de los hechos	268
— Sentencia 13/2008, de 23 de enero (AP Badajoz): Nulidad de actuaciones: falta de suspensión del procedimiento pese a la existencia de otras actuaciones contra el acusado	269
— Auto 5/2008, de 11 de febrero (AP Madrid): El uso de collarín cervical prescrito de modo preventivo se considera tratamiento .	270
— Sentencia 47/2008, de 12 de febrero (AP Madrid): Determinación del grado de invalidez en ejecución de sentencia y valor probatorio de las facturas	271
— Sentencia 5/2008, de 12 de febrero (AP Pontevedra): Drogas: requisitos para que su consumo compartido pueda resultar atípico .	272
— Sentencia 149/2008, de 20 de febrero (AP Barcelona): Cocaína: cantidad de notoria importancia a los efectos del tipo penal...	276
— Sentencia 103/2008, de 20 de febrero (AP Castellón): Delito contra la integridad moral: menor que amenaza y golpea a otro en un centro escolar	278
— Sentencia 154/2008, de 28 de febrero (AP Madrid): La valoración de los daños excluye el IVA de la reparación	281

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Consulta 1/2008, de 28 de julio, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal.	285
--	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa 299

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal 305

— Derecho Procesal Penal 307

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL (*)

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

*Doctor en Derecho
Profesor asociado de Derecho Penal y Subdirector
del Centro de Estudios Penales
Universidad de Talca, Chile*

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
 - II. CRITERIOS DE LEGITIMIDAD EN EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI*. ALGUNOS PRINCIPIOS GARANTÍSTICOS.
 - 1. **Derecho penal como medio de control social.**
 - 2. **Principios de legalidad y del debido proceso.**
 - III. LAS NUEVAS ORIENTACIONES DE ORDEN POLÍTICO-CRIMINAL. CUESTIONAMIENTOS AL CARÁCTER DE *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL.
 - 1. **Nuevos riesgos.**
 - 2. **Mayor protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales.**
 - 3. **Derecho penal de la peligrosidad.**
 - IV. EFICIENCIA Y RACIONALIDAD.
-

(*) Este Trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt n.º 1060410, titulado *Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal*, el que dirijo como investigador responsable. Una versión preliminar se presentó en las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Derecho *Los principios generales del Derecho*, organizadas por la Universidad de Talca, el día 22 de agosto de 2007.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal⁽¹⁾. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas —formales e informales—. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso. En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio⁽²⁾. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente

(1) Se ha seguido la distinción que hace BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, 3.^a ed., Ariel Derecho, Madrid, 1989, pp. 43-44, para quien el principio de necesidad tiene diversas proyecciones, a saber, *ultima ratio* o *extrema ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ‘ius puniendi’”, GONZÁLEZ RUS, Juan José (Coor.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero*, Ediciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 253, afirma que el principio de intervención mínima tiene una doble manifestación: principio de fragmentariedad y subsidiariedad —*ultima ratio*—; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 81 y ss., hablan más bien del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, que sería el postulado que englobaría al principio de intervención mínima y sus dos expresiones, subsidiariedad y fragmentariedad; en el mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 61, para quien el principio de subsidiariedad conforma la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad.

(2) Sin pretender ser exhaustivo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, Universidad de Granada, Granada, 1991, pp. 164 y ss., quien pone como ejemplo de aplicación de medios no penales para prevenir el delito: a) instalación de cajas fuertes donde se deposita lo recaudado y a las que no tienen acceso los empleados de gasolineras; b) prohibición de ventas de bebidas alcohólicas en autopistas; c) políticas de empleo para jóvenes; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 199 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 82-84; GARCÍA-PABLOS, A., “Sobre el principio de intervención...”, *op. cit.*, pp. 249 y ss.; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 86-88; MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*, ConoSur, Santiago, 1998, pp. 120 y ss.

utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social⁽³⁾. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general⁽⁴⁾.

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista⁽⁵⁾. Es así, que la *Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 señala en su art. 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...”⁽⁶⁾. Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de ésta se consideraban pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el *Antiguo Régimen* administraba la justicia penal⁽⁷⁾. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, BECCARIA⁽⁸⁾, el “revolu-

(3) Como lo pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención...”, *op. cit.*, p. 250, se trata de una exigencia propia de un Estado social de Derecho.

(4) Así expresamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 246.

(5) SÁEZ CAPEL, José, “Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal”, en DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al.* (Dir.), *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 245 y ss.

(6) La Declaración completa en <http://www.senat.fr/lng/es/declaration_droits_homme.html> (consultado el 27 de febrero de 2008).

(7) BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 11-14.

(8) BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido por BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, Editorial Cajicas, México, 1957, Capítulos I, II y III. Así, en p. 67 señala: “La tercera consecuencia es que si llegase a probarse que la atrocidad de las penas, inmediatamente opuesta al bien jurídico y a la finalidad misma de impedir delitos, fuese inútil, también en este caso aquélla no sólo sería contraria las virtudes benéficas, efecto de una razón ilustrada que prefiere mandar más bien a hombres felices, que no a una manada de esclavos en que se mantenga siempre una perpetua circulación de tímida crueldad, sino que sería también contraria a la propia justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”. Para conocer el Derecho penal de la época y la influencia de los alegatos de Beccaria, CRUZ REYES, Euménides, “Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 5, 2003, pp. 25 y ss.

cionario” JEAN PAUL MARAT⁽⁹⁾ o BENTHAM⁽¹⁰⁾, transitaban en esa dirección.

Por cierto, las dificultades no se presentan a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, por el contrario, en la doctrina es pacífico fijar su alcance en los términos expuestos. Empero, los problemas sí se manifiestan cuando el objetivo perseguido es darle un contenido material, que nos permita valorarlo como un criterio orientador que legitime al Derecho penal⁽¹¹⁾.

Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de *ultima ratio* como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho. Y es que conociendo la actual estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá precisar cuáles son los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal⁽¹²⁾. A este respecto, debe tenerse en consideración que si lo que se pretende es legitimar al Derecho penal a través de principios como el que se examina, la cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. Dicho en otros términos, por qué la legitimidad del Derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o disminuir ésta.

No cabe duda que principios como el de *ultima ratio* tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, *la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador*. De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adop-

(9) MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, traducido por A.E.L., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 76: “No basta que las leyes sean justas, claras y precisas; es necesario escogitar los mejores medios para hacerlas observar”. Luego, en p. 77: “Está en interés de la sociedad que sean siempre proporcionadas a los delitos, porque le conviene más evitar los crímenes que la destruyen que los crímenes que la perturban”.

(10) BENTHAM, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 296, señala que son penas superfluas aquellas “en que podría conseguirse el mismo fin por medios más suaves, como la instrucción, el ejemplo, las exortaciones, las dilaciones ó las recompensas” (sic). Más adelante observa que si bien Montesquieu y Beccaria señalaron la importancia de la proporción entre el delito y la pena no precisaron cómo llegar a ella. Para suplir aquello Bentham estableció cinco reglas, pp. 297 y ss.

(11) Como también lo pone en evidencia, pero desde clave funcionalista, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 3, 2004, pp. 515 y ss., p. 530; GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención...” *op. cit.*, p. 249.

(12) LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 83; MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 25 y ss.

ten⁽¹³⁾. Apreciado en los términos expuestos, el principio tendría un grado de laxitud, que podría afectar su carácter limitador del *ius puniendi*⁽¹⁴⁾, sin embargo, su concreción puede hallarse —aunque no exclusivamente—, como se indicó *supra*, en los presupuestos axiológicos que conforman un Estado social y democrático de Derecho y que se desprenden de la Constitución. De ahí pues el papel fundamental, como veremos, que le corresponde al Tribunal Constitucional.

Como señalan MAURACH/ZIPF: “*Iure est civiliter utendum*, en la selección de los medios estatales de poder, el Derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una *exigencia político-jurídica dirigida al legislador*. La norma penal constituye en cierto modo la *ultima ratio* en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y medido de este medio”⁽¹⁵⁾.

Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de *ultima ratio* el Derecho penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado *Derecho penal moderno* es su carácter de *prima ratio*⁽¹⁶⁾.

(13) MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 9: “... el recurso de la pena por parte del legislador se legitima en nuestro ordenamiento por la finalidad de prevención general y, dentro de los límites impuestos por el principio de la reeducación del condenado, la tutela proporcional y subsidiaria de bienes jurídicos respecto de ofensas causadas culpablemente”.

(14) Precisamente, PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, traducido por CASTIÑEIRA, María Teresa, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 427, se pregunta si estos principios no son más que meras proposiciones programáticas.

(15) MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General*, 7.ª ed., traducido por BOFILL, Jorge/AIMONE, Enrique, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 34-35. (La cursiva en el original).

(16) HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, traducido por LARRAURI, Elena, *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 29-30; Id., *Persona, mundo y responsabilidad*, traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco/DÍAZ, María del Mar, Temis, Bogotá, 1999, pp. 15 y ss.; HERZOG, Félix, “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”, traducido por LARRAURI, Elena/PÉREZ, Fernando, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 317 y ss.; SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, traducido por VIRGOLINI, Julio, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 55-56.

Es decir, en el Derecho penal propio de las “modernas sociedades de riesgo” se observa una tendencia expansiva —huida *al* Derecho penal—, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto ⁽¹⁷⁾. El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico ⁽¹⁸⁾.

Por otro lado, como certeramente afirma PRITTWITZ, tampoco es suficiente para limitar el recurso del Derecho penal la sola exigencia de un Estado de Derecho ⁽¹⁹⁾. Sostiene el autor que un Estado liberal, donde la proposición *in dubio pro libertate* ⁽²⁰⁾ tiene un sentido, surge la pregunta de quién asume los costos de una política criminal restrictiva. O en un Estado social, en donde se exige más ayuda que represión, qué límite disponer si la ayuda que se requiere debe provenir del Derecho penal. Es más, para PRITTWITZ de la democracia no se pueden desprender presupuestos para un Derecho penal reducido ⁽²¹⁾.

La cuestión a dilucidar es cómo conciliar una adecuada relación entre *criminalización primaria* —formación de leyes penales— y *criminalización secundaria* —aplicación de las leyes penales— de manera que una excesiva criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia —teoría de la espada desafilada ⁽²²⁾—.

(17) Admirando la intuición del legislador al haber desarrollado esta clase de delitos y sin la “colaboración” de la ciencia penal, SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 31; VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 251 y ss.

(18) En todo caso, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 305, precisa que el Derecho penal sí tiene un componente de simbolismo importante, el problema se presenta cuando se asume como función exclusiva.

(19) PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán...”, *op. cit.*, p. 441.

(20) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco/ARROYO ZAPATERO, Luis, Bosch, Barcelona, 1984, p. 39, señala que el postulado *in dubio pro libertate* apunta a una legislación penal limitada a la criminalización de conductas socialmente dañosas. Mientras no se demuestre aquello debe quedar libre de la amenaza penal.

(21) PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán...”, *op. cit.*, p. 441.

(22) Como señala PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán...”, *op. cit.*, p. 444, no es posible dejar que se desafile la espada de la pena empleándola para cualquier ocasión insignificante.

Qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta para limitar la *huida al Derecho penal* y precisar en qué casos incentivar la *huida del Derecho penal*. O también, cuándo sí es legítimo *huir al Derecho penal* y evitar la *huida de él* es lo que pretende examinarse en las páginas que siguen.

II. CRITERIOS DE LEGITIMIDAD EN EL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI. ALGUNOS PRINCIPIOS GARANTÍSTICOS

1. Derecho penal como medio de control social

Como es sabido y sin entrar en mayores detalles, la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social⁽²³⁾. Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación. Generalmente se afirma que el fin del Derecho penal se identifica con el fin de la pena, es decir, que los fines del Derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad⁽²⁴⁾. Aquello es discutible, pues, como se verá a continuación, *el Derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad*⁽²⁵⁾. En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir —así,

(23) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, t. I, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 13; CURY, *Derecho Penal*, p. 37. Acerca de la función de protección exclusiva de bienes jurídicos, cuyo rol legitimador se discute, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., pp. 267 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, traducido por LUZÓN, Diego/DÍAZ Y GARCÍA, Miguel/DE VICENTE, Javier, Civitas, Madrid, 1997, pp. 67 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal*, pp. 315 y ss.; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed., Cono-Sur, Santiago, 1992, *passim*, pp. 169 y ss.; FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires. IB de F., 2004, pp. 149 y ss.; TABÁREZ, Juárez, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, traducido por CUÑARRO, Mónica, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 51 y ss.

(24) Cuestionan tal identidad SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., p. 180: “... el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir”, p. 187; PIÑA, “Algunas consideraciones...”, op. cit., p. 522.

(25) La doctrina mayoritaria asocia Derecho penal con la imposición de algunas de sus consecuencias, como puede apreciarse en la exposición que hace CURY, *Derecho Penal*, pp. 37-38, de las distintas nociones de Derecho penal que surgen de la doctrina.

no imponer una pena—, como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio⁽²⁶⁾.

La propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena —así, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento—, lo pone de manifiesto. Mientras el sistema inquisitivo se dirige esencialmente a la búsqueda de la verdad histórica, cierta y, por tanto, a cumplir a ultranza el principio de legalidad —al menos formalmente, pues la práctica dice otra cosa—, sancionando si el hecho se subsume en algún tipo penal⁽²⁷⁾, el sistema

(26) Como afirma SCHÜNNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Gotinga, 1971, p. 365 (citado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., p. 188), la función del Derecho penal no consiste sólo y únicamente en la protección de bienes jurídicos, sino además, en un complejo entramado que comprende el interés de la víctima y su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y seguridad jurídica. Agrega además, que si de dicho entramado se separa el interés en la protección y se lo absolutiza para la creación del Derecho, se pierde la teleología de la ley penal como “Magna charta” del delincuente conforme lo entiende VON LISZT. Como señalo en mi artículo “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, semestre I, 2005, p. 39, una excesiva ingerencia del Derecho penal a través de instrumentos dirigidos a una eventual “mayor” protección a la víctima puede introducir factores de desestabilización de la norma penal.

(27) La confesión del imputado tenía extrema importancia en un orden en el que la búsqueda de la verdad histórica, principalmente en los orígenes del sistema inquisitivo, no sólo tenía como propósito la reconstrucción de hechos que se hallaban ocultos porque así lo quería el autor —obviamente no se reconocía la presunción de inocencia—, y es que además se identificaba el delito con el pecado. No sólo interesaba determinar la ocurrencia de un hecho, sino también el pensamiento, la intimidad del sujeto. Era el inquisidor quien poseía la verdad, por tanto debían descorrerse los velos que la ocultaban, y si esto último ocurría era porque así lo quería el autor. Es por esta razón que la tortura adquirió tanta relevancia, pues era indispensable para lograr la confesión y así extraer la verdad. La tortura tuvo una minuciosa regulación —también como garantía para el imputado a fin de impedir actuaciones innecesarias— para así lograr que la confesión estuviera dotada de la necesaria calidad que permitiera reconstruir la verdad histórica. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducido por CÓRDOBA, Gabriela/PASTOR, Daniel, 25.^a ed. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 558; FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, traducido por GARZÓN, Aureliano, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, pp. 43-44; RIEGO, Cristián, “Nuevo estándar de convicción”, en: *Informe de Investigación*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, núm. 17, 2003, p. 6; PAILLAS, Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 77 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto et al., Trotta, Madrid, 1995, p. 565, señala que con la inquisición, al reaparecer en

acusatorio, en cambio, apunta más bien a la solución del conflicto, procurando la verdad procesal y no tanto descubrir la verdad histórica⁽²⁸⁾. Lo que no quiere decir que el sistema acusatorio no se dirija en ese sentido —se exige una verdad que permita verificar la imputación a fin de destruir la presunción de inocencia—, lo que se pretende significar es que no es su único objetivo⁽²⁹⁾. Es decir, el sistema acusatorio alcanza su pretensión, aun cuando no logre dilucidar la verdad absoluta, si se soluciona el conflicto y de esta forma se mantiene la paz social. Solución que, incluso, puede pasar por la no imposición de una pena, aunque el hecho *históricamente* sí sea un delito.

Pues bien, el fin esencial, primario, que justifica la presencia del Derecho penal dentro de una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir o, mejor dicho, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella. Es decir, el Derecho penal como medio de control social *formalizado* inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos⁽³⁰⁾.

Por tanto, el Derecho penal se legitima en la medida que, por una parte, previene la comisión de delitos, y por la otra impide la llamada “justicia de propia mano”⁽³¹⁾. Ahora bien, para dicho cometido no basta pues emplear instrumentos que apuntan a la pura intimidación, por el contrario, es preciso que dichos mecanismos correspondan a lo que la ciudadanía espera de su Derecho penal. *El ejercicio del instrumento punitivo debe hallar su basamento en el*

el s. XIII con las Constituciones de Federico II, tratándose de los procesos por crímenes de lesa majestad y los procesos eclesiásticos por los delitos de herejía y brujería, las torturas adquirieron mayor fuerza y dureza, pues el ofendido era Dios y por ello la acusación, obligatoria y pública, suponía una investigación de la verdad que no admitía incertidumbre, por tanto la colaboración del acusado debía ser forzosa.

(28) HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 27; cuestionando la distinción entre verdad “formal” y verdad “material”, ACCATINO, Daniela, “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, núm. 24, 2006, pp. 39 y ss.

(29) BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 60-63.

(30) El Derecho penal como instrumento de control social altamente formalizado, HASSEMER, *Fundamentos*, pp. 390-391; HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 113 y ss.; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, pp. 31-36; CARBONELL, *Derecho penal*, pp. 59 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “El principio de intervención penal mínima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 113-114.

(31) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 181.

consenso social⁽³²⁾. En este sentido, la función motivadora de las sentencias también cumple un importante papel de legitimación del Derecho penal. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias resulta primordial dentro de un Estado de Derecho, dado que el control último de la actividad jurisdiccional lo tiene el pueblo. Aun cuando la exigencia de controlabilidad constituye una función burocrática, a través de los recursos, el más importante es el control democrático, pues es ejercido por la propia ciudadanía, que puede conocer de qué forma fue resuelto un determinado conflicto penal⁽³³⁾.

En este contexto, y entendiendo que el empleo de dichos instrumentos supone el ejercicio de violencia, aun cuando sea institucionalizada, también se plantea como uno de los fines que debe perseguir el Derecho penal la reducción de ésta. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el *quantum* de violencia que emplea —así, policía, actuación de órganos de persecución como Ministerio Público, los tribunales y las medidas que pueden decretar para hacer cumplir sus resoluciones, las penas— se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación. Por tanto, si conforme a este *autoanálisis* se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el *exceso* de violencia, entonces debe hacerse⁽³⁴⁾. Por lo demás, la historia del Derecho penal nos ilustra cómo el

(32) Sin entrar en mayores detalles, es indudable que el Derecho penal aún goza de respeto dentro de la sociedad —independientemente de las valoraciones, acertadas o no, que se hacen del funcionamiento de sus estructuras—, por lo que resulta muy difícil que propuestas dirigidas a abolirlo tengan alguna acogida (al respecto, HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, traducido por POLITOFF, Sergio, Ariel, Barcelona, 1984; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Temis, Bogotá, 1990, pp. 75 y ss.). Como bien señala ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 33, en el abolicionismo se aprecia un grado de ingenuidad en la forma que proponen para solucionar los conflictos. En todo caso, si bien no resulta admisible plantear la eliminación los mecanismos que ofrece el Derecho penal para solucionar los conflictos, sí puede destacarse de tales propuestas el que hayan resalta-do sus deficiencias; HASSEMER, Winfried, “Por qué no debe suprimirse *el derecho penal*”, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel, <<http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/29/por-que-no-debe-suprimirse-el-derecho-penal-w-hassemmer>> (consultado el 27 de febrero de 2008).

(33) IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 13 y ss. quien hace ver que dicha función social de la motivación no se ve afectada por el hecho de que en la práctica muy pocos lean las sentencias.

(34) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, pp. 181 y ss., pp. 242 y ss.; Id., “Eficiencia y Derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 121; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4.^a ed., traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel/SANCINETTI, Marcelo, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 28.

Estado se ha sometido a revisiones constantes y se ha autolimitado en sus intervenciones punitivas. Así, la menor aplicación de la pena de muerte, la reducción de las penas privativas de libertad, procesos de desincriminación o despenalización⁽³⁵⁾.

Tenemos pues, por un lado, el interés de reducir aquella violencia que proviene de la sociedad, ya sea a través de la comisión de delitos o de reacciones informales y, por otro lado, el propósito de disminuir la que proviene del Estado y que está dirigida a enfrentar, precisamente, dicha violencia. Es decir, la propia sociedad de donde surge la violencia que se quiere limitar cede a su vez al Estado el uso de otra violencia, para que, legítimamente, la enfrente. Es en este ejercicio dialéctico, como muy bien expone SILVA SÁNCHEZ⁽³⁶⁾, donde se *formaliza* tal medio de control social, disponiendo de ciertos principios formales y materiales, para cuya estructuración se han dedicado los últimos dos siglos.

Principios de carácter formal que permiten fundamentar la legitimidad del Estado para emplear el Derecho penal son los principios de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— y del debido proceso —*nulla poena sine iudicio*—⁽³⁷⁾. Entre los principios de carácter material pueden citarse, entre otros, los de proporcionalidad, humanidad, culpabilidad e igualdad⁽³⁸⁾.

Nuestras reflexiones se dirigirán a los de estructura formal, y particularmente al de legalidad, considerando, como se expuso *supra*, la dimensión política que contiene el principio de *ultima ratio*, que sirve de orientación al legislador. Y es que, si bien el principio de legalidad nos indica la forma, a través del principio de *ultima ratio* es posible darle un contenido al instrumento a través del cuál *legítimamente puede actuar el Estado*. Con ello no se quiere significar

(35) Se habla de desincriminación para referirse a la conversión de un hecho punible en lícito. En cambio, la despenalización se refiere a transformar un ilícito penal en ilícito administrativo. Al respecto, PALAZZO, Francesco, “Principio de Ultima Ratio e hipertrofia del Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 435. Sobre este punto, vinculado a lo acontecido en Italia, BERNARDI, Alessandro, “Breves notas de la línea evolutiva de la despenalización en Italia”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 9, 2004, pp. 5 y ss.

(36) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 186.

(37) PIÑA, “Algunas consideraciones”, p. 523.

(38) Como apunta SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...* *op. cit.*, p. 259, se dirigen a expresar aquellas garantías individuales del delincuente y por tanto, su precisión más bien queda sujeta a valoraciones que pueden hacerse dentro del marco constitucional.

que este principio no tenga un papel que desempeñar respecto de aquellos de carácter material, pero al menos resulta más lejano.

2. Principios de legalidad y del debido proceso

El principio de legalidad constituye el pilar esencial de todo Derecho penal que se precie de garantista, el que, como se expuso al inicio de este trabajo, se va conformando con el triunfo de las ideas de la Ilustración⁽³⁹⁾, atribuyéndose a FEUERBACH la formulación latina con que se lo conoce universalmente⁽⁴⁰⁾.

De él resulta esencial destacar su *fundamento político constitucional*, por cuanto al emanar la ley de un Parlamento democráticamente elegido conforma una garantía de certeza y seguridad para los ciudadanos. Precisamente, el talante democrático del que deben estar dotadas las leyes penales favorece su eficacia preventiva general, tanto positiva como negativa⁽⁴¹⁾, es decir, la imposición de éstas y la eventual pena que lleva consigo cuenta con el consentimiento ciudadano⁽⁴²⁾. Es por este motivo que los llamados Decretos leyes, que surgen dentro de gobiernos *de facto* sin respaldo de un Parlamento democráticamente elegido, en estricto rigor no son leyes. Otra cosa es, sin embargo, que se apliquen por consideraciones prácticas, sobre todo si el quiebro constitucional se ha prolongado en el tiempo, lo que no impide, claro está, una vez restablecido dicho orden su revisión e interpretación conforme a tales valores⁽⁴³⁾.

(39) Art. 8 de la *Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”. Por su parte, BECCARIA, *Tratado de los delitos...*, *op. cit.*, Cap. III, p. 67: “la primera consecuencia de estos principios es que tan solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por el contrato social”.

(40) FEUERBACH, Anselm von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de la 14.^a ed., ZAFFARONI, Eugenio/HAGEMEIER, Irma, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 55.

(41) LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 81.

(42) COBO/VIVES, *Derecho penal*, p. 73, destacan que este principio, apreciado desde una perspectiva política, representa la materialización de los valores fundamentales del Estado de Derecho. Afirman además, que siendo la ley una emanación de la voluntad popular, las sanciones penales se justifican por el consentimiento del interesado; CARBONELL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 106.

(43) Al respecto, CURY, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 171-172; POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno*.

Como destacan MARINUCCI y DOLCINI: “Para comprender y precisar el alcance del principio de legalidad; es siempre necesario remontar a su **matriz político-institucional**. La matriz original, como se ha visto, se deriva de los principios del **Estado liberal de Derecho**, en particular con la idea que, en el cuadro de la separación de los poderes estatales, el monopolio de la potestad punitiva corresponde al Parlamento, que es el único poder representativo de la voluntad popular, siendo el Poder Ejecutivo expresión sólo de la mayoría parlamentaria y el Poder Judicial está privado de cualquier investidura por parte de los ciudadanos. Con la afirmación del **Estado democrático** y por tanto, con la introducción del sufragio universal, el Parlamento llega a ser expresión de la voluntad de todo el pueblo: se afirma que atribuirles el monopolio de la producción de las normas penales significa asegurar —garantía de la libertad de los ciudadanos— una más fuerte legitimación política de las decisiones políticas del Estado, y una todavía más acentuada exclusión de las intervenciones del Poder ejecutivo y del Poder judicial” (44).

Por otro lado, suele destacarse del principio de legalidad su *vertiente formal*, esto es, que la norma debe tener rango de ley —*lex scripta*— que surge del Poder Legislativo. Empero, lo que puede resultar claro desde la perspectiva del Derecho continental en que estamos insertos, puede no serlo si se examina desde la esfera del *Common Law*. En efecto, la cuestión es si la exigencia de que la conducta que se castiga deba ser clara y precisa y regulada con anterioridad a su comisión supone una exigencia de reserva de ley. Estas consideraciones tienen hoy particular relevancia en el ámbito del Derecho comunitario europeo, pues para su construcción confluye un conjunto de sistemas jurídicos diversos, lo que genera tensión en no pocas materias (45). Asimismo, en el Derecho penal

Parte General, 2.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 95-96; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte General*, t. I. 3.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 81-82. Sobre el caso argentino, ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 114.

(44) MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale...*, *op. cit.*, p. 29 (destacados en el original). No obstante existir consenso acerca del fundamento democrático del principio, una de las grandes discusiones que están teniendo lugar en la Unión Europea es la falta de legitimación democrática de las normas que de sus instituciones surgen y que tienen incidencia en materias penales. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2001, pp. 150 y ss.; MANNOZZI, Grazia/CONSULICH, Federico, “La sentenza della corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2006, pp. 899 y ss.

(45) CARNEVALI, *Derecho penal*, pp. 185 y ss.

internacional, donde el derecho consuetudinario mantiene un papel fundamental en la generación de normas⁽⁴⁶⁾.

Supra se puso en evidencia las diferencias que se presentan con el sistema del *Common Law* para entender el mandato de *nullum crimen sine lege*. Y es que aquí se apunta más bien al *nullum crimen sine iure*. Para Pagliaro, sin embargo, las diferencias entre ambos sistemas no tienen mayor importancia, pues, en definitiva, el fin último en los ordenamientos del *Common Law* es asegurar la certeza del derecho y la garantía del ciudadano que se consigue igualmente con otros medios técnicos. Para el autor, esta concepción como la del Derecho continental se inspiran en el ius naturalismo. Esta última antepone la tutela del hombre y del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político, la del *Common Law* en la exigencia de justicia material para el caso concreto. Incluso, asevera Pagliaro, los sistemas jurídicos continentales en casos de fuerte tensión política —Italia los vive permanentemente— aplican soluciones similares a las que tendrían lugar conforme al common law⁽⁴⁷⁾.

(46) WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*. Traducido por CÁRDENAS, Claudia/DÍAZ, María del Mar/GUTIÉRREZ, María/MUÑOZ, Antonio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 107-109; AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho penal internacional*, traducido por MALARINO, Ezequiel, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 36 y ss. Respecto de los juicios de Nuremberg se ha planteado que éstos habrían vulnerado el principio de legalidad. Sin embargo, se ha argumentado que tal violación no tuvo lugar, pues aun cuando la incriminación se formuló *ex post facto* los hechos delictivos ya se habían desarrollado con el tiempo, por lo que es posible estimarlos como crímenes internacionales. Asimismo, la guerra de agresión se desprendía del Pacto de la Sociedad de las Naciones y del Pacto Briand-Kellog de 1928, a los que se había adherido gran parte de la comunidad internacional, aunque las sanciones sólo se dirigían a los Estados. Todo ello sin perjuicio de las sanciones ya contempladas en el Tratado de Versalles. En relación a las conductas contrarias a las leyes de la guerra, la ilicitud de éstas emanaba de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1929, aun cuando no contenían delitos. Por último, se argumentaba que muchas de estas conductas se hallaban en los ordenamientos penales internos alemanes y japoneses. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Hacia la conformación de un Tribunal penal internacional. Evolución histórica y desafíos futuros”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*, núm. 10, 2003, pp. 34-36. Cuestionamientos de esta naturaleza también se argumentaron en el caso Eichmann, quien fue juzgado por tribunales israelíes por delitos que fueron cometidos no sólo fuera de Israel, sino cuando ese Estado ni siquiera existía. FAWCETT, J. E. S., “The Eichmann case”, *British Yearbook of International Law*, t. XXXVIII, 1962, pp. 181 y ss.; GREEN, L.C., “The maxim *nullum crimen sine lege* and the Eichmann Trial”, *British Yearbook of International Law*, t. XXXVIII, 1962, pp. 457 y ss.; CARNEGIE, A. R., “Jurisdiction over violations of laws and customs of war”, *British Yearbook of International Law*, t. XXXIX, 1963, pp. 402 y ss.

(47) PAGLIARO, Antonio, “Límites a la unificación del Derecho penal europeo”, traducido por SUÁREZ, Carlos, en VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo*.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *The Sunday Times* ⁽⁴⁸⁾, se examina el alcance de la voz *ley*. En el fundamento 47 señala: “El Tribunal constata que la palabra ‘ley’ en la expresión ‘prevista por la ley’ engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Así no da importancia al hecho de que el ‘contempt of court’ sea una creación del Common Law y no de la legislación. Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio ⁽⁴⁹⁾ si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está ‘prevista por la ley’ con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico”. En el fundamento 49 se establecen cuáles son las condiciones que debe reunir la expresión “prevista por la ley”: “La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación. Así, muchas leyes sirven, por las fuerzas de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica”.

Hoy también se presentan interrogantes desde la *vertiente material* del principio de legalidad, es decir, en cuanto al mandato de determinación —principio de taxatividad—. En términos muy esenciales dicho mandato apunta a que las conductas y sus penas se encuentren suficientemente precisas como para

Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995, pp. 690-691. Sobre la diferencias de enfoques entre el *common law* y el *civil law*, aunque tratadas en el ámbito del Derecho penal internacional, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 7, 2001, pp. 95 y ss.

⁽⁴⁸⁾ Sentencia de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*. En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, p. 518.

⁽⁴⁹⁾ Se refiere al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

brindar seguridad al ciudadano de conocer qué es lo que incrimina y cuál es su consecuencia —exigencia de tipicidad—⁽⁵⁰⁾.

No obstante tratarse de una exigencia mínima de garantía de seguridad para el ciudadano, es posible apreciar en ciertas esferas la presencia de tipos penales que pondrían en entredicho tal pretensión. Suele citarse como campo paradigmático de esta “mayor imprecisión” el *Derecho penal económico*. Que así suceda, en todo caso, no debe extrañar, pues el dinamismo con que actúan los agentes económicos de alguna manera exige al legislador una suerte de mayor flexibilidad al momento de precisar los tipos penales, único camino que permitiría incriminar ciertos comportamientos. A ello debe unirse el recurso de la técnica legislativa —no sólo en el Derecho penal económico— de las leyes penales en blanco, que implica, en algunos casos recurrir, para complementar la norma penal, a disposiciones de otros sectores e, incluso, a normas de rango inferior a la ley⁽⁵¹⁾. Sin entrar a discutir las implicancias de esta técnica, no se puede negar que su demanda obedece a necesidades de orden político criminal, que se modifican constantemente, más aún en un mundo globalizado que es particularmente complejo⁽⁵²⁾.

En general, pretender exigir que todo hecho sea subsumido por la ley, es decir, taxatividad absoluta, paralizaría el sistema penal, pues muchos conflictos penales no podrían ser abarcados, lo que terminaría por afectar la función preventiva que está llamado a cumplir. Por ello, que a un Derecho penal respetuoso

(50) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., p. 254: “El mandato de determinación tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una ‘lex certa’. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la ‘lex stricta’. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribía todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas”; SÜß, Frank, “El trato actual del mandato de determinación”, traducido por FELIP, David. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 223 y ss.; FIAN-DACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 3.^a ed., Zanichelli Editore, Bolonia, 1995, pp. 70-73; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, pp. 187-190; COBO/VIVES, *Derecho penal*, p. 71.

(51) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 120 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy., *Derecho penal económico. Parte General*, Ara editores, Lima, 2003, pp. 147 y ss.

(52) MERA, *Derechos humanos*, pp. 70 y ss.; FELLER SCHLEYER, Claudio. “Orientaciones básicas del Derecho penal en un Estado democrático de Derecho”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XL, 1993, p. 39.

de las garantías sólo podría exigírsele que sea lo suficientemente determinado como para comunicar al ciudadano qué es lo que castiga y limitar al juez el marco de su decisión, evitando así, la arbitrariedad judicial, ya que, en definitiva, es el juez el llamado a “precisar” la norma. Como afirma HASSEMER, si bien el postulado de la *lex certa* conforma la clásica expresión de un sistema jurídico orientado *input*, por el cual se pretende abarcar y controlar la realidad a través del lenguaje, si llega a producirse una reconversión hacia una orientación *output*, esto es, que el legislador considere cuáles son las consecuencias de sus actos y valore los efectos empíricos de éstos, la exigencia de *lex certa* se vería seriamente amenazada, pues impondría al legislador que adopte una postura antes de que pueda valorar las consecuencias de su decisión normativa. Según HASSEMER, se debe buscar un equilibrio entre flexibilidad y precisión y para ello *el legislador debe contar con la lealtad de la jurisprudencia a fin de que ésta le otorgue a la norma la dirección querida por el legislador*. Mediante el *método ejemplificativo* se procura evitar los excesos de la precisión, ya que el juez contaría con ejemplos del que puede deducir un caso. Por otro lado, impide los defectos de la flexibilidad, formulando los elementos de un modo preciso, vinculándolos a consecuencias jurídicas descritas con precisión⁽⁵³⁾.

Conforme a lo señalado precedentemente, una menor taxatividad no implica un Derecho penal de menor exigencia garantista. Por el contrario, partiendo de la premisa acerca de la imposibilidad de que la ley lo “comprenda todo”, son tanto los tribunales como la ciencia los que deben cumplir una importante función *de desarrollo* de Derecho. Para ello es esencial una *jurisprudencia motivada y profunda* conforme a una interpretación teleológica, y construcciones dogmáticas bien asentadas, que aporten una necesaria seguridad jurídica⁽⁵⁴⁾.

En este orden de ideas se dirige la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 2007, que se pronunció sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 434 del Código penal⁽⁵⁵⁾. Según los requi-

(53) HASSEMER, *Fundamentos*, pp. 314-319.

(54) BALDÓ LAVILLA, Francisco, “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 357 y ss., p. 369, pp. 371-372.

(55) Sentencia de 30 de marzo de 2007. Rol núm. 549. En <www.tribunalconstitucional.cl> (consultado el 26 de febrero de 2008). (La cursiva es mía). En la sentencia se alude a conceptos que forman parte del lenguaje común. Pues bien, en Alemania Bottke se refiere a la “utilización crítica del lenguaje cotidiano” (*methodik kritischer alltagssprachnützung*) como un medio idóneo para resolver los problemas

rentes esta norma es incompatible con la exigencia del artículo 19 núm. 3 de la Constitución, pues su tenor es vago, genérico, impreciso, ambiguo, y no contiene la descripción de la conducta concreta. Además, señalan que el tenor del artículo 434 no describe expresamente ninguna conducta, puesto que el concepto “actos de piratería” no lo hace. El Tribunal rechaza el requerimiento y afirma: “Décimo segundo: Que la disposición cuestionada sanciona expresamente ‘actos’, descartando la punición de un estado o condición. Tales actos son de piratería, por lo que se concentra en este término el quid del problema. El precepto a que nos referimos no deriva la descripción de la conducta incriminada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto. La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sancionase cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. *Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal.* En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia núm. 89, de 12 de marzo de 1993, ha precisado lo siguiente: ‘Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento, una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad justificante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones’. Décimo tercero: Que la descripción típica del acto de piratería puede ser aprehendida mediante los métodos de interpretación que corresponde al juez de la causa utilizar, particularmente si la sanción criminal se relaciona con un bien jurí-

que son sometidos a la consideración de la dogmática penal. El lenguaje cotidiano contiene una sabiduría que tiene relevancia penal y que permitiría acceder a la comprensión del derecho. Es preciso, según Bottke, acudir al lenguaje común —al análisis del sentido común— que se presenta como un recurso crítico para el sometimiento jurídico de los ciudadanos. BOTTKÉ, Wilfried, “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea”, traducido por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 310 y ss. Para mayor detalle, BOTTKÉ, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992.

dicamente protegido en forma explícita en el Código Penal (Título IX. Crímenes y simples delitos contra la propiedad; párrafo 2. Del robo con violencia e intimidación en las personas). A su vez, el término piratería tiene pleno arraigo en la cultura jurídica universal; en especial, en su acepción básica de ‘abordaje de barcos en el mar para robar’, es de comprensión común”.

Precisamente, la exigencia de fundamentación de las sentencias a que se hace referencia se vincula con el segundo principio a examinar, a saber, el del debido proceso —*nulla poena sine iudicio*—. En efecto, la exigencia de motivación debe comprenderse dentro de la garantía constitucional del debido proceso, pues toda sentencia judicial es expresión indiscutible del ejercicio del *ius puniendi* estatal⁽⁵⁶⁾. Es por ello que toda sentencia sólo puede legitimarse en la medida en que se hayan respetado las garantías fundamentales, reconocidas tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales⁽⁵⁷⁾. Por tanto, que el Código Procesal Penal haya establecido como exigencia la fundamentación de la sentencia —art. 342 letra c): *exposición clara, lógica y completa*— autoriza, en caso de omisión de tales presupuestos, su anulación, pues no se cumplen las expectativas impuestas por el legislador, ya que la motivación dota a la sentencia de legitimidad, tanto para los justiciables como para la sociedad⁽⁵⁸⁾.

En términos generales, puede decirse que toda persona tiene derecho a que su causa sea conducida de manera justa —*fair trial* anglosajón—, y para ello se debe garantizar a todo ciudadano imputado de un delito de los medios necesarios como para que pueda defenderse en condiciones de relativa igualdad frente al Estado, que de por sí ya está en posición de superioridad⁽⁵⁹⁾. En efecto, si se examinan las diversas garantías dispuestas frente a la persecución penal y del procedimiento éstas apuntan a resguardar al imputado frente al enorme poder

(56) CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Acerca de la valoración de la prueba y la fundamentación. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema que acoge Recurso de Nulidad”, *Boletín Centro de Estudios del Derecho, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo*, núm. 5, enero 2004, p. 3.

(57) Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2001, considerando sexto. Rol núm. 1660-01.

(58) Así lo manifiesta BOFILL GEENZCH, Jorge, “Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2001”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 1, 2002, p. 183.

(59) ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 80.

que tiene aquél cuando ejerce el *ius puniendi*⁽⁶⁰⁾. Todas estas garantías, que pueden comprenderse dentro de la noción del debido proceso, se dirigen fundamentalmente a que el Estado pueda imponer *legítimamente* una pena⁽⁶¹⁾.

III. LAS NUEVAS ORIENTACIONES DE ORDEN POLÍTICO-CRIMINAL. CUESTIONAMIENTOS AL CARÁCTER DE *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL

En las primeras páginas de este trabajo se indicó que una particularidad de las llamadas sociedades postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo, lo que ha conducido a una suerte de cuestionamiento de aquellos principios de corte garantístico a los que se ha hecho alusión, a saber, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *ultima ratio* sino que, derechamente, el Derecho penal es *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuán eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal⁽⁶²⁾.

(60) Precisamente, esta clase de consideraciones son las que permiten aseverar que el Ministerio Público no puede interponer recursos de nulidad fundados en el art. 373.a) del Código Procesal Penal, esto es, sobre la base de infracción de derechos y garantías, por cuanto éstas se disponen a favor del perseguido por la acción penal y no del persecutor. Como señalan HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 410: “tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no a favor del Estado”. En pp. 404 a 409 examinan diversos fallos de la Corte Suprema sobre la materia.

(61) El principio del debido proceso que puede fundamentarse en el art. 19 núm. 3 inc. 5 de la Constitución, art. 1 del Código Procesal Penal, así como en tratados internacionales —entre otros, Convención Americana de Derechos Humanos—, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en el marco del sistema interamericano. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Librotecnia, Santiago, 2007, *passim*; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2005*, Santiago, 2005; HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal*, t. I, pp. 67-71; BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, *passim*.

(62) Empleando el título de la obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

Sin pretender ser exhaustivo, se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento en el intervencionismo penal, ya sea a través de agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal⁽⁶³⁾. Evolución que comienza a apreciarse ya de manera notoria en los años ochenta⁽⁶⁴⁾, cuando puede observarse un mayor acento en políticas asegurativas —prevención general asegurativa— y que estaría dando lugar a una especie de oscurantismo a diversas garantías, ya sean formales —principio de legalidad— o materiales —así, la proporcionalidad, culpabilidad—. En definitiva, se aprecia una tendencia de “huida al Derecho penal”, a diferencia de lo ocurrido en la década del sesenta⁽⁶⁵⁾.

La pregunta es ¿por qué ha ocurrido aquello? Si bien existen diversas razones que permitirían fundamentar tal *huida* —no todas ellas vinculadas directamente—, sí puede afirmarse que responden a un fenómeno común: el énfasis en el valor “seguridad”⁽⁶⁶⁾.

(63) ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4.^a ed., Nueva York, University Press, Oxford, 2003, pp. 25-27; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, op. cit., pp. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 44 y ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, traducido por ROBLES, Ricardo, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 471 y ss.; HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, traducido por LARRAURI, Elena, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 235 y ss.

(64) Así lo pone de manifiesto, aunque situando dicho cambio a partir de 1975, ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducido por GÓMEZ, Carmen/GARCÍA, María del Carmen, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 25 y ss.

(65) ROXIN, *La evolución*, pp. 20 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Actualidad penal*, 1996-1, pp. 247-251, indica que la década del sesenta vino marcada en el plano de la ideología jurídico-penal por dos frases emblemáticas: “adiós a Kant y Hegel” y “retorno a Von Liszt”, expresando el abandono de las tesis retributivas que le otorgaban al Derecho penal una función ético-social, generando procesos de despenalización y énfasis en las posturas preventivo especiales.

(66) ROXIN, *Derecho Penal*, pp. 60-62; BARATTA, “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”. *Nueva Doctrina Penal*, 1999/B, pp. 402-405; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, pp. 1-37 (<<http://criminet.ugr.es/recpc/> consultado el 5 de marzo de 2008>); BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en

No obstante existir cierto consenso en cuanto a dicha aseveración, también surge la pregunta, ¿deben rechazarse *per se* estas manifestaciones de expansión? Soy del parecer que no. Ahora bien, es indudable que debe tenerse en consideración y valorarse cuán eficiente puede ser el Derecho penal en nuevas áreas, es decir, precisar si responden a necesidades sociales. Por de pronto, hoy parece difícil de sostener que atentados contra el medio ambiente⁽⁶⁷⁾ o en general delitos de peligro común puedan quedar fuera del Derecho penal por no responder a los criterios propios del llamado *Derecho penal clásico*, al que tanto se alude por la *Escuela de Frankfurt*⁽⁶⁸⁾.

Las sociedades actuales son particularmente complejas, por ello se llega a hablar de *sociedad de riesgos* como veremos *infra*. Precisamente, la posible ocurrencia de tales riesgos ha determinado la generación de tipos penales que

las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15 y ss.; BERGALLI, Roberto, “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”. LOSANO, Mario/MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 59 y ss. En América Latina, especialmente, algunos sostienen que ha habido un cambio en el discurso, de la seguridad nacional a la seguridad ciudadana, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 18; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”, *Gaceta Jurídica*, núm. 265, 2002, pp. 7 y ss.

(67) Fuertemente crítico hacia un Derecho penal del medioambiente, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente”, traducido por ÍÑIGO, Elena/PASTOR, Nuria/RAGÜES, Ramón, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 507 y ss.

(68) Rechazando algunos de sus postulados, SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; ROXIN, *La evolución*, pp. 90-94; MARI-NUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, “Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, traducido por CARNEVALI, Raúl, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*, núm. 8, 2001, pp. 231 y ss.; FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”, *Política Criminal*, núm. 1, 2006. A5, p. 1-30 (<<http://www.politicacriminal.cl>, consultado el 28 de febrero de 2008>) expone acerca del carácter discriminatorio del sistema penal chileno de corte liberal; a favor de una expansión del Derecho penal y crítico a posturas comprendidas dentro del Derecho penal liberal, GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 127 y ss.

suponen adelantar la barrera punitiva a casos donde no puede apreciarse una víctima o esta se torna difusa —delitos de peligro abstracto—⁽⁶⁹⁾.

Es cierto que el Derecho penal debe hacer frente a tales peligros, pero también se corre el riesgo de que dicha barrera protectora se adelante de tal manera que termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria, como puede ser el Derecho administrativo sancionador. Es preciso pues tener cuidado ante la creciente tendencia de incriminar los llamados *delitos de víctima difusa*, ya que ponen de manifiesto más bien objetivos de organización política, económica y social, y sólo de forma lejana se afecta al individuo⁽⁷⁰⁾. Es pues tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante. Es decir, el camino incorrecto sería desconocer, sin más, estas tendencias. Por el contrario, su deber es enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización. Lo que no puede hacer la ciencia penal es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención⁽⁷¹⁾.

1. Nuevos riesgos

Es un lugar común hablar hoy de la “sociedad del riesgo”⁽⁷²⁾. Se suele afirmar para explicar su configuración que, si bien tenemos un mejor estándar de vida, nos vemos expuestos a riesgos en los que en su mayoría, *resulta difícil controlar sus cursos causales* —así, energía nuclear, productos defectuosos y en general, todos aquellos riesgos que provienen de las nuevas tecnolo-

(69) POZUELO PÉREZ, Laura, “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coor.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 110-113.

(70) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, op. cit., p. 291.

(71) SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 54, destaca que en Alemania la ciencia penal muchas veces se enfrasca en discusiones estériles y sin mayor relevancia, perdiendo así la oportunidad de influir en la praxis; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”, *Revista Penal*, núm. 5, 2000, p. 45, destaca que la dogmática la mayoría de las veces está alejada de la praxis y orientada al interior del sistema; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 91 y ss. resalta el desinterés de los gobernantes españoles por conocer las peticiones de la doctrina.

(72) Fundamental el trabajo de BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducido por NAVARRO, Jorge/JIMÉNEZ, Daniel/BORRÁS, María Rosa, Paidós, Barcelona, 1998.

gías—⁽⁷³⁾. Ello, por cierto, influye para que el valor *seguridad* adquiera una particular relevancia dentro del actual contexto social, exigiéndose al Estado que procure adoptar medidas que minimicen dichos riesgos, entre ellas las penales ⁽⁷⁴⁾. La cuestión es, sin embargo, como destaca ROXIN ⁽⁷⁵⁾, hasta dónde puede el Derecho penal hacer frente a tales riesgos, con sus instrumentos liberales y ajustados al Estado de Derecho, dentro del que se comprende la noción del bien jurídico. En efecto, los bienes jurídicos involucrados en esta esfera tienen un carácter supraindividual, con lo cual se plantea el problema de precisar cuándo un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo o supraindividual. Justamente aquí surge la tesis de los delitos de acumulación ⁽⁷⁶⁾—*Kumulationsdelikte*—para la cual el delito se configura cuando por una repetición de actos aislados, aun cuando sean inocuos, en su conjunto sí pueden afectar al bien, en la medida en que esta *generalización de actos supone un serio riesgo de afectación del funcionamiento del sistema* ⁽⁷⁷⁾.

El peligro que representan categorías como las expuestas es que infringirían el principio de culpabilidad, pues para poder imputar se deben comprender otras contribuciones, las que son ajenas al hecho del autor. Asimismo, se trata de estructuras que se construyen sobre presupuestos similares al Derecho admi-

(73) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 26-28.

(74) PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, traducido por NIETO, Adán/DEMETRIO, Eduardo, en DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al.* (Dir.). *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 245; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 4, 2003, pp. 111 y ss.

(75) ROXIN, *Derecho Penal*, p. 61.

(76) KUHLEN, Lothar, “Unweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (105) 1993, pp. 697 y ss.; manifestando algunas críticas a esta construcción, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 11, 2005, pp. 151 y ss.; HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, traducido por SALAZAR, Eduardo, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14, 2002, pp. 1-13 (<<http://criminet.ugr.es/recpc>>, consultado el 5 de marzo de 2008).

(77) Crítico, KINDHÄUSER, Urs., “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, traducido por MOLINA, Fernando, en VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, p. 446.

nistrativo sancionador, que por esencia es un derecho de daño cumulativo⁽⁷⁸⁾, es decir, el injusto se configura por la repetición de actos —efecto sumativo—, pues lo que persigue son objetivos de organización, en que lo esencial es el peligro que para el funcionamiento de un sistema puede tener la repetición de actos⁽⁷⁹⁾. Lo determinante no es pues el grado de lesividad de la conducta individual —sí Derecho penal— sino su acumulación y generalización. Lo expuesto pone en evidencia, entonces, la propensión a una especie de “administrativización” del Derecho penal, pues se comprenden en esta esfera los mismos fundamentos de imputación que son propios del Derecho administrativo sancionador⁽⁸⁰⁾.

2. Mayor protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales

Otra de las características de la sociedad actual y que también ha motivado un fenómeno expansivo es la creciente presencia de la víctima en la solución del conflicto, fundamentalmente por la mayor identificación de ésta con la sociedad⁽⁸¹⁾. Lo anterior pone de manifiesto un cambio de paradigma dentro de la sociedad.

Mientras en los años sesenta primaba la idea de la corresponsabilidad social en la generación de la delincuencia, hoy, de la mano tanto de la desconfianza en el fin resocializador de la pena como de la consolidación de la ética de la responsabilidad personal, la colectividad presta toda su atención e identificación, cuando está frente a un conflicto penal, a la situación de la víctima, “dirigiendo” toda la responsabilidad al autor del delito, sobre el cual debe recaer el

(78) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, op. cit., p. 126.

(79) Criterios de distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo, CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos individuales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 1, 2000, pp. 147-150.

(80) FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 19, 2007, pp. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* op. cit., pp. 121 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 165.

(81) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, op. cit., pp. 52 y ss.; GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*, traducido por ESCRIVÁ, Manuel, Flor del Viento ediciones, Barcelona, 1997, pp. 96 y ss.

rigor de la pena⁽⁸²⁾. Esta clase de consideraciones ha hecho que, de una u otra forma, el sistema penal tienda a ser más riguroso y menos flexible.

Otra interesante manifestación de nuestra actual configuración social es la cada vez más importante intervención de los llamados *gestores de la moral colectiva*⁽⁸³⁾, entre los que pueden comprenderse los grupos medioambientalistas, feministas, homosexuales, antidiscriminación, entre otros. Cabe señalar que las manifestaciones de estos grupos de presión también se vinculan, pues no se está frente a compartimentos estancos, con la tendencia, expuesta precedentemente, de mayor identificación con la víctima⁽⁸⁴⁾. Lo curioso es, sin embargo, que a estos grupos en el pasado se los relacionaba con movimientos despenalizadores, o cercanos a la Criminología crítica, tradicionalmente ligados a la izquierda política, que asociaban el recurso punitivo con los sectores más conservadores de la sociedad⁽⁸⁵⁾. En cambio, hoy son fuertes impulsores de políticas de criminalización o de endurecimiento de las penas, cuyas ideas se difunden con mayor rapidez gracias a las facilidades tecnológicas⁽⁸⁶⁾.

(82) GARAPON, *Juez...*, *op. cit.*, p. 105: “Durante los Treinta Gloriosos, es decir desde los cincuenta a los ochenta, la sociedad volvía hacia sí la responsabilidad de la delincuencia, como lo testimonia el título del conocido film, *Todos somos asesinos*. Al menor delincuente se le consideraba mayoritariamente un inadaptado al que había que educar, como alguien que se había perdido en el crecimiento. Hoy, a la inversa, la delincuencia se ve en términos de responsabilidad personal. Está lectura en términos más jurídicos que políticos corresponde a una menor tolerancia”; GARLAND, David, *La cultura del control*, traducido por Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 143 y ss. También debe considerarse que a partir de los años sesenta, comienzan a gestarse los movimientos dirigidos a brindarle una mayor participación a la víctima en el conflicto penal, CARNEVALI, *Las políticas de orientación*, pp. 28-30.

(83) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 66-69; POLAINO NAVARRERE, Miguel, “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/MORILLAS CUEVA, Lorenzo *et al.* (Coor.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 723 y ss.

(84) Movimientos sociales como aquellos dirigidos a lograr un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres o de los menores. DÍAZ GUDE, Alejandra, “La influencia del ‘movimiento pro víctimas’ en la justicia restaurativa”, *Crea, Universidad Católica de Temuco*, núm. 4, 2004, pp. 199 y ss.

(85) POLAINO, “La controvertida legitimación”, p. 724.

(86) Los medios de comunicación se han constituido también en un factor importante en la generación de sensaciones de inseguridad, dada la particular *dramatización* con que se exhiben las noticias. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, pp. 65 y ss.; CERVINI, Raúl, “Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica”, *Revista de Ciencias Penales*, t. XL, 1992, pp. 5 y ss.; ALBRECHT, *El Derecho penal*, pp. 480-481; GARAPON, *Juez...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

Un ejemplo de cómo a veces las presiones sociales lideradas por determinados grupos pueden dar lugar a decisiones político criminales discutibles, tiene lugar en materia de violencia de género⁽⁸⁷⁾. Sin dejar de afirmar la relevancia del tema, que ha motivado por lo demás que se dicten importantes cuerpos normativos⁽⁸⁸⁾, la cuestión es cuán necesarias son varias de estas disposiciones, pues es evidente el riesgo que supone tratar fenómenos de esta naturaleza con leyes penales. Los casos que se subsumen en esta esfera, propia de la violencia de género, tienen una especial complejidad como para pretender tratarlas sólo con leyes sancionatorias, más si éstas son penales. No sólo porque una política contra la violencia de género demanda la adopción de medidas que se dirijan a un cambio de valores en la sociedad, sino porque muchas veces los sujetos involucrados en el conflicto, y en particular las víctimas, no desean sólo una solución punitiva, sino también que se apliquen efectivas medidas de rehabilitación. Por otra parte, se presenta el riesgo de que el Derecho penal asuma funciones eminentemente simbólicas, con escasa repercusión, al atribuírsele propósitos de pedagogía social, que no le corresponden de manera exclusiva⁽⁸⁹⁾. Asimismo, puede generar importantes repercusiones de desaprobación, al valorar la sociedad que no está cumpliendo su propósito preventivo.

(87) POLAINO, “La controvertida legitimación”, pp. 726 y ss.

(88) Así, en España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. Conjunto de normas que ha generado importantes discusiones, muchas de ellas con un marcado tono crítico. FARALDO CABANA, Patricia, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 72 y ss.; BOLEA BARDÓN, Carolina, “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02, 2007, pp. 1-26 (<<http://criminet.ugr.es/recpc>> consultado el 5 de marzo de 2008); MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, pp. 1-13 (<<http://criminet.ugr.es/recpc>> consultado el 5 de marzo de 2008). En Chile se han presentado diversos proyectos de ley, entre otros, Boletín núm. 4937-18 para sancionar el femicidio; Boletines núm. 5200 y 4886-07 para modificar la ley de violencia intrafamiliar. CASAS BECERRA, Lidia/MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra, *Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones*, Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, núm. 16, Santiago, 2004; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *La defensa de casos de violencia intrafamiliar*, Santiago, 2007.

(89) HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, traducido por ANARTE BORRALLÓ, *Revista Penal*, núm. 4, 1999, p. 55: “La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a

3. Derecho penal de la peligrosidad

Otra manifestación de mayor punitivismo en nuestra sociedad, discutiéndose su real necesidad dados los eventuales riesgos de mayor intervencionismo, guarda relación con los imputables peligrosos y la adopción de medidas inocuizadoras⁽⁹⁰⁾.

Éste es, probablemente, el tema que mayores discusiones está generando dentro de la doctrina: el Derecho penal de la peligrosidad.

Como destaca SILVA SÁNCHEZ: “El nada sospechoso profesor alemán *Winfried Hassemer* ha advertido que tenemos un problema y que si las teorías críticas y liberales del Derecho penal no lo han percibido es porque partían de la estrategia de eliminar el pensamiento asegurativo del Derecho penal. Esta estrategia es ya anacrónica. Por tanto, y de nuevo con *Hassemer*, es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una ‘ultima ratio’ y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida, del trabajo académico”⁽⁹¹⁾.

Precisamente, la discusión acerca de la inseguridad ciudadana, la criminalidad reiterada, en la que participan *multirreincidentes*, ha generado especial intranquilidad a la ciudadanía, independientemente de si tal preocupación des-

menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social”. Alegando que se trata de políticas con un fuerte contenido populista, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)”, *Jueces por la democracia*, núm. 58, 2007, pp. 43 y ss. Sobre el panorama en Chile, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El Derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”, *Persona y sociedad*, vol. XVIII, núm. 2, 2004, pp. 227 y ss.

⁽⁹⁰⁾ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión... op. cit.*, pp. 163 y ss.; Id., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*, núm. 8, 2001, pp. 177 y ss.; BRANDARIZ, *Política criminal*, pp. 92 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel, “El tratamiento del delincuente habitual”, *Política Criminal*, núm. 4, A3, 2007, pp. 1-16, pp. 7 y ss. (<<http://www.politicacriminal.cl>>, consultado el 3 de marzo de 2008); POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Medidas de seguridad ‘inocuizadoras’ para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre la discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad”, *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, núm. 2, 2001, pp. 480 y ss.

⁽⁹¹⁾ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Editorial “Peligrosidad”. *InDret*, 4/2007. (<<http://www.indret.com>>, consultado el 29 de febrero de 2008) (cursiva en el original).

cansa o no en un sustento empírico. ¿Qué hacer con aquellos sujetos que siendo imputables y encontrándose cumpliendo una condena, existe el riesgo de que vuelvan a delinquir una vez cumplida ésta? ¿Debe la sociedad asumir ese riesgo o es lícito que adopte medidas al respecto? Son preguntas que generan particular temor. Para la sociedad es difícil de admitir que la respuesta penal sólo puede medirse sobre la base de la culpabilidad por el hecho y que debe asumir los riesgos que puede representar un sujeto peligroso que ha cumplido su pena. Para el conjunto social constituye un momento particularmente relevante el reingreso del condenado a la vida social, sobre todo si ha cometido un delito particularmente grave⁽⁹²⁾.

En todo caso, no estamos frente a temas nuevos, pues ya en su momento los positivistas de fines del siglo XIX y principios del XX pusieron el acento en la peligrosidad⁽⁹³⁾.

No cabe duda de que se está frente a un tema especialmente sensible para la doctrina, sobre todo desde que JAKOBS introdujo en la discusión la noción del *Derecho penal del enemigo*⁽⁹⁴⁾. Pero creo, compartiendo la postura de FEIJÓO,

(92) SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, pp. 186-187.

(93) En los últimos treinta años del siglo XIX irrumpió con fuerza en Italia —Lombroso, Ferri, Garofalo— y Alemania —entre otros, Von Liszt, con matices distintos Merkel— la llamada *Escuela positiva*, que cuestionaba cómo se comprendía el delito hasta ese entonces. Se sostenía, con matices en algunos casos, que quien delinquía era un sujeto peligroso socialmente —conforme a cierta escala tipológica— y era válido emplear determinados instrumentos para neutralizarlo. Llegándose a plantear la transformación del Derecho penal en un instrumento de “profilaxis social”. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. XXV.

(94) En JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducido por PEÑARANDA, Enrique, en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 y ss., comienza a tratar el tema, en donde traza la distinción con el ciudadano. En p. 98 señala que mientras el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad, el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos. Esencialmente, cuando se habla de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), se caracteriza por adelantar la intervención penal, disminuyendo la proporcionalidad entre el hecho y la pena. Asimismo, se reducen las garantías procesales, por cuanto el autor no garantiza la mínima seguridad cognitiva sobre su comportamiento, al haber abandonado definitivamente el Derecho; Id., “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, traducido por MANSO, Teresa. En ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (coord. versión alemana); MUÑOZ CONDE (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 58 y ss.; JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, *passim*. Dado que son

que mucho se ganaría en el debate si ésta se reconduce desde el nuevo y difuso concepto de enemigo, que tanta discrepancia genera —en no pocos casos fundados sólo en prejuicios ideológicos—, hacia un tema más viejo y conocido por todos, como es: qué hacer con aquellos ciudadanos culpables, que son peligrosos ⁽⁹⁵⁾.

Al respecto, existen dos posturas antagónicas: por un lado, la de quienes abogan por un Derecho penal, de apego irrestricto a los principios fundamentales que limitan el *ius puniendi* —Derecho penal mínimo de corte liberal— y por tanto, todos aquellos modelos que van más allá de la culpabilidad son ilegítimos ⁽⁹⁶⁾ y, por otro lado, la de quienes consideran que existen ciertas realidades

numerosos los trabajos que se han escrito sobre el tema, podemos citar, sin pretender ser exhaustivos, CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coor.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. 2 tomos, Edisofer, IB de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006; GRACIA MARTÍN, Luis. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 89 y ss., pp. 117 y ss., quien hace ver que no se trata de un concepto nuevo. Por el contrario, ya se puede encontrar en la sofística griega; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006; VÍQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007, A2, pp. 1-18, (<<http://www.politicacriminal.cl>>, consultado el 3 de marzo de 2008); SILVA SANCHEZ, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 163-167, quien expone sobre un Derecho penal de tercera velocidad; BRANDARIZ, *Política criminal*, pp. 199 y ss.; examinando la realidad política colombiana, APONTE, Alejandro D., “Derecho penal de enemigo vs Derecho penal del ciudadano. El Derecho Penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*, núm. 8, 2001, pp. 251 y ss.; el caso italiano, RESTA, Federica, “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, *L'indice penale*, núm. 1, 2006, pp. 181 y ss.

⁽⁹⁵⁾ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, *Revista de Derecho penal contemporáneo*, núm. 16, 2006, pp. 156-157.

⁽⁹⁶⁾ Aquí podría comprenderse la Teoría del garantismo expuesta por FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto *et al.*, Trotta, Madrid, 1995. En términos generales, se parte de la premisa que del poder debe esperarse un uso abusivo, por lo que resulta esencial imponer límites, a través de un sistema de garantías y vincular al poder con la protección de derechos. Con ello, el garantismo se opone a toda manifestación de decisionismo, pues se exige el apego irrestricto al principio de legalidad. Un estudio del pensamiento jurídico de Ferrajoli, CARBONELL, Miguel/SALAZAR, Pedro (ed.), *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

que deben ser enfrentadas, queramos o no, y que se comprenden dentro del Derecho de las medidas de seguridad⁽⁹⁷⁾.

Quizás el concepto mismo de peligrosidad y medidas tendentes a su neutralización no ayuda, pues de alguna forma evoca concepciones autoritarias de la sociedad o a las persecuciones durante las dictaduras —concepción de la seguridad nacional—, en donde la disidencia era tratada como enemigo interno. Empero, la cuestión es, y allí se plantea el desafío, cuán válidas pueden ser consideraciones de esta naturaleza en un régimen democrático, cuya estructura central radica en valores como la tolerancia y la libertad. Es decir, cuán legítimas pueden ser medidas que se dirijan a controlar a un individuo, incluso después de cumplida su pena. Y es que no me cabe la menor duda de que autores como JAKOBS o SILVA SÁNCHEZ, cuando exponen acerca de un derecho penal de la tercera velocidad o un derecho penal de la seguridad, no lo hacen pensando que éste sólo puede aplicarse en regímenes totalitarios. Por el contrario, lo que se preguntan es bajo qué circunstancias se puede *justificar* dentro de un Estado de Derecho⁽⁹⁸⁾.

(97) FEIJÓO, “El derecho penal”, p. 135: “Una vez aireadas ciertas cuestiones ya no es posible esconder la cabeza bajo tierra como los avestruces, o mirar para otro lado. Se trata de retos a los que antes o después la ciencia del derecho del siglo XXI tiene que hacer frente. Tenemos, por tanto, que analizar qué puede aportar al final —a pesar del rechazo— la idea del derecho penal del enemigo. Por otro lado, si dogmáticamente podemos definir las características de lo que podemos denominar derecho penal del enemigo e identificarlo, ello nos puede servir para deslegitimar apartados concretos del ordenamiento vigente; es decir, se trata de un instrumento más para deslindar los modelos legítimos de los modelos ilegítimos de derecho penal —no más difuso que las referencias al derecho penal simbólico o al derecho penal del riesgo—”. Más adelante, p. 176, señala que la aparición de sanciones de carácter inocular no es *per se* incompatible con el Estado democrático de Derecho; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 142 y ss. Crítico a que las medidas de seguridad se determinen proporcionalmente conforme a la gravedad del delito y no sobre la base de la peligrosidad, CEREZO MIR, *Curso*, t. I, pp. 37-38. Sobre la necesidad del reconocimiento constitucional de la peligrosidad y las medidas de seguridad, FALCONE SALAS, Diego, “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, semestre II, 2007, pp. 235 y ss.

(98) Para apreciar que la idea de peligrosidad está, y desde hace tiempo, inserta en la esfera política, basta tener en consideración el mensaje de la Presidenta de la República en el proyecto de ley que modifica el Código penal y el Código procesal penal en materia de seguridad ciudadana (Boletín 4321-07): “Por ello, el Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Justicia, analizaron la forma en que las normas del nuevo proceso

Debe tenerse en consideración que estos temas ya están insertos en la política criminal norteamericana y lo están siendo en la europea⁽⁹⁹⁾. En los Estados Unidos, políticas de esta naturaleza obedecen esencialmente a que el enfoque científico ya no se centra en descripciones clínicas de sujetos, sino más bien en cálculos de probabilidades, estadísticamente fundados. Se trabaja sobre la pregunta: *Cuánto riesgo como sociedad estamos dispuestos a tolerar y cómo debe ser la intervención penal para controlar ciertos riesgos*. Qué intensidad es la necesaria para manejar los riesgos. De manera que también la neutralización puede comprender, no sólo el encierro, sino también la vigilancia electrónica, libertad vigilada e, incluso, la participación en entrenamientos militares⁽¹⁰⁰⁾.

Con respecto a los delitos sexuales violentos, tanto en Estado Unidos como en Europa, se contemplan medidas que claramente se inclinan por la vía inocuidadora⁽¹⁰¹⁾. Si después de cumplida la pena se estima que mantiene su peligrosidad —pronóstico de reincidencia— se impone una medida de seguridad. En consecuencia, para aplicarse no requiere ni habitualidad ni reincidencia. Se

penal están siendo aplicadas, con el objeto de detectar aquellas situaciones que permitan que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente, y propongan aquellas modificaciones legales que den solución a esas falencias”. Más adelante: “Una de las principales causas de la sensación de inseguridad se encuentra en el hecho de que un porcentaje importante de los delincuentes que cometen delitos graves son reincidentes en los mismos hechos. Por ello, el presente proyecto de ley busca sancionar de manera más enérgica aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada”.

⁽⁹⁹⁾ OTTAVIANO, Santiago, “‘Selective incapacitation’. El retorno de la inocuidación al pensamiento penal norteamericano contemporáneo”, *Prudentia Iuris*, núm. 49, 1999, pp. 137 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4/2007, (<<http://www.indret.com>> consultado el 3 de marzo de 2008), examina, entre otras medidas, la castración química, las custodias de seguridad alemanas, las sentencias indeterminadas inglesas; DRESSLER, Joshua, *Cases and materials on Criminal Law*, 3.^a ed., Thomson, St. Paul, mn, 2003, pp. 616-617. Sobre la castración química en los Estados Unidos, MURRAY, John S., “California’s Chemical Castration Law: A Model for Massachusetts?”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, verano de 1998 (Lexisnexis Academic, 30 h.); FLACK, Courtney, “Chemical castration: an effective treatment for the sexually motivated pedophile or an impotent alternative to traditional incarceration?”, *The Journal of Law in Society*, otoño de 2005 (Lexisnexis Academic, 25 h.); SPALDING, Larry Helm, “Florida’s 1997 chemical castration law: a return to the dark ages”, *Florida State University Law Review*, invierno de 1998 (Lexisnexis Academic, 26 h.).

⁽¹⁰⁰⁾ OTTAVIANO, “Selective”, p. 148.

⁽¹⁰¹⁾ LIEB, Roxanne/QUINSEY, Vernon/BERLINER, Lucy, “Sexual Predators and Social Policy”, *Crime and Justice*, núm. 23, November, 1998, pp. 43 y ss.; ROBLES, “Sexual Predators”, pp. 8 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuidación”, pp. 177 y ss.

parte de la imposición de una pena impuesta sobre la base de la culpabilidad y proporcionalidad, a la que se puede sumar medidas orientadas por principios inocuidadores.

IV. EFICIENCIA Y RACIONALIDAD

Examinadas algunas de las causas que han dado lugar a un incremento punitivo —a veces irreflexivo—, y que ponen en entredicho el carácter de *ultima ratio* que se espera del instrumento penal, cabe preguntarse cómo podemos racionalizar su empleo. Conforme lo expuesto *supra*, se le han *atribuido* a las leyes penales funciones que no les corresponden o al menos, no de manera exclusiva. Es así que, frente al descrédito de otras instancias de control social le atribuyen el rol de sostenedor de los valores éticos de la sociedad, con el riesgo cierto de confundir el contenido del Derecho penal con determinadas proposiciones valorativas. Es decir, para la sociedad éstas se sostienen y reafirman en la medida que el Derecho penal así lo exige. Convirtiéndose así en una especie de *orientador moral*, en desmedro de otras instancias a las que sí les corresponden tales funciones ⁽¹⁰²⁾.

La cuestión no es, pues, sólo destacar el papel de *ultima ratio* que le corresponde al Derecho penal, sino darle un contenido que autorice precisar cuándo su recurso es necesario, amén de legítimo. Cuándo pueden estimarse ya eficientes otros medios de solución de conflictos, como es el caso del Derecho administrativo sancionador ⁽¹⁰³⁾.

En este contexto, resulta esencial determinar criterios que permitan jerarquizar los medios y con ello, racionalizar los recursos de manera que la respuesta frente al delito sea eficaz. En este orden, me parece que teorías como la del bien jurídico y los fines de la pena se dirigen en ese sentido ⁽¹⁰⁴⁾. En efecto, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* supone, como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa sólo para proteger los

⁽¹⁰²⁾ Así ya lo expuse en “¿Es adecuada la actual política criminal?”, *Gaceta Jurídica*, núm. 242, 2000, p. 12; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La racionalidad legislativa penal, contenidos e instrumentos de control”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PRIETO DEL PINO, Ana María/SOTO NAVARRO, Susana (Ed.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 274; OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, “Eficiencia del Derecho penal. El caso de los delitos contra el medio ambiente”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 2003, p. 383.

⁽¹⁰³⁾ En similares términos, POZUELO, “De nuevo sobre...”, p. 117.

⁽¹⁰⁴⁾ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, “La racionalidad legislativa”, p. 288.

bienes jurídicos más relevantes para una sociedad⁽¹⁰⁵⁾. La pregunta es cómo fundamentar dicho principio de manera que cumpla con su cometido limitador⁽¹⁰⁶⁾. Para poder resolver cuándo se está frente a un bien jurídico protegible penalmente es esencial tener en consideración cuestiones referidas al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*⁽¹⁰⁷⁾. Tales valoraciones deben ser tenidas en consideración, si se pretende resolver cuándo se está frente a un bien jurídico penal y cómo estando frente a un bien de esta naturaleza debe ser éste protegido.

En cuanto a consideraciones de *merecimiento*, éstas hallan su basamento en razones de justicia, las que llaman a individualizar y considerar como realidades de especial significación, las que tienen un importante arraigo en la conciencia social. En consecuencia, estimarse que su puesta en peligro o su afectación pueden generar especiales repercusiones de fuerte intensidad dentro del contexto social, y con ello autorizar la intervención de los instrumentos punitivos⁽¹⁰⁸⁾. Ahora bien, tales consideraciones deben apreciarse atendiendo el contexto histórico-cultural en el que se manifiestan, por lo que, debido a su basamento axiológico, pueden presentarse dificultades a la hora de señalar criterios claros, lo que da lugar a una cierta imprecisión⁽¹⁰⁹⁾. En lo que dice relación a la *necesidad de pena*, puede llegar a considerarse que se está frente a un bien merecedor de pena, pero que, por razones de utilidad, debe ser protegido por

(105) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 276, sostiene que la obtención de criterios de delimitación del objeto que debe ser protegido por el Derecho penal es decisivo, pues permite contar con un baremo político criminal que autoriza a examinar los procesos de incriminación o desincriminación; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, pp. 160 y ss.; MENDOZA, *El Derecho penal*, pp. 169-170; GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención...”, *op. cit.*, p. 259.

(106) Crítico, HASSEMER, “Rasgos y crisis”, p. 239, señala que el principio de protección de bienes jurídicos también puede fundamentar una demanda de criminalización; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p. 735, destaca que la noción de bien jurídico no ha sido capaz de cumplir una función crítica, autorizando así cualquier intervención penal estatal.

(107) ROMANO, Mario, “‘Merecimiento de pena’, ‘necesidad de pena’ y teoría del delito”, traducido por SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 139 y ss.

(108) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, pp. 287-289; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, p. 162.

(109) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 289; CADOPPI, Alberto, “Il ruolo delle *Kulturnormen* nella ‘opzione penale’ con particolare riferimento agli illeciti economici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1989, p. 294, señala que es la “cultura” de la colectividad la que forma el concepto de bien jurídico relevante en el ámbito del Derecho penal.

otros medios, con un menor contenido de lesividad que el Derecho penal, o cuando se estime que el recurso punitivo puede dar lugar a mayores consecuencias negativas⁽¹¹⁰⁾. En definitiva, aun cuando los criterios expuestos —justicia y utilidad— no se le pueden *imponer* al legislador, pues éste dispone de un espacio de libertad en sus decisiones político criminales, tampoco se puede dejar de reconocer que éstos, en la medida que respondan a un determinado horizonte jurídico, político y cultural común, sí deberían serle *exigibles* o al menos vincularlo⁽¹¹¹⁾.

Si bien es cierto que el legislador dispone de cierto arbitrio, ello no supone, claro está, arbitrariedad en sus decisiones, por cuanto éstas, como se ha dicho, deben enmarcarse dentro de un determinado contexto jurídico y político, que se ve plasmado en la Constitución. En este sentido, me parece esencial el control de racionalidad legislativa penal que debe ejercer el Tribunal Constitucional⁽¹¹²⁾, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas leyes⁽¹¹³⁾. No cabe duda que una acuciosa labor, extrayendo los valores y principios constitucionales, permitirá establecer los parámetros sobre los cuales habrá de actuar el legislador. Si bien, se trata de una materia que va más allá de lo que se pretende a través de este trabajo, creo que el Tribunal Constitucional no puede eludir esta tarea, escudándose en el *legalismo de las mayorías*. Y es que también las sociedades democráticas a través de las mayorías han creado injustos⁽¹¹⁴⁾ ⁽¹¹⁵⁾.

(110) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 73; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, p. 166; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 289.

(111) ROXIN, *Derecho Penal*, p. 64; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 77.

(112) Así lo expresa, DÍEZ RIPOLLÉS, “La racionalidad legislativa”, pp. 295 y ss.; HIRSCH, Hans Joachim, “Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho”, traducido por GUZMÁN, José Luis, en DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SE-RRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al* (Dir.), *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 133-134, quien considera que el desarrollo progresivo del Derecho constitucional permitirá brindarle una mayor atención al principio de *ultima ratio*.

(113) Art. 93 núm. 7 de la Constitución de la República.

(114) Acerca de la discusión entre el principalismo constitucionalista y el legalismo de las mayorías, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 183 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *recensión a DÍEZ RIPO-LLÉS, José Luis, La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2005, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 380 y ss., pp. 388-390. Sobre papel que en este sentido deben desempeñar los tribunales constitucionales, NOGUEIRA, Humberto, *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur*, Lexisnexis, Santiago, 2005, pp. 16 y ss.

(115) RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*, traducido por DEL CAM-PO, Aníbal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1980, pp. 127 y ss., p. 134, frente a la

El Tribunal Constitucional español, en sentencia de 20 de julio de 1999, estimó inconstitucional el art. 174 bis a) del Código Penal anterior al de 1995, que castigaba el delito de colaboración con banda armada por infracción del principio de proporcionalidad ⁽¹¹⁶⁾. Señala: “En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) CP 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados ‘actos de colaboración’ con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar”.

Por lo anterior, no puedo compartir el razonamiento expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de junio de 2007 ⁽¹¹⁷⁾, por el que rechazó declarar inconstitucional la norma del proyecto modificatorio de la Ley núm. 20.084, que establecía como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internamiento en régimen cerrado, argumentando, entre otras razones, que tanto la determinación de la pena como las modalidades de cumplimiento son de competencia exclusiva del legislador (considerandos 28.º y 29.º). Como bien se expone en el voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic, nadie duda de tal atribución del legislador, la cuestión es cómo se materializa. En este caso en particular, resolviendo la conformidad o no de la ley que regula materias de esta clase con los derechos que emanan de la natura-

afirmación “la ley es la ley” señala que también existen *injustos legales* y por tanto, una ley puede ser ilegítima. Si bien la ley procura seguridad jurídica, no es el único valor que el derecho tiene que realizar, también deben concurrir la conveniencia y la justicia. Según el autor, en caso de que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal magnitud que se esté frente a una ley, expresión de “derecho arbitrario”, se debe ceder ante la justicia —*Derecho suprallegal*—.

⁽¹¹⁶⁾ En <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/hb.html>> (consultado el 7 de marzo de 2008).

⁽¹¹⁷⁾ Sentencia de 13 de junio de 2007. Rol núm. 786, en <www.tribunalconstitucional.cl> (consultado el 7 de marzo de 2008).

leza humana y que se encuentran contemplados en los tratados internacionales⁽¹¹⁸⁾.

No quisiera terminar este trabajo sin referirme, aunque brevemente, a la propuesta metodológica que constituye el *Análisis Económico del Derecho*, como instrumento de medición de eficiencia de determinados instrumentos, en este caso el punitivo. Aunque frecuentemente estudiado en el mundo anglosajón⁽¹¹⁹⁾, nuestra cultura jurídico penal ve con cierta reticencia el recurso a mecanismos que apelen a la eficiencia económica, sobre una supuesta antinomia entre eficiencia y respeto a las garantías⁽¹²⁰⁾.

A pesar del escepticismo que en algunos genera el *Análisis Económico del Derecho*⁽¹²¹⁾, si se concuerda que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando

(118) “DÉCIMO. Que, a juicio de este disidente, el precepto cuestionado no se encuentra en armonía con los derechos invocados por los requirentes, toda vez que resulta incompatible con lo preceptuado por la Convención sobre Derechos del Niño, ya que el establecimiento de la internación en régimen de encierro por a lo menos dos años, pudiendo extenderse hasta por 5, claramente no es una medida que cumpla un objetivo tendiente a rehabilitar y resocializar al menor en aras de su interés superior y su desarrollo integral, y tampoco puede afirmarse que la norma cuestionada constituya un acto de cumplimiento del deber de promoción de derechos que establece el artículo 5.º, más aún si la privación de libertad es establecida en la Convención como ‘ultima ratio’, lo que significa que ha de ser un mecanismo de aplicación subsidiaria sólo una vez agotadas otras vías que sean menos lesivas de los derechos y el interés superior del menor, requisito que no se vislumbra como cumplido por la disposición que se impugna, más aún si el mismo artículo 37 de la Convención expresa que ‘Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad’, exigencia también desatendida al establecerse un régimen de internamiento o de encierro mínimo por dos años”.

(119) El trabajo que marca el inicio en esta dirección es el de BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, núm. 76, 1968, pp. 169 y ss.

(120) Así lo expresa POZUELO, “De nuevo sobre...”, p. 122.

(121) TITLE, Charles R., “Los desarrollos teóricos de la criminología”, traducido por CANDIOTI, Magdalena, en BARBERET, Rosemary/BARQUÍN, Jesús (Ed.), *Justicia Penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Comares, Granada, 2006, pp. 13-16; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pp. 266 y ss.; BRANDARIZ, *Política criminal*, pp. 89-92. Como bien expone SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, *op. cit.*, p. 105, rechazar estas construcciones sobre la base de cuestionar la noción de delincuente como sujeto racional implica poner en entredicho el carácter preventivo de las normas penales. En defensa, como método útil para examinar la eficiencia de las instituciones jurídicas, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?”, en COURTIS, Christian (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 321 y ss.

sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no se puede prescindir, precisamente, de instrumentos que permiten medir su eficiencia: *cómo podemos prevenir delitos con el menor costo social* —por lo demás, como se afirmó *supra*, el principio de *ultima ratio* se debe cimentar sobre consideraciones de eficiencia—⁽¹²²⁾. En este sentido, si la finalidad del Derecho penal es la prevención de delitos, así como la reducción de las reacciones informales y la propia violencia estatal, ello impone recurrir a instrumentos —ya sea, entre otros, la amenaza de la pena, como la actuación de la policía—, que signifiquen un menor costo social que lo que puede representar el delito o el recurso de la venganza particular. Es decir, en el constante autoanálisis al que debe someterse el Derecho penal, debe revisarse cuán eficiente es con el menor costo posible⁽¹²³⁾.

Ahora bien, es indudable que valoraciones de este carácter deben tomar en cuenta el respeto a la persona y su dignidad⁽¹²⁴⁾. Es decir, el Derecho penal perdería legitimidad si se construye sólo sobre bases puramente eficientistas de carácter económico. Por ejemplo, pretender reducir drásticamente las tasas de criminalidad imponiendo masivamente la pena de muerte o castigos corporales⁽¹²⁵⁾.

Algunas de las variables más importantes que deben ser tomadas en consideración, están relacionadas con la *probabilidad de la aprehensión* y la *severidad del castigo*. Es decir, el delincuente, como sujeto racional, —*homo oeconomicus*, que es modelo de hombre que sirve de base a este análisis— toma en cuenta estos elementos como costos de oportunidad a la hora de resolver la comisión de un delito⁽¹²⁶⁾. Pues bien, de estas dos variables, y en esto no hay

(122) SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, *op. cit.*, pp. 121-122, p. 94, quien destaca además, que las tesis utilitaristas sobre prevención desarrolladas en el siglo XVIII —así, Bentham y Beccaria— se construyeron sobre consideraciones de eficiencia; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”, *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, núm. 2, 2001, p. 540.

(123) SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, *op. cit.*, p. 121.

(124) SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, *op. cit.*, p. 127; Id., “Reflexiones sobre la base de la Política Criminal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*, núm. 8, 2001, p. 197.

(125) Así, RAGUÉS, “Tres grandes dilemas”, p. 540.

(126) En estos términos, POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, traducido por SUÁREZ, Eduardo, México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 215, quien sostiene que tales consideraciones también son aplicables al delincuente con poca educación o respecto a delitos no pecuniarios. Sobre el modelo de hombre en el Derecho, RADBRUCH, *El hombre*, pp. 20-21, quien señala que la concepción del ser humano de la Ilustración y del Derecho natural, orientando así el orden jurídico de un Estado liberal, era del *homo oeconomicus*. En cambio, el *homo sociologicus* fue el propio de los Estados sociales que surgen con posterioridad. También, SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, pp. 98-99.

mayor discusión, la que tiene mayor fuerza disuasiva para el posible delincuente es la primera de ellas, a saber, la probabilidad de ser detenido, más que la sanción en sí misma. Por tanto, el mayor costo, como indica SILVA SÁNCHEZ, debe presentarse en la esfera policial, judicial e, incluso, social⁽¹²⁷⁾. Es por ello, a mi modo de ver, que un sistema que enfatiza en la sanción y en su gravedad, por sobre otros mecanismos, es indicio de ineficiencia⁽¹²⁸⁾.

Está de más afirmar que la propuesta metodológica que se examina es bastante más compleja de lo que aquí se ha sugerido. Pero sí quisiera al menos resaltar que ésta no debe ser entendida como una manifestación de la cultura neoliberal que nos invade y, por tanto, un producto de exportación norteamericano para generar mayores mecanismos de control punitivo⁽¹²⁹⁾. Por el contrario, sobre la base de investigaciones científicas y empíricas se entregan herramientas para precisar el real funcionamiento de determinadas instituciones, entre ellas, las penales. Lo anterior no quiere decir, claro está, dejar de lado el estudio *teórico* —*law in the books*—, pero tampoco se debe prescindir del estudio *práctico* —*law in action*—, como lamentablemente ocurre por estos lados, donde rara vez las propuestas legislativas van acompañadas de estudios empíricos, que demuestren su eficiencia⁽¹³⁰⁾.

(127) SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, *op. cit.*, p. 114. Para MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, núm. 2, 2006, p. 194, el modelo de persecución que debe adoptar el Ministerio Público debe tener en consideración que el delincuente valora como costo probable el tiempo y dedicación para la comisión del hecho y la sanción esperada. Por tanto, opera como disuasivo en la actividad criminal el que exista una alta relación entre detenidos y condenados por un mismo delito y que la pena sea efectivamente cumplida.

(128) BENTHAM, *Tratados*, p. 298, señala como segunda regla, *Cuanto menos cierta sea la pena tanto más grave debe ser*. Al respecto afirma: “Luego también es cierto que cuanto más puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto más se puede disminuir la gravedad de ella, y esta es otra utilidad que resultaría de una legislación simplificada, y de una buena forma procesal”.

(129) Haciéndose cargo de tales críticas, las que considera absurdas, ORTIZ DE URBINA, “El análisis”, pp. 321 y ss.

(130) Que ello sea así se debe a nuestra herencia europea, como pone de manifiesto ORTIZ DE URBINA, “El análisis”, pp. 345-346. En este sentido, muy interesantes son las propuestas formuladas por MATUS, “El Ministerio Público”, pp. 198-201.

EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU ADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES ⁽¹⁾

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

*Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona*

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN.
- II. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN LOS REFERENTES INTERNACIONALES.
- III. LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR EL SUPERIOR EN GRADO: EL PIDCP, UN INVITADO DE PIEDRA.
- IV. EL AFORAMIENTO COMO EXCEPCIÓN AL DERECHO AL RECURSO EN EL ORDEN PENAL.
 - 1. El derecho al recurso de los aforados: el desconocimiento del estándar internacional.**
 - 2. No aforados e instancia única: una vez más, el PIDCP como invitado de piedra.**
- V. LA CASACIÓN COMO RECURSO QUE HACE EFECTIVO EL DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.
- VI. NIVEL DE GARANTÍA Y CONFLICTOS ENTRE SISTEMAS INTERNACIONALES DE GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS.

⁽¹⁾ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “El impacto del tratado constitucional europeo sobre la constitución interna” (SJE2005-08578), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

I. PRESENTACIÓN ⁽²⁾

El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal no está explicitado en el art. 24 de la CE como una de las garantías del proceso penal pero, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional desde sus más tempranas sentencias, debe entenderse incorporado en el abanico de garantías que forman la tutela judicial efectiva gracias a la interpretación conforme con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) ⁽³⁾ que, en virtud del art. 10.2 de la CE, se llevó a cabo del art. 24 de la CE.

Este origen ha condicionado, sin duda, que los especialistas discutan desde hace años sobre la compatibilidad de la regulación española de la doble instancia con los estándares internacionales de referencia en esta materia, el art. 14.5 del PIDCP y el art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH. Concretamente, los problemas de adecuación a los textos internacionales de garantía de los derechos humanos se plantean respecto de los siguientes supuestos: los condenados por un tribunal que resuelve la apelación presentada contra una absolución en primera instancia, la instancia única ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en que se ha convertido el fuero especial de diputados y senadores y, por último, el sistema de casación español respecto de aquellos delitos para los que no se prevé apelación.

Siguiendo esta línea, el objeto de las páginas que siguen es la presentación de las principales conclusiones alcanzadas al hilo del estudio de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia ⁽⁴⁾, en las que se pone de manifiesto cómo el Tribunal, conociendo el potencial desacuerdo que puede producirse entre el estándar constitucional y el estándar fijado por el Comité de Derechos Humanos en los supuestos antes señalados, utiliza el art. 14.5 del PIDCP como instrumento formal de interpretación pero se refiere preferentemente a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Huma-

(2) Querría agradecer a la profesora Coral Arangüena Fanego su ayuda y comentarios para la mejora de este trabajo. Obviamente cualquier error deberá ser achacado únicamente a mi persona.

(3) El PIDCP fue ratificado por el Estado español el 10 de abril de 1977.

(4) Para la redacción de estas páginas he utilizado los datos relativos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada desde 1998 recopilados y analizados en mi trabajo A. QUERALT JIMÉNEZ, *El canon europeo de los derechos: Del Tribunal Europeo al Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008.

nos (TEDH) en relación al art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH⁽⁵⁾, texto no ratificado por España, pero más permisivo que el Pacto. Así pues, la intención de estas páginas no es ahondar en las posibles alternativas existentes al alcance reconocido por nuestros tribunales al derecho a la doble instancia —algunas de ellas seguramente más acordes con el PIDCP—; más bien se trata de mostrar cómo el Tribunal Constitucional, en una cuestión tan relevante como es la garantía de que toda condena sea revisada por un tribunal superior, logra dejar de lado un tratado internacional válidamente incorporado en nuestro ordenamiento jurídico para acudir a otro texto, que si bien forma parte del estándar europeo en materia de derechos⁽⁶⁾, es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN LOS REFERENTES INTERNACIONALES

Como se acaba de recordar, el art. 14.5 del PIDCP es, en gran medida, el responsable de que entre las garantías del juicio justo previstas en el art. 24 de la CE⁽⁷⁾ pueda entenderse reconocido también el derecho al recurso o al doble

(5) La Prof. C. ARANGÜENA FANEGO, “El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, p. 246, en nota a pie núm. 3, explica con detalle la situación relativa a la ratificación de este texto: la ratificación fue autorizada por las Cortes Generales en la VI legislatura (véase el Diario de sesiones de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados, sesión de 23 de mayo de 2001, núm. 235). El Gobierno adjuntó al texto dos declaraciones que intentaban precisar el contenido de determinadas figuras contenidas en el Protocolo núm. 7: el más alto órgano jurisdiccional debía entenderse que era el Tribunal Supremo y los conceptos de infracción, procedimiento o decisión penal debían ser calificados por la legislación penal española. El Consejo de Europa no consideró satisfactorias las aclaraciones presentadas y se paró el proceso, puesto que todo indicaba que serían numerosas las sentencias del TEDH declarativas de violación del Protocolo núm. 7 si se ratificaba sin aquellas precisiones.

(6) Sobre esta consideración por el Tribunal Constitucional vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 464-466.

(7) La ubicación concreta del derecho al recurso en el orden penal en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) o en el proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) no es algo que el TC tenga muy claro, cfr. A. SÁIZ ARNAIZ, “El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la CE de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los Derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional”, *REDEur*, enero-marzo, núm. 5, 2003, p. 131; igualmente, V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2007, p. 704.

grado de jurisdicción; así lo reconoció el Tribunal en su sentencia 42/1982, de 5 de julio:

“... el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra (artículo 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (cf. ‘Boletín Oficial del Estado’ número 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento”⁽⁸⁾.

Esta interpretación conforme es la que permite diferenciar el derecho al recurso en el orden penal del resto de órdenes jurisdiccionales, en los que el recurso es un derecho de configuración legal, respecto del que el legislador determinará su naturaleza y número⁽⁹⁾.

A partir de aquí lo cierto es que las similitudes y diferencias existentes entre el PIDCP y el Protocolo núm. 7 han condicionado determinadamente el uso que como instrumentos interpretativos el Tribunal Constitucional ha hecho de uno u otro.

El art. 14.5 del PIDCP prescribe lo siguiente:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Por su parte, el art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH:

“1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea exami-

⁽⁸⁾ STC 42/1982, FJ 3.

⁽⁹⁾ Sobre esta cuestión, en relación con la jurisprudencia del TC, I. BORRAJO INIESTA, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, pp. 43 y ss.; desde la perspectiva del proceso penal, V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal Penal*, op. cit., p. 703.

nada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de *excepciones* para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado *haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a results de un recurso contra su absolución*" ⁽¹⁰⁾.

Basta la mera transcripción de estos artículos para observar los principales parecidos y contrastes entre uno y otro. Ambos textos reconocen el derecho al recurso en el orden penal —*persona declarada culpable* en el PIDCP y *persona declarada culpable de una infracción penal* en el Protocolo núm. 7 ⁽¹¹⁾—, y reconocen que el titular de aquel derecho es el condenado. *A priori*, el alcance material del PIDCP pudiera ser considerado menor en tanto que se refiere a delitos, excluyendo otros ilícitos penales de menor gravedad que sí recogería el Protocolo núm. 7. Sin embargo, de un lado, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos desmienten que los condenados por la comisión de infracciones menos graves no queden amparados por el art. 14.5 del PIDCP ⁽¹²⁾ y, de otro, la lectura del párrafo 2.º del art. 2 del Protocolo núm. 7, demuestra que también del ámbito convencional cabe excluir las infracciones menos graves ⁽¹³⁾. Ambos textos exigen que el recurso sea devolutivo, esto es, que sea

(10) Cursiva añadida.

(11) En el ámbito del art. 2 del Protocolo núm. 7 parece que también serán incorporadas aquellas infracciones catalogadas por los Derechos internos como de administrativas pero que, de conformidad con los criterios fijados por la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH, serán asimiladas a las infracciones penales; así lo afirman P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, 1998, p. 685.

(12) En efecto, pese a la literalidad del Pacto, el Comité de Derechos Humanos mantiene que el art. 14.5 del PIDCP se refiere a las infracciones penales en general; por todas, véase *Terrón contra España*, publicada el 15 de noviembre de 2004 (Comunicación núm. 1073/2002):

“El Estado Parte ha argumentado que tratándose de infracciones menores, no es aplicable la exigencia de la revisión por un tribunal superior. El Comité recuerda que el derecho reconocido en el artículo 14, párrafo 5, se refiere a todas las personas que han sido condenadas por un delito. Es cierto que el texto en español del párrafo 5 del artículo 14 se refiere a ‘*un delito*’, mientras que el texto en inglés se refiere a un ‘*crimen*’ (*‘crime*’), y el texto en francés a ‘*una infracción*’ (*‘une infraction*’). El Comité considera, sin embargo, que la condena impuesta al autor es suficientemente seria, en cualquier circunstancia, para justificar una revisión por un tribunal superior”.

(13) A este respecto, *vid.* las consideraciones vertidas por C. ARANGÜENA FANELO, “El derecho al doble grado de jurisdicción...”, *op. cit.*, p. 251.

interpuesto ante un tribunal superior. Más complicado es determinar cuál es el objeto y el alcance de la revisión que el Tribunal superior deba realizar de la decisión tomada por el tribunal inferior. El art. 14.5 del PIDCP utiliza los términos “fallo condenatorio y la pena” mientras que el Protocolo núm. 7 utiliza alternativamente los términos “declaración de culpabilidad o pena”: dependiendo de cuál sea la interpretación que de aquellos se lleve a cabo podrá hablarse de un derecho a la doble instancia en sentido propio, lo que implica una repetición íntegra del juicio realizado en primera instancia, o bien de un derecho al recurso o al doble grado de jurisdicción, en el que puede admitirse una revisión del juicio con mayor o menor incidencia sobre las cuestiones de hecho debatidas ante el Tribunal *a quo* ⁽¹⁴⁾. Pues bien, la doctrina coincide en admitir que del art. 14.5 del PIDCP y de los dictámenes elaborados por el Comité de Derechos Humanos se deriva el reconocimiento del derecho a la doble instancia, que exige que ante el Tribunal superior se lleve a cabo un nuevo juicio ⁽¹⁵⁾; en cambio, de la jurisprudencia del TEDH y del propio redactado del art. 2.1 del Protocolo núm. 7 se deriva la exigencia de que la decisión condenatoria dictada por el juez de instancia sea revisada por un tribunal superior, siendo libre el legislador nacional para determinar los supuestos, requisitos y concretos medios de impugnación existentes para cada resolución ⁽¹⁶⁾. Como claramente señala C. ARANGÜENA, “*la obligación que impone el art. 2 del Protocolo viene siendo entendida como la obligación de introducir un reexamen que puede variar en su amplitud llegando incluso a una segunda instancia que permita la revisión completa del juicio*” ⁽¹⁷⁾. Por último, el Protocolo núm. 7 excluye una serie de decisiones condenatorias del ámbito del derecho al doble grado de jurisdicción: la condena dictada en única instancia por el más alto órgano juris-

(14) Los detalles y consecuencias que comportan las distintas opciones pueden verse en J. LÓPEZ BARJA, *Tratado de derecho procesal penal*, Cizur Menor, 2004, pp. 452-453.

(15) A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso en el orden penal...”, *op. cit.*, pp. 123-157.

(16) A este respecto también debe tenerse en cuenta el Informe Explicativo elaborada por el Comité de expertos que elaboró el Protocolo núm. 7 que reconoce en su párr. 18 libertad a los Estados para decidir si el recurso debe implicar el conocimiento de cuestiones de hecho, de Derecho o de ambos aspectos de la causa; esta ambigüedad ha sido criticada por distintos autores; véase, por todos, P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and practice...*, *op. cit.*, p. 686.

(17) *Vid.* C. ARANGÜENA FANEGO, “El derecho al doble grado de jurisdicción...”, *op. cit.*, p. 255. Por estos motivos, A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso en el orden penal...”, *op. cit.*, p. 128, concluye que en relación con el Protocolo núm. 7 debe hablarse de doble grado de jurisdicción y no del derecho a la doble instancia.

diccional del Estado y la condena dictada en segunda instancia contra la absolución del juez *a quo*.

Seguramente la mayor permisividad del Protocolo núm. 7 al CEDH sea la razón por la que la utilización de las referencias que el Tribunal Constitucional suele hacer al PIDCP como instrumento interpretativo son genéricas y bastante asépticas; por lo general, el Tribunal Constitucional se limita a reiterar una fórmula de estilo muy manida en la doctrina constitucional.

III. LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR EL SUPERIOR EN GRADO: EL PIDCP, UN INVITADO DE PIEDRA

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la incompatibilidad con el art. 14.5 del PIDCP de sistemas que prevén la posibilidad de que una persona pueda ser condenada en segunda instancia sin que quepa ulterior revisión por un tribunal superior. Así ha sido manifestado por el Comité, por ejemplo, en el Dictamen caso *Jaques Hachuel Moreno contra España*, publicado el 11 de septiembre de 2007:

“[...] El Comité recuerda en su jurisprudencia que la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después que una persona haya sido absuelta por un tribunal inferior, constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. En el presente caso, el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de apropiación indebida al considerar que no podía beneficiarse de la prescripción y revocó la sentencia de primera instancia de la Audiencia Nacional que lo había absuelto con base en que el delito había prescrito. El Comité observa que el Tribunal Constitucional consideró los hechos del caso en el contexto de la revisión de las cuestiones constitucionales planteadas. Sin embargo, el Comité no puede concluir que esta consideración alcanzara el nivel exigido por el párrafo 5 del artículo 14 para una revisión de la condena.

El Comité, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”⁽¹⁸⁾.

(18) Párrs. 7.2 y 8 del Dictamen. El Comité recuerda, además, que ya había tenido ocasión de poner de manifiesto la citada incompatibilidad en decisiones contra España, concretamente, casos *García y otra c. España*, dictamen de 31 de octubre de 2006, y *Conde c. España*, dictamen de 31 de octubre de 2006.

Frente a esta contundente afirmación, nuestro Tribunal Constitucional, en las sentencias dictadas en los últimos años, ha insistido en la idea de que tiene cabida en las previsiones del art. 14.5 del PIDCP la situación descrita: la condena en casación sin que exista posterior revisión. De hecho varios han sido los recursos de amparo interpuestos en los que se alegaba precisamente que esta situación supone una lesión del derecho a la doble instancia penal reconocido en el art. 14.5 del PIDCP que, en virtud del art. 10.2 de la CE, debía ser incluido entre las garantías expresivas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 de la CE. Ante este tipo de alegaciones, el supremo intérprete de la Constitución reitera su propia jurisprudencia relativa a la relevancia del art. 14.5 del PIDCP en relación con el art. 24 de la CE —excluyendo en todo caso que el precepto convencional por sí sólo pueda crear un recurso inexistente en el ordenamiento jurídico interno—. Más allá de estas consideraciones, el Tribunal, por lo general, se sirve del art. 2.2 del Protocolo núm. 7 para denegar el amparo; véase, por ejemplo, STC 120/1999⁽¹⁹⁾:

“... recoge el derecho plasmado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo influjo ha sido decisivo en esta materia (STC 42/1982). Pero el *Protocolo no deja de introducir ciertas excepciones* ⁽²⁰⁾; concretamente, en lo que aquí interesa, una de ellas se refiere a los casos en los ‘que el interesado «haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución»’ (ATC 154/1992, ibídem; STC 41/1998, ibídem), pues ‘desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando (...) las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podrá hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo (...)’ (ATC 318/1995)”.

Esta argumentación se ha visto además reforzada a partir de la STC 70/2002 —que será examinada más adelante—, decisión en la que el Tribunal dio por finalizada la discusión acerca de la compatibilidad de la casación española con las exigencias del art. 14.5 del PIDCP y que ha sido aplicada en sus conclusiones y desarrollada en sus argumentos por posteriores resoluciones del Tribunal, como por ejemplo sentencia 29/2008, de 20 de febrero, en la que reafirma que la revisión en casación es perfectamente compatible con el Pacto

“... siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete,

(19) STC, Sala Segunda, de 28 de junio, FJ 2.

(20) Cursiva añadida.

no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto [...].

Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 del CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho).

A lo anterior ha de añadirse que el art. 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo de derechos humanos, de 22 de noviembre de 1984, introduce ciertas excepciones al derecho reconocido en el precepto primeramente citado, al establecer que el art. 14.5 del PIDCP ‘podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la Ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable o condenado al resolverse un recurso contra su absolución’; sin que a ello quepa oponer la objeción formulada por los demandantes de amparo en el sentido de que el hecho de que España no haya procedido aún a la ratificación del mencionado Protocolo supone que las excepciones acabadas de mencionar no rigen en nuestro país debiendo estarse, por consiguiente, a la regla general del citado art. 14.5 del PIDCP, que en consecuencia habría de considerarse infringida en el presente supuesto. Es posible que tal conclusión no sea incorrecta desde una óptica rigurosamente formalista, pero ciertamente lo es a partir de una visión teleológica de dicho precepto, pues lo que en verdad constituye su ratio es conseguir que toda Sentencia condenatoria pueda ser revisada por un Tribunal superior, salvo que sea ese mismo Tribunal superior quien la haya dictado por vez primera a consecuencia de la interposición de un recurso ante él frente a una Sentencia penal absolutoria. Dicho de otra manera: la excepción existe, a nivel europeo, porque obedece a la racionalidad del precepto, y ello con independencia de que el instrumento que la recoge no haya sido aún incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico interno” (21).

Se deriva de las decisiones citadas que el art. 14.5 del PIDCP es traído a colación como recordatorio de que desde la STC 42/1982, gracias a una interpretación conforme del art. 24 con aquel precepto internacional, el derecho al doble grado de jurisdicción pertenece al haz de garantías que componen el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que esta referencia pase de ser una figura ornamental. Ni siquiera aparecen alusiones directas a ninguno de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos que sobre estos temas, contra España o cualquier otro Estado parte, pudieran haber sido dictados. Cuando se trata de contrastar la compatibilidad del contenido de la concreta garantía pre-

(21) FJ 3, ap. a).

vista por el legislador interno, el Tribunal Constitucional recurre al art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH.

IV. EL AFORAMIENTO COMO EXCEPCIÓN AL DERECHO AL RECURSO EN EL ORDEN PENAL

La cuestión relativa al fuero especial de determinados cargos públicos plantea, a día de hoy, algunos problemas de compatibilidad con los sistemas de garantía internacionales, especialmente con el PIDCP, pese a que el Tribunal Constitucional no se ha hecho eco de esta circunstancia en la última década (aunque tampoco lo han hecho el gobierno y el legislador), como demuestran las sentencias que pasan a comentarse.

El art. 71.3 de la Constitución española establece que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El legislador decidió en su momento que, además, el conocimiento de este tipo de causas se desarrollaría en instancia única. Por otra parte, el legislador añadió que también aquellos sujetos que se vieran implicados en las mismas causas que los aforados vieran su caso “arrastrado” por razones de conexidad, convirtiéndose la Sala de lo Penal Tribunal Supremo en juzgador exclusivo, y viéndose estas personas privadas de su derecho al doble grado. Este fue precisamente uno de los motivos⁽²²⁾ que llevaron al Sr. Sancristóbal a interponer un recurso de amparo contra la sentencia de la Segunda del Tribunal Supremo en el caso *Segundo Marey* (STS 2/1998, de 29 de julio)⁽²³⁾. Aquel recurso de amparo finalizó con la STC 64/2001.

Concretamente, el Sr. Sancristóbal alegó que había sido vulnerado su derecho al doble grado de jurisdicción (art. 24.2 de la CE) porque, pese a no ser aforado, su causa, por razones de conexidad, había sido atendida junto a la del Sr. Barrionuevo, diputado del Congreso de los Diputados y único aforado entre los acusados. El aforamiento del Sr. Barrionuevo había supuesto la asunción de las causas del resto de implicados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que provocó igualmente los recursos de amparo de los señores Luis Hens Serena y don Juan Ramón Corujo Rodríguez, cuyo recurso de amparo dio lugar a la STC 65/2001, y por los Srs. don Julio Hierro Moset, don Miguel Planchuelo

(22) También fue alegada la vulneración de los derechos a un juez imparcial (art. 24.2 de la CE), y a la legalidad penal, primero, por haber sido condenado por delitos, según el demandante, ya prescritos (art. 25.1 de la CE en relación con el art. 24 de la CE), y, segundo, por haber sido condenado a la misma pena que otros acusados que no habían colaborado con la justicia.

(23) Las SSTC dictadas respecto de aquellas condenas son las sentencias 63 a 70/2001, de 6 de abril.

Herresanchez y don Francisco Saiz Ocea, demandantes en el recurso de amparo resuelto por la STC 66/2001. Así, lo que de ahora en adelante se diga respecto del amparo iniciado por el Sr. Sancristóbal debe entenderse igualmente referido a los demandantes ahora citados.

El Tribunal Constitucional abordó este asunto tomando como punto de partida su doctrina relativa a la constitucionalidad de la instancia única en procesos penales respecto de los aforados⁽²⁴⁾ y finalizó su argumentación reconociendo, en este caso por primera vez⁽²⁵⁾, la constitucionalidad de la instancia única respecto de las personas no aforadas que se ven implicadas en asuntos en los que también se reputan partícipes sujetos sí sometidos al fuero especial ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁽²⁶⁾.

1. El derecho al recurso de los aforados: el desconocimiento del estándar internacional

El Tribunal iniciaba su argumentación respecto del derecho al doble grado de jurisdicción con la referencia al PIDCP y al Protocolo núm. 7 del CEDH, concretamente, reconociendo el potencial conflicto que puede producirse entre el art. 14.5 del PIDCP y la instancia única a la que se ven sometidos los aforados ya que esta última es una clara excepción al derecho a la doble instancia no prevista en el Pacto. Ante esta situación el Tribunal defendió la opción adoptada por el legislador español recordando que otros Estados habían formulado reservas del tipo y ni el Comité de Derechos Humanos ni el resto de Estados hicieron objeción alguna. Parece que lo que el Tribunal pretendía demostrar con esta desafortunada afirmación era que el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP puede presentar restricciones sin que esto suponga un ataque al Pacto. Así lo confirma la mención al art. 2.2 del Protocolo núm. 7 en la que sí caben dichas excepciones. Debe recordarse que en el momento de la ratificación España no formuló ninguna reserva relativa al art. 14.5 del PIDCP y, por tanto, no cabe utilizar las reservas presentadas por terceros Estados⁽²⁷⁾.

(24) Vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, op. cit., pp. 719 y ss.

(25) Así lo señala A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, op. cit., p. 127.

(26) Una opinión contraria a este entendimiento del fuero ante la Sala Segunda del TS mantiene A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, op. cit., pp. 127-128.

(27) En este sentido se pronunció el Magistrado VIVES ANTÓN en su voto particular.

En cualquier caso, lo cierto es que esta fue la única mención al art. 14.5 del PIDCP, siendo, en cambio, varias las referencias que el Tribunal hizo al art. 2 del Protocolo núm. 7. Esta preferencia por el Protocolo núm. 7 frente al PIDCP no fue desinteresada o casual⁽²⁸⁾; más bien respondía a un fin concreto: escoger aquel sistema de protección que ofrece un mayor margen de maniobra a los Estados en la configuración del derecho al recurso en el orden penal.

Según el Tribunal Constitucional, trayendo a colación su propia doctrina, dos son los argumentos basilares que permiten defender la opción tomada por el legislador en la configuración del fuero de los diputados y senadores en el desarrollo del art. 71.3 de la CE. Por una parte, el fuero sirve como instrumento de salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes como del Poder Judicial, preservando un cierto equilibrio entre ellos. Por otra parte, el hecho de que el fuero sea en única instancia responde a una ponderación llevada a cabo por el legislador entre el derecho de doble grado de Diputados y Senadores y de la independencia de la institución parlamentaria y del Poder Judicial⁽²⁹⁾. Dicha ponderación, además, *“no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 del CEDH)”*⁽³⁰⁾.

Independientemente del origen ponderado o no de la opción legislativa, lo cierto es que la doctrina coincide en reconocer que es aquel efectivamente el criterio mantenido por los órganos de control europeos respecto de la exclusión del derecho al doble grado de jurisdicción respecto de las personas aforadas⁽³¹⁾ y, por tanto, cabe compartir que la regulación española es compatible con las exigencias del sistema europeo⁽³²⁾.

(28) Esta es sin duda la opinión de A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 141, quien claramente considera que la recepción jurisprudencial en este supuesto es *defectuosa por interesada*.

(29) *Vid.* a este respecto las críticas vertidas por A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 149, donde el autor muestra como la pretendida ponderación como proceso argumentativo, al menos de forma expresa, no se produjo.

(30) STC 64/2001, FJ 5.b).

(31) I. LASAGABASTER HERRARTE e I. LAZCANO BROTONS, “Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal”, en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Madrid, 2004, p. 707.

(32) En este sentido, A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 136.

No es este, sin embargo, el criterio que parece defender el Comité de Derechos Humanos. El 15 de noviembre de 2004 el Comité de Derechos Humanos publicó su Dictamen sobre el caso *Terrón contra España*. El Sr. Terrón, diputado de las Cortes de Castilla-La Mancha, fue juzgado y condenado por el Tribunal Supremo por un delito de falsedad cometido fuera del territorio de su Comunidad Autónoma⁽³³⁾. Ante estos hechos el Sr. Terrón acudió ante el Comité de Derechos Humanos alegando la violación del derecho a la doble instancia en el orden penal reconocido en el art. 14.5 del PIDCP por ser irrecurrible la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo. Ante las alegaciones del demandante, el representante del Estado argumentó que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior, en el ordenamiento jurídico español, se compensa con las garantías que ofrece ser juzgado por el tribunal de mayor jerarquía, opción igualmente compartida por muchos Estados parte del Pacto, y que supone el ejercicio del margen de apreciación estatal que reconoce el propio art. 14. El Comité respondió a España que

“... la expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. *Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal*. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación”.

La postura del Comité es clara: la circunstancia de estar sometido al fuero especial no puede suponer una renuncia al derecho al doble grado de jurisdicción en el sentido amplio que lo viene entendiendo el Comité⁽³⁴⁾. No parece que quede mucho espacio para la (libre) interpretación del precepto convencional, ni siquiera utilizando como referente otro texto internacional.

(33) El art. 10.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982 de 10 de agosto, establece que “corresponderá decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la región. Fuera del territorio regional, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

(34) El Comité de Derechos Humanos ha reiterado su posición respecto de la falta de compatibilidad con el art. 14.5 del PIDCP del régimen previsto en nuestro ordenamiento para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los aforados en su Dictamen *Oliveró Capallades contra España*, de 8 de agosto de 2006.

2. No aforados e instancia única: una vez más, el PIDCP como invitado de piedra

El segundo conflicto entre la legislación interna y el estándar internacional se plantea en torno a la circunstancia de que nuestro ordenamiento jurídico-penal haya considerado oportuno que por motivos de conexidad las causas seguidas contra no aforados sean sometidas al mismo régimen que las causas seguidas contra aforados. El Tribunal mantiene que esta opción legislativa responde a una nueva ponderación de los intereses en juego, ponderación que según el Tribunal Constitucional es el criterio que vienen aplicando los órganos de control del CEDH aun antes de que el Protocolo núm. 7 fuera elaborado. Así, en el asunto *Tanassi y otros contra Italia* ⁽³⁵⁾ los demandantes se quejaban de que pese a no ser aforados su caso había sido arrastrado por las causas seguidas contra aforados y que, en consecuencia, habían sufrido una negación del derecho al doble grado de jurisdicción. La Comisión Europea negó que la violación del citado derecho se hubiera producido y ello a partir del análisis conjunto de los arts. 6 y 14 del CEDH y la realización de un juicio de proporcionalidad entre los intereses en juego, básicamente el derecho alegado por los demandantes y otros bienes igualmente legítimos que el legislador había pretendido salvaguardar con aquella regulación del fuero de los parlamentarios. En palabras del Tribunal la Comisión concluyó que *“la protección de las funciones del gobierno, determinante de la competencia de la Corte Constitucional italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional”*. La misma posición mantuvo la Comisión tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 7 respecto de su art. 2.2: el derecho al doble grado de jurisdicción puede ceder, y así ocurre normalmente, frente a otros fines igualmente legítimos. Para mostrarlo, el Tribunal Constitucional citaba decisiones de inadmisibilidad dictadas por la Comisión: asuntos *E. M. contra Noruega*, de 26 de octubre de 1995, y *Hauser contra Austria*, de 16 de enero de 1996, entre otros. Pese a que es cierto que en estos dos últimos asuntos también la Comisión ponderó el alcance del derecho con otros intereses igualmente legítimos, el fondo de los asuntos nada tenía que ver con cuestiones de aforados y sus repercusiones respecto de otros implicados en la misma causa penal: *E. M.* traía

(35) Informe de 18 de diciembre de 1980; a este respecto A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 150, en nota a pie, señala que incluso la cita del asunto es incorrecta y que debería haber sido *Crociani y otros contra Italia* o *Crociani, Palmiotti, Tanassi y Lefebvre D’Ovidio contra Italia*.

causa de un proceso por fraude y *Hauser* de un proceso administrativo por una infracción de tráfico.

En este contexto, de nuevo, se hace patente que el Tribunal obvia cualquier alusión a las decisiones tomadas por el Comité de Derechos Humanos respecto del art. 14.5 del PIDCP pese a que, según lo prescrito por el art. 10.2 de la CE, aquellas debería ser el canon interpretativo de referencia utilizado por el Tribunal. Esta actitud ha sido calificada por el Prof. A. SÁIZ ARNÁIZ como “*silencio injustificable*”⁽³⁶⁾. Según este autor el Tribunal Constitucional ha actuado de forma claramente interesada en tanto que de haber utilizado el referente internacional es esta materia, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *Fanali contra Italia*⁽³⁷⁾, el Tribunal se hubiera visto obligado a modificar su criterio⁽³⁸⁾.

Al argumento ofrecido por A. SÁIZ ARNÁIZ debe añadirse la conclusión alcanzada por el Comité de Derechos Humanos en el asunto *Terrón contra España* respecto de los aforados. No parece aventurado afirmar que si el Comité considera contrario al Pacto que los aforados se vean obligados a renunciar al derecho a la doble instancia llegaría a idéntica conclusión respecto de las personas que ven sus causas arrastradas a la instancia única que conlleva en nuestro sistema el fuero ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y que, por ello, pierden su derecho al recurso.

Finalmente, lo que eran interpretaciones a partir de dictámenes del Comité dictados respecto de otros Estado parte u otros sujetos ha sido validado por el Comité de Derechos Humanos en el Dictamen asunto *Luis Oliveró Capellades contra España*, publicado el 8 de agosto de 2006:

“En cuanto a la queja relacionada con el artículo 14, párrafo 5, el Comité observa que el juzgamiento del autor por el tribunal de más alta jerarquía se produjo como consecuencia de que uno de los co-acusados eran un senador y un diputado y que conforme a la legislación interna, el juzgamiento de los hechos en que aparecieran involucrados dos parlamentarios correspondía al Tribunal Supremo. El Comité toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una

(36) A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 152.

(37) Dictamen de 31 de marzo de 1983, citado por el Prof. A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 153.

(38) Se trataba de un asunto en el que la causa de una persona no aforada se había visto arrastrada por la competencia de la *Corte Costituzionale* para conocer de los delitos cometidos por personalidades aforadas. En este caso, el Comité concluyó que no podía estimarse vulnerado el art. 14.5 del PIDCP debido a la existencia de una reserva en la que se excluía de su aplicación, precisamente, el tipo de supuesto descrito.

situación común en muchos Estados Partes del Pacto. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. *El Comité recuerda que la expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes.* Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación” (39).

En el párrafo transcrito el Comité parece responder directamente a las alegaciones del Estado respecto de la regulación y alcance del derecho al doble grado de jurisdicción en el Protocolo núm. 7 al CEDH: por mucho que se permita cierto margen de apreciación a los Estados en la configuración de su sistema de recursos en el orden penal esto no supone concederles carta blanca, menos si la flexibilización se justifica con las reservas realizadas por otros Estados y con el redactado de un texto internacional ajeno al sistema de Naciones Unidas que ni siquiera ha sido ratificado por el Estado infractor (40).

En contra de lo que se destila de los dictámenes del Comité no citados en su sentencia —los anteriores a 2001—, el Tribunal concluye:

“A la luz de las circunstancias del caso, hemos de concluir que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, ha tenido en cuenta el tenor de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 17, 18, 272.3 y 300) y ha utilizado un criterio de ponderación, que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, atiende a las exigen-

(39) Párr. 7 del Dictamen que cita, por cierto, el asunto *Terrón contra España*. Cursiva añadida.

(40) Esta doctrina fue aplicada de nuevo en los asuntos *Luis Hens Serena y Juan Ramón Corujo Rodríguez contra España*, Dictamen publicado el 18 de abril de 2008. Los demandantes individuales habían recurrido previamente en amparo ante el Tribunal Constitucional, como se vio más arriba, por considerar que el haber sido juzgados en única instancia por el Tribunal Supremo por razones de conexidad suponía una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, tras su fracaso en amparo los demandantes interpusieron una queja ante el Comité de Derechos Humanos alegando que el Estado español había violado el derecho a la doble instancia previsto en el art. 14.5 del PIDCP. El Comité reiteró los argumentos vertidos en el asunto *Oliveró Capellades*, añadiendo que tampoco el recurso de amparo puede considerarse un recurso apropiado en el sentido del art. 14.5 del PIDCP.

cias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada”⁽⁴¹⁾.

Como puede observarse, pese a que es el PIDCP el texto internacional ratificado por España y, por tanto, el único que en principio podría ser utilizado en virtud del art. 10.2 de la CE para interpretar los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional prefiere acudir a la jurisprudencia del TEDH. Es más, el Tribunal acude a varios informes de la Comisión Europea⁽⁴²⁾, órgano inexistente hoy en día y de naturaleza muy similar a la del Comité de Derechos Humanos. Unas líneas más abajo se hará referencia a las afirmaciones vertidas por el Tribunal sobre la falta de naturaleza jurisdiccional del Comité y, por tanto, la dificultad que entraña la utilización de sus decisiones como herramientas interpretativas, razón que explica que aquellas hayan sido raramente consideradas por el Tribunal en su jurisprudencia⁽⁴³⁾. Es esta, sin duda, otra muestra del “*matrimonio de conveniencia*” que se ha producido aquí entre el Tribunal Constitucional y el art. 2.2 del Protocolo núm. 7, dando lugar a un ejemplo de inadecuada recepción de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. De hecho, la consideración absolutamente secundaria como instrumento interpretativo que el Pleno del Tribunal otorga al art. 14.5 del PIDCP es puesta de relieve por el Magistrado VIVES ANTÓN en su voto particular. A su entender, el art. 71.3 de la CE si hubiera querido erigirse en excepción al doble grado del art. 24 de la CE debería haberlo hecho de forma expresa. Recuérdese que se trata de excepcionar la aplicación de un derecho fundamental. Según VIVES ANTÓN se hace una interpretación de la Constitución *según* la ley y no según el art. 14.5 del PIDCP, que es lo que manda el art. 10.2 de la CE⁽⁴⁴⁾.

Como se señaló arriba, las anteriores afirmaciones son igualmente aplicables respecto de las conclusiones alcanzadas en las SSTC 65 y 66/2001.

(41) STC 64/2001, FJ 5.c).

(42) Sobre el uso de los informes de la Comisión, A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999, p. 170.

(43) A este respecto, A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional...*, *op. cit.*, p. 171.

(44) El Magistrado proponía que, una vez reconocida la violación del derecho del recurrente, se limitaran los efectos del fallo en tanto que la incompatibilidad con el derecho al doble grado no se encuentra en la propia decisión del TS, sino que se trata de una insuficiencia del ordenamiento jurídico, como ocurría en la STC 49/1999.

V. LA CASACIÓN COMO RECURSO QUE HACE EFECTIVO EL DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

El último gran problema de compatibilidad del sistema español con el art. 14.5 del PIDCP viene representado por la regulación de la casación como medio impugnatorio a través del que pretende hacerse efectivo el derecho al doble grado de jurisdicción.

Permítame el lector empezar por algunos lugares comunes que me facilitarán el camino para exponer mi punto de vista. El derecho a la doble instancia puede identificarse en nuestro ordenamiento procesal penal con la apelación. Es de sobra conocido que la apelación es un medio de impugnación ordinario que supone reconocer al Tribunal *ad quem* plenas facultades o plena jurisdicción para resolver todas las cuestiones que se planteen, sean de hecho o de Derecho; el Tribunal Constitucional lo ha caracterizado como un “*novum iudicium*”⁽⁴⁵⁾ por lo que el juzgador *ad quem* asume la misma posición que asumió en su momento el juez *ad quo*, tanto para determinar la subsunción de los hechos en la norma como para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*⁽⁴⁶⁾.

La apelación está prevista para las decisiones dictadas en el ámbito del procedimiento abreviado, el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y las faltas⁽⁴⁷⁾. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no prevé un recurso como el descrito para las decisiones adoptadas en el procedimiento ordinario a través del que se enjuician los delitos de mayor gravedad. Respecto de estos últimos, tras la sentencia condenatoria del juez competente únicamente se prevé la posibilidad de interponer un recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El recurso de casación, a diferencia del de apelación, es un medio de impugnación extraordinario que persigue la anulación de la decisión judicial recurrida; únicamente puede ser interpuesto por una serie de motivos tasados que responden a la existencia de vicios en la aplicación o interpretación

(45) A modo de ejemplo, STC 54/1985, de 18 de abril de 1985, FJ 7; STC 101/1998, de 18 de mayo, FJ 3; STC 167/2002, FJ 11.

(46) Por todos, *vid.*, V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal Penal*, *op. cit.*, pp. 721-722.

(47) También puede interponerse frente a resoluciones interlocutorias dictadas por los Jueces de Instrucción (y Centrales de Instrucción) y contra las sentencias y determinados autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.

de las normas de Derecho material o procesal⁽⁴⁸⁾. Así pues, en principio a través del recurso de casación no cabe aducir cuestiones de hecho.

En definitiva, no todas las sentencias condenatorias dictadas en proceso penal podrán ser recurridas y sometidas a un nuevo y completo juicio por el tribunal superior.

Esta breve y simple explicación de la regulación del derecho a la segunda instancia pone de manifiesto que la trascendencia que para nuestro sistema de garantías jurisdiccionales ha supuesto el art. 14.5 del PIDCP no ha significado, en cambio, que el desarrollo legislativo realizado respecto del derecho al recurso en el orden penal estuviera libre de conflictos en relación con el estándar internacional sentado por el Comité de Derechos Humanos; como mínimo, hasta hace pocos meses.

De entre las sentencias del Tribunal Constitucional más recientes y completas en argumentos sobre esta materia cabe destacar la STC 70/2002, de 3 de abril. Esta decisión resolvía una cuestión relativa al derecho al doble grado de jurisdicción que el recurrente consideraba vulnerado por cuanto la inicial sentencia condenatoria únicamente pudo ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, remedio este inidóneo para garantizar aquel derecho, ya que la prueba sólo puede ser revisada en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. El demandante aportaba como apoyo a sus argumentos el Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *Gómez Vázquez contra España* publicado el 11 de agosto de 2000.

El Tribunal iniciaba el estudio de la alegada lesión del derecho al doble grado de jurisdicción con la referencia al art. 14.5 del PIDCP y al citado Dictamen en el caso *Gómez Vázquez*:

“[E]l art. 14.5 del PIDCP, ratificado por España y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 de la CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: ‘Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley’. También es cierto que existe un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de fecha 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, según el cual España habría vulnerado el art. 14.5 del Pacto. La queja, en aquel asunto, se sustentaba básicamente en que el recurso de casación no permite la revisión del fallo condenatorio y la pena en el sentido del citado artículo, ya que sólo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el Tribunal de casación efectúe una nueva valoración de las pruebas.

(48) V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal Penal*, op. cit., p. 745.

El Dictamen del Comité, en su párrafo 11.1 establece: ‘El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente,... limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto’ ” (49).

El FJ 7, meollo argumentativo respecto de esta cuestión, está dividido en tres apartados: a, b y c. En el apartado a) el Tribunal entraba a explicar su consideración sobre las *Observaciones* (50) que elabora el Comité de Derechos Humanos tras finalizar el estudio de una comunicación presentada por un individuo, en virtud del Protocolo Facultativo Primero. Haciéndose eco de la doctrina sobre las competencias del Comité manifestada por el Tribunal Supremo en el Auto de 2001 que se derivan de los arts. 41 y 42 del PIDCP (51), el Tribunal Constitucional afirmaba abiertamente que el Comité de Derechos Humanos se limita a recibir informaciones y a elaborar un Dictamen en el que hace constar su opinión acerca de, en su caso, la existencia de una vulneración del PIDCP en el supuesto concreto. De hecho, a este respecto, el Tribunal concluía que

“ha de tenerse en cuenta que las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el *Comité no tiene facultades jurisdiccionales* (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica

(49) STC 70/2002, FJ 7.a). Antes de entrar en el concreto análisis de la respuesta ofrecida por el TC a este amparo, debe destacarse que es esta la primera vez que el TC se refiere explícitamente a un Dictamen del Comité de Derechos Humanos. Normalmente las referencias al sistema de protección de Naciones Unidas se hacen a través de la cita de alguno de los preceptos del PIDCP, pero nunca con alusiones directas a las Conclusiones del Comité; esta omisión no siempre es, como se vio más arriba, desinteresada. Así lo pone de relieve A. SÁIZ ARNÁIZ, “El derecho fundamental al recurso...”, *op. cit.*, p. 145.

(50) Expresión literalmente utilizada por el TC.

(51) Frente a las pretensiones de la parte de dar ejecución del Dictamen del Comité de derechos humanos de 20 de julio de 2000, en Auto de 14 de diciembre de 2001 el Tribunal Supremo reiteraba la imposibilidad de ejecutar decisiones de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos de las que España forma parte. Concretamente, sobre la posición del TS respecto de la posibilidad de utilizar la revisión penal del art. 954.4 de la LECrim como mecanismo de ejecución interna el alto Tribunal fue conciso y directo: no cabe utilizarlo en tanto que no cabe considerar “el dictamen del Comité como un hecho nuevo, en el sentido del art. 954. LECrim, pues no se trata de un hecho normativo obligante para el Gobierno o los Tribunales del Estado parte”. En este sentido, el TS, a partir de los arts. 41 y 42 del PIDCP, negó que el dictamen tuviera carácter ejecutivo y por tanto no permitía al recurrente solicitar la revisión penal del proceso.

del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.

[...] si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte ‘conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión’ ” (52).

En cuanto a la concreta decisión del TEDH citada por el intérprete de la Constitución debe advertirse que, dejando a un lado la poca calidad de la cita en sí —el TEDH dictó ocho sentencias en la fecha señalada— la referencia a su contenido no es correcta: en aquella sentencia, asunto *Siglfirðingur EHF contra Islandia*, el Tribunal Europeo se limitaba a recoger el acuerdo amistoso alcanzado por las partes y nada se dice en aquella decisión respecto de la libertad que los Estados parte ostentan para decidir las modalidades de ejercicio del reexamen previsto en el art. 2 del Protocolo núm. 7. Es más, uno de los elementos que destacan en el acuerdo amistoso es la circunstancia de que el Gobierno islandés pone en conocimiento del TEDH la reforma iniciada con el fin de modificar el régimen procesal de casos como aquel, en el que no se permitía que la decisión de un tribunal *laboral* de instancia fuera revisado por el Tribunal Supremo, en el sentido de establecer también respecto de dichos casos un sistema de doble instancia (53).

(52) STC 70/2002, FJ 7.a).Cursiva añadida. En cualquier caso sorprende el carácter tajante de las afirmaciones vertidas por el TC respecto de la naturaleza de las funciones desempeñadas por el Comité, dada la actitud respetuosa mantenida hasta entonces con la labor de dicho órgano internacional. Un par de años antes, en el Auto 260/2000, de 13 de noviembre, el TC no sólo no había cuestionado la naturaleza jurisdiccional del Comité y del valor de sus Dictámenes, sino que había entrado directamente a analizar cuál pudiera ser el régimen de ejecución de tales decisiones internacionales en nuestro ordenamiento jurídico. El Auto del 2000 resolvía (negativamente) la pretensión de dar cumplimiento a un Dictamen de la Comité de Derechos Humanos de la ONU: caso *B. Hill contra España*, publicado el 23 de junio de 1997.

(53) Así fue de hecho como ocurrió, tal y como plasmó el Comité de Ministros, en el ejercicio de su función de supervisión del cumplimiento de las SSTEDH, en su Resolución ResDH(2002)67, adoptada el 24 de junio de 2002, en su encuentro 798:

“The Icelandic authorities informed the Committee of Ministers that on 21 April 2001 the *Althing* adopted the Act amending the Trade Unions and Industrial Disputes Act No. 80/1938 allowing, under the circumstances covered by Section 67 of the Act, that the Labour Court’s decrees and judgments could be reviewed by the Supreme Court”.

En el apartado b) del FJ 7 el Tribunal repasaba su doctrina sobre el derecho a los recursos en el orden penal, recordando que sus ejes son: 1) el derecho al recurso nace de interpretar el art. 24 de la CE de conformidad con el art. 14.5 del PIDCP, precepto internacional que una vez incorporado en nuestro ordenamiento jurídico no supone la creación de recursos inexistentes⁽⁵⁴⁾, pero que sí que obliga a interpretar todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento en el sentido más favorable al ejercicio del derecho al recurso; 2) el art. 14.5 del PIDCP no establece propiamente una “doble instancia”, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un “Tribunal Superior”, sumisión que habrá de ser conforme “a lo prescrito por la Ley”, por lo que será la ley la que en cada Estado fije las modalidades de ejercicio del derecho; 3) el recurso de casación en materia penal puede cumplir con las exigencias del art. 14.5 del PIDCP siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo que permita “apurar las posibilidades del recurso de casación” de forma que quepa afirmar que la casación penal cumple en nuestro ordenamiento jurídico el papel de “Tribunal superior” que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del PIDCP. En definitiva,

“...conforme a nuestra doctrina, existe una *asimilación funcional* entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto⁽⁵⁵⁾.

[...] reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 del CEDH y 2 del Protocolo-

(54) Como viene haciendo desde su primera sentencia en esta materia, STC 42/1982, el TC niega que del art. 14.5 del PIDCP se deriven efectos directos para los particulares, esto es, que dicho precepto pueda ser alegado ante los Tribunales internos por la falta de carácter *self executing* del PIDCP. Aunque no se entrará a valorar a fondo dicha afirmación, debe señalarse que es cuanto menos discutible y que pone de manifiesto el desconocimiento o la errada concepción de las normas del Derecho Internacional público.

(55) Cursiva añadida.

lo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001) caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho”.

De nuevo el Tribunal Constitucional acude a la jurisprudencia europea relativa al art. 2 del Protocolo núm. 7 para justificar la flexibilización con la que, según el intérprete supremo de la CE, debe ser entendido el art. 14.5 del PIDCP. Al hilo de esta actitud deben hacerse dos comentarios. En primer lugar, debe criticarse la elección interesada del estándar europeo ya que de las resoluciones del Comité citadas más arriba (Dictámenes contra España en los casos *Gómez Vázquez, J. Semey, Sineiro Fernández, Alba Cabriada*) deriva una confrontación hoy ya clara entre el sistema de doble grado de jurisdicción previsto por la legislación procesal penal y el derecho a la doble instancia reconocido en el art. 14.5 del PIDCP.

En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que, en efecto, el Tribunal de Estrasburgo, con ocasión del examen de asuntos presentados contra otros Estados parte que sí habían ratificado el Protocolo núm. 7, ha insistido en el margen de apreciación con el que cuentan los Estados a la hora de configurar el derecho al doble grado de jurisdicción, confirmando la casación como medio de impugnación compatible con las exigencias del art. 2 del Protocolo núm. 7 pese a que por sus específicas características en tanto que recurso extraordinario no permita la revisión de los hechos, sino sólo la aplicación del Derecho⁽⁵⁶⁾; así lo demuestran, por ejemplo, las decisiones de inadmisibilidad en los asuntos *Pesti y Frodl contra Austria*, de 18 de enero de 2000 y *Loewenguth contra Francia*, de 30 de mayo de 2000, entre otras. Esto ha llevado a concluir, por ejemplo, que la decisión de inadmisibilidad del recurso de casación no suponía una violación del derecho al doble grado tal y como ha sido configurado por el sistema europeo de garantía (*Papon contra Francia*, de 25 de julio de 2002). En esta línea jurisprudencial de permisividad⁽⁵⁷⁾ se admite incluso como acorde con las exigencias del art. 2 del Protocolo núm. 7 aquellos sistemas procesales internos en los que para interponer un recurso previamente debe solicitarse autorización a un órgano judicial o administrativo (*leave to appeal*)⁽⁵⁸⁾, situación que se produce, por ejemplo, en Suecia.

(56) En este sentido, C. ARANGÜENA FANEGO, “El derecho al doble grado de jurisdicción...”, *op. cit.*, p. 256.

(57) Así lo califica C. ARANGÜENA FANEGO, “El derecho al doble grado de jurisdicción...”, *op. cit.*, pp. 256-257.

(58) *Vid.* Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 al CEDH, párr. 19 relativo al art. 2; *vid.* las críticas vertidas a este respecto por P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and practice...*, *op. cit.*, pp. 686 y 687.

Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo exige que

“...las limitaciones impuestas por las legislaciones internas al derecho al recurso mencionado por esta disposición [art. 2.2 del Protocolo núm. 7], deben, por analogía con el derecho de acceso al tribunal consagrado por el artículo 6.1 del Convenio, perseguir un fin legítimo y no atentar contra la sustancia misma de este derecho (*Haser contra Suiza*, núm. 33050/1996, resolución, Tercera Sección, de 27 de abril de 2000)” (STEDH *Krombach contra Francia*, pár. 96)⁽⁵⁹⁾.

Finalmente, antes de entrar a valorar si en el supuesto estudiado se había producido una violación del derecho al doble grado de jurisdicción, el Tribunal Constitucional —seguramente porque era consciente de que el Pacto lo que exige es la posibilidad de examinar los hechos probados en primera instancia— se refería a las posibilidades reales de la casación penal dotando de especial protagonismo al art. 852 LECrim, que añade un nuevo motivo para intentar la casación de la sentencia condenatoria: la infracción de precepto constitucional. Este precepto, para la Sala Primera, supone que:

“...mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, F. 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la ‘revisión íntegra’, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba”⁽⁶⁰⁾.

En la parte introductoria de este último apartado se ha advertido que la incompatibilidad del sistema español con el art. 14.5 del PIDCP podía haber desaparecido en los últimos meses. Esta afirmación resulta del análisis de los últimos Dictámenes del Comité en la cuestión que nos ocupa.

Como es sabido desde la publicación del Dictamen *Gómez Vázquez contra España*, era por todos reconocido que el Comité negaba que la casación utilizada como segunda instancia fuera una regulación adecuada a la configuración convencional del derecho a la doble instancia penal. Ahora bien, independiente-

⁽⁵⁹⁾ En el mismo sentido, decisión de inadmisibilidad *Didier contra Francia*, de 27 de agosto de 2002.

⁽⁶⁰⁾ STC 70/2002, FJ 7.c). Esta misma argumentación e interesada utilización de los instrumentos interpretativos que pueden ser aplicados en virtud del art. 10.2 de la CE ha sido reiterada por el TC en sus sentencias 80/2003 y 105/2003.

mente de cual sea la opinión de los expertos en la materia acerca de la conveniencia de dicho sistema⁽⁶¹⁾, lo cierto es que en aquella ocasión el Comité se aseguró de dejar claro que su dictamen se refería a los hechos estudiados sin que apareciera en el texto del Dictamen ninguna alusión genérica a la incompatibilidad de la casación del ordenamiento jurídico española con el PIDCP. Esto no impidió que España fuera declarada responsable de la violación del art. 14.5 del PIDCP en ocasiones posteriores en relación a casos muy similares a GÓMEZ VÁZQUEZ, por ejemplo: *J. Semey contra España* y *Sineiro Fernández contra España*, ambos publicados el 19 de septiembre 2003; caso *Alba Cabriada contra España*, publicado el 15 de noviembre de 2004, caso *Martínez Fernández contra España*, publicado el 25 de mayo de 2005. Lo más relevante de estos casos era que las conclusiones del Comité eran cada vez más directas respecto de la inadecuación de la casación como medio de impugnación que haga efectivo el derecho a la doble instancia; prueba de ello era, por ejemplo, la conclusión alcanzada por el Comité en el caso *Alba Cabriada*:

“El Comité toma nota de los comentarios efectuados por el Estado Parte sobre la naturaleza del recurso de casación, en particular que el Tribunal de segunda instancia se *limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia* ⁽⁶²⁾. Como el Comité ha decidido en anteriores comunicaciones [701/1996; 986/2001; 1007/2001], este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no está de acuerdo con las exigencias del artículo 14, párrafo 5. Por lo tanto, dada la limitada revisión efectuada por el Tribunal Supremo en el caso del autor, el Comité concluye que el autor es víctima de una violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto”.

Sin embargo, en las decisiones adoptadas en los dos últimos años se percibe un cambio de actitud en tanto que se ha rebajado el tono tajante hasta ahora utilizado para descartar la incompatibilidad de la casación con el art. 14.5 del PIDCP entrando a analizar directamente si la labor de revisión de la prueba realizada por el Tribunal Supremo se ajusta o no al reexamen que exige dicho precepto convencional. De hecho, el Comité parece haber adoptado una postura similar a la mantenida por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su sentencia de Pleno 123/2005, relativa a la casación penal en el que aplicaba la doctrina 70/2002. Volviendo al Comité, este ha inadmitido la pretensión de

(61) Una ilustrativa descripción crítica de la situación desencadenada por la aparición del Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *Gómez Vázquez* puede encontrarse en J. IGARTUA SALAVERRÍA, *El Comité de derechos humanos. La casación española y el control del razonamiento probatorio*, Madrid, 2004.

(62) Resaltado añadido.

violación del art. 14.5 del PIDCP en los casos *Parra Corral contra España*, publicado el 10 de mayo de 2005; *Apolonio García González contra España*, publicado el 14 de agosto de 2006; *Francisco Amador Amador y Ramón Amador Amador contra España*, publicado el 16 de enero de 2007; finalmente, el caso *Laureano Oubiña Piñeiro contra España*, publicado el 18 de abril de 2008, que se transcribe parcialmente a modo de ejemplo de la línea iniciada por el Comité:

“El Comité toma nota de las observaciones del autor de que las pruebas de cargo no fueron revisadas por el Tribunal Supremo en casación. Toma nota asimismo de las alegaciones del Estado Parte en el sentido de que el dicho Tribunal realizó una revisión completa de la sentencia de la Audiencia Nacional. El Comité observa que de la decisión del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 se desprende que este Tribunal revisó la valoración de las pruebas realizada por la Audiencia Nacional. En consecuencia, el Comité no puede concluir que el autor haya sido privado de su derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, previsto en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Con base a lo anterior, el Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no ponen de manifiesto ninguna violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”.

La Profesora M.^a P. CALDERÓN señala que este cambio se debe seguramente al nuevo rumbo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la casación penal en los últimos tiempos. Esta autora, tras analizar sus últimas decisiones, concluye que el Tribunal Supremo ha decidido seguir el planteamiento del Tribunal Constitucional y reconocer que cabe hacer una interpretación más flexible del alcance de la casación de forma que le permita hacer una nueva valoración de los hechos siempre que deba verificarse la existencia y suficiencia de la prueba de cargo, y la interpretación no arbitraria, irracional o absurda llevada a cabo por el juez *a quo* ⁽⁶³⁾.

A modo de conclusión: aunque cabe mantener la crítica vertida más arriba contra el Tribunal Constitucional por interpretar una norma internacional contraviniendo lo dicho por el órgano competente para hacerlo —el Comité de Derechos Humanos—, no puede obviarse que la actual postura del Comité

(63) M.^a P. CALDERÓN CUADRADO, “Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, España y el sometimiento de las sentencias penales condenatorias a un tribunal superior”, en C. ARANGÜENA FANEGO y A. SANZ MORÁN (coords.), *La Reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008.

viene a validar la actual forma de proceder del Tribunal Supremo en los procesos de casación.

VI. NIVEL DE GARANTÍA Y CONFLICTOS ENTRE SISTEMAS INTERNACIONALES DE GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

Antes de finalizar el análisis de las cuestiones relativas a la interpretación del derecho al recurso debe ponerse de relieve la circunstancia de que, como se desprende de la explicación hecha hasta el momento, el régimen previsto por el Protocolo núm. 7 es más permisivo con los Estados que el del PIDCP o, dicho de otro modo, el régimen del Protocolo núm. 7 prevé un régimen jurídico del derecho al recurso más restrictivo que el Pacto. De hecho, como se ha puesto de manifiesto más arriba, el Pacto reconoce el derecho a la doble instancia, mientras que el Protocolo núm. 7 reconoce un derecho al doble grado de jurisdicción con las connotaciones que ello implica. En cualquier caso, parece que el Pacto establece un mayor nivel de garantía del derecho fundamental al recurso que, de conformidad con el art. 53 del CEDH, es el que, por tanto, debe ser aplicado preferentemente. En teoría, a día de hoy y hasta que no se ratifique el Protocolo núm. 7, entre nuestros operadores jurídicos y, entre ellos, destacadamente, el Tribunal Constitucional, el art. 53 CEDH ni siquiera debería entrar en juego puesto que el único texto internacional adoptado formalmente por España respecto al doble grado de jurisdicción en el orden penal es el contemplado en el PIDCP, por lo que no hay posibilidad de conflicto con *otro* sistema de garantía internacional. La práctica muestra, en cambio, que dicho conflicto sí se plantea, precisamente porque se hace un uso interesado (y jurídicamente inadecuado) de los instrumentos internacionales como herramientas interpretativas de los derechos fundamentales⁽⁶⁴⁾.

(64) A este respecto la profesora M.^a P. CALDERÓN CUADRADO, “Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas...”, *op. cit.*, considera que el final de esta situación pasa por que el Comité adopte criterios más flexibles y por la superación de los motivos políticos que impiden la ratificación del Protocolo núm. 7 al CEDH.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Acción popular:

- STS 54/2008, de 8 de abril 149

Alteración de precios en subastas:

- STS 223/2008, de 7 de mayo 180

Alzamiento de bienes:

- STS 130/2008, de 9 de abril 160

C

Circunstancia atenuante:

• *Analogía:*

- STS 307/2008, de 5 de junio 214

Cohecho:

- STS 362/2008, de 13 de junio 216

Concursos y subastas públicas:

- STS 223/2008, de 7 de mayo 180

Conformidad:

— STS 167/2008, de 14 de abril	162
--------------------------------------	-----

Cosa juzgada:

— STS 34/2008, de 21 de enero	128
-------------------------------------	-----

D

Daños:

— SAP Madrid 154/2008, de 28 de febrero	281
---	-----

Delito continuado:

— STS 199/2008, de 25 de abril	169
— SAP Jaén 128/2007, de 30 de mayo	235

Delitos contra el medio ambiente:

— STS 81/2008, de 13 de febrero	142
---------------------------------------	-----

Delitos contra la integridad moral:

— SAP Castellón 103/2008, de 20 de febrero	278
--	-----

Delitos relativos al mercado y a los consumidores:

— STS 285/2008, de 12 de mayo	194
-------------------------------------	-----

Denegación de asistencia sanitaria:

— STS 56/2008, de 28 de enero	134
-------------------------------------	-----

Detención ilegal:

— SAP Alicante 813/2007, de 21 de diciembre	252
---	-----

E

Entrada y registro:

— STS 154/2008, de 8 de abril	157
— SAP Jaén 44/2007, de 20 de marzo	231

Error invencible:

— SAP Madrid 93/2007, de 6 de noviembre	241
---	-----

Estafa:

— STS 180/2008, de 24 de abril	167
— STS 199/2008, de 25 de abril	169
— STS 324/2008, de 30 de mayo	210

Eximentes (cumplimiento de un deber):

— STS 263/2008, de 20 de mayo	203
-------------------------------------	-----

F

Falsificación de moneda:

— STS 63/2008, de 25 de enero	133
-------------------------------------	-----

Faltas contra las relaciones familiares:

— SAP Jaén 45/2007, de 2 de mayo	235
--	-----

H

Homicidio imprudente:

— SAP La Coruña 101/2007, de 28 de diciembre	258
--	-----

I

Imparcialidad del juzgador:

— STS 209/2008, de 28 de abril	173
— STS 250/2008, de 9 de mayo	190
— SAP Alicante 628/2007, de 12 de noviembre	246

Imputabilidad:

— STS 215/2008, de 9 de mayo	181
------------------------------------	-----

Indefensión:

— STS 395/2008, de 27 de junio	227
--------------------------------------	-----

Inmigración clandestina:

— STS 152/2008, de 8 de abril	155
-------------------------------------	-----

Intervención de las comunicaciones:

— STS 249/2008, de 20 de mayo	197
— STS 292/2008, de 28 de mayo	206

Intimidad personal:

— STS 236/2008, de 9 de mayo	186
------------------------------------	-----

J

Juicio rápido:

— AAP Madrid 37/2008, de 21 de enero	268
--	-----

L

Lesiones:

— SAP Alicante 813/2007, de 21 de diciembre	252
---	-----

Lesiones:

• *Distinción delito-falta:*

— AAP Madrid 5/2008, de 11 de febrero	270
---	-----

Lesiones:

• *Malos tratos:*

— STS 58/2008, de 25 de enero	130
-------------------------------------	-----

• *Preterintencionalidad:*

— STS 168/2008, de 29 de abril	176
--------------------------------------	-----

M

Motivación:

— SAP Gerona 1/2008, de 2 de enero	261
--	-----

N

Nulidad de actuaciones:

— STS 215/2008, de 9 de mayo	181
— SAP Badajoz 13/2008, de 23 de enero	269
— SAP Jaén 44/2007, de 20 de marzo	231

O

Omisión del deber de socorro:

— STS 56/2008, de 28 de enero	134
-------------------------------------	-----

P

Pornografía:

— SAP Gerona 1/2008, de 2 de enero	261
--	-----

Prescripción:

— STC 43/2008, de 10 de marzo	89
• <i>Prescripción del delito:</i>	
— STS 92/2008, de 31 de enero	138
— STS 430/2008, de 25 de junio	222

Principio acusatorio:

— STS 89/2008, de 11 de febrero	141
— STS 362/2008, de 13 de junio	216

Prisión provisional:

— STC 57/2008, de 28 de abril	94
-------------------------------------	----

Prostitución:

— STS 152/2008, de 8 de abril	155
-------------------------------------	-----

Prueba:

• *Prueba ilícita:*

— STS 25/2008, de 29 de enero	136
-------------------------------------	-----

• *Prueba pericial:*

— STS 209/2008, de 28 de abril	173
— SAP Palma de Mallorca 141/2007, de 28 de diciembre	260

• *Prueba testifical:*

— STS 25/2008, de 29 de enero	136
— STS 164/2008, de 8 de abril	158
— STS 322/2008, de 30 de mayo	208
— SAP Guadalajara 167/2007, de 27 de diciembre	257

Q

Quebrantamiento de medidas cautelares:

— SAP Jaén 128/2007, de 30 de mayo	237
— SAP Castellón 1/2008, de 8 de enero	263

R

Recusación:

— SAP Alicante 628/2007, de 12 de noviembre	246
---	-----

Refundición de condenas:

— STS 297/2008, de 15 de mayo	196
-------------------------------------	-----

Régimen penitenciario:

— STC 43/2008, de 10 de marzo	89
-------------------------------------	----

Relación de causalidad:

— STS 340/2008, de 3 de junio	212
-------------------------------------	-----

Responsabilidad civil derivada del delito:

— STS 167/2008, de 14 de abril	162
— STS 412/2008, de 25 de junio	219
— STS 430/2008, de 25 de junio	222

• *Vehículos a motor:*

— SAP Albacete 2/2008, de 17 de enero	267
— SAP La Coruña 101/2007, de 28 de diciembre	258
— SAP Madrid 47/2008, de 12 de febrero	271
— SAP Palma de Mallorca 13/2008, de 15 de enero	266

S

Secreto de empresa:

— STS 285/2008, de 12 de mayo	194
-------------------------------------	-----

T

Tentativa:

— STS 135/2008, de 6 de marzo	148
-------------------------------------	-----

Testigos:

• *Protección:*

— STS 322/2008, de 30 de mayo	208
-------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

— STS 135/2008, de 6 de marzo	148
— SAP Barcelona 149/2008, de 20 de febrero	274
— SAP Madrid 93/2007, de 6 de noviembre	241
— SAP Palma de Mallorca 141/2007, de 28 de diciembre	260
— SAP Pontevedra 5/2008, de 12 de febrero	272

V

Violencia doméstica:

— STC 59/2008, de 14 de mayo	98
— STC 76/2008, de 3 de julio	121
— STS 58/2008, de 25 de enero	130
— SAP Ávila 213/2007, de 26 de octubre	239
— SAP Ávila 246/2007, de 18 de diciembre	249
— SAP Barcelona 957/2007, de 8 de noviembre	244
— SAP Madrid 962/2007, de 22 de noviembre	247
— SAP Guadalajara 167/2007, de 18 de diciembre	251
— SAP Guadalajara 166/2007, de 26 de diciembre	255
— SAP Guadalajara 167/2007, de 27 de diciembre	257

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 43/2008 de la Sala 1.^a del TC de 10 de marzo de 2008
(BOE 15 de abril de 2008) (Recurso de amparo 3908/2005)**

REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO Y PRESCRIPCIÓN

Art. 100 Código Penal 1973

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes**

SÍNTESIS

Se plantea la cuestión de si prescribe (como entendió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) o no (como entiende el Tribunal Constitucional) el derecho a reclamar la redención de penas por el trabajo. El voto particular entiende que esta cuestión es de legalidad ordinaria y está sustraída al amparo constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Debemos seguidamente abordar la queja principal de la recurrente, referida a la vulneración de los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), basada en que la denegación del beneficio de redención ordinaria de pena por el trabajo por el periodo solicitado (11 de octubre de

1990 a 11 de julio de 1993), por entender prescrita su solicitud, formulada en junio de 2003, constituye una decisión judicial arbitraria e irrazonable.

La recurrente sostiene, como ha quedado expuesto, que no puede admitirse que el derecho a redimir prescriba o caduque —y menos aún aplicando una ley derogada, como es la Ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977—, pues la ejecución de las

penas privativas de libertad, y por tanto la aplicación de los beneficios de redención de penas, corresponde a la jurisdicción penal, conforme a lo dispuesto en el anterior Código penal y en la legislación penitenciaria, que no establecen plazos de prescripción al respecto, por lo que no procede la aplicación analógica ni supletoria del Derecho administrativo, por el hecho de que la Administración penitenciaria tenga encargada la custodia y reeducación de los presos, a una cuestión que afecta a un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, restringido por una sentencia penal condenatoria. Además, la situación de la demandante es la de alta en redención, porque en ningún momento se le ha notificado por la Administración penitenciaria ni por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que haya sido dada de baja en redención, tras la tramitación del oportuno procedimiento, sin que, por otra parte, conste negativa de la demandante a trabajar, por lo que tampoco desde esta perspectiva tiene fundamento la denegación del beneficio de redención ordinaria de pena por el periodo solicitado.

En relación con el problema planteado por la recurrente debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que la cuestión relativa a la procedencia de la redención de penas por el trabajo, sobre la que corresponde decidir, en el actual sistema implantado por la Ley Orgánica general penitenciaria, al Juez de Vigilancia Penitenciaria (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 3), afecta al derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17.1 CE, ya que el periodo de privación de libertad depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 del Código penal de 1973 (SSTC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3, 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 76/2004, de 26 de abril, FJ 5), en relación con lo dispuesto en el art. 25.2 CE, por cuanto se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad. Por tanto, como recuerda la STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5, «las exigencias de motivación fundada en Derecho se tornan aún más rigu-

rosas (por todas, STC 112/1996, de 24 de junio, FFJJ 2 y 3); de manera que, en tales casos, se hace necesario que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideraran adecuadas al caso (por todas, STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), debiendo por consiguiente entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el art. 24.1 CE (en este sentido, entre otras muchas: SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3)».

Pues bien, a la luz de esta doctrina puede concluirse que la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los órganos judiciales en las resoluciones impugnadas en amparo no resulta razonable ni atiende a las dimensiones constitucionales en juego, entre las que se encuentra el derecho a la libertad personal.

En efecto, como ha quedado expuesto, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria deniega a la demandante el beneficio de redención ordinaria durante el periodo solicitado (octubre de 1990 a julio de 1993) por considerar prescrito el derecho, toda vez que el Juzgado considera supletoriamente aplicable, en defecto de previsión expresa en la legislación penitenciaria (arts. 65 a 73 del Reglamento del servicio de prisiones de 1956), y por entender que se trata de una relación de sujeción especial sujeta al Derecho administrativo, el plazo general de prescripción de cinco años establecido en el art. 46 de la Ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977, plazo excedido con creces a la fecha en que se produce la reclamación de la recurrente (junio de 2003). Este fundamento para la denegación se ratifica en apelación por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que razona en su Auto que la solicitud de redención ordinaria es una «acción de naturaleza administrativa», sujeta en su ejercicio al «pla-

zo de caducidad general de 5 años de conformidad con la normativa aplicable y que se cita en la resolución recurrida, por lo que, habiendo transcurrido en exceso el plazo citado, tal acción debe ser considerada como prescrita».

Como se ha adelantado, la respuesta judicial que ha recibido la recurrente en cuanto a la prescripción de su derecho a la redención de penas por el trabajo no puede considerarse respetuosa con el canon de razonabilidad que impone a las resoluciones judiciales el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), máxime cuando, como aquí sucede, se encuentra afectado por su conexión con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Si bien es cierto que la relación entre la Administración penitenciaria y los internos es una relación administrativa, no lo es menos, como acertadamente ponen de relieve la demandante y el Ministerio Fiscal, que en dicha relación existe un ámbito que está directamente judicializado (art. 117.3 CE) y es el relativo a la ejecución de las penas, en el que se enmarcan las cuestiones referentes a la aplicación del beneficio de redención de penas, cuya competencia se reserva por la Ley Orgánica general penitenciaria y la Ley Orgánica del Poder Judicial al Juez de Vigilancia Penitenciaria, por lo que resulta irrazonable calificar como acción de naturaleza administrativa la solicitud del beneficio penitenciario de redención de penas, calificación en la que descansa la decisión de las resoluciones judiciales impugnadas de aplicar al caso el plazo general de prescripción del Derecho administrativo, que queda así privada de fundamento.

A lo anterior se añade que las resoluciones judiciales impugnadas consideran prescrita la solicitud de la recurrente en aplicación de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977, cuando es lo cierto que esta Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria, derogado a su vez por la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviem-

bre, general presupuestaria (que rebaja, por cierto, a cuatro años el plazo de prescripción para reclamar derechos frente a la hacienda pública). En tal sentido este Tribunal tiene declarado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que «convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE» (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, «el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia». Doctrina que se reitera por la STC 144/2003, de 14 de julio, FJ 2, y por la STC 308/2006, de 23 de octubre, FJ 7.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JORGE

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ EN EL RECURSO
DE AMPARO 3908-2005, DE 10 DE MARZO
DE 2008

1. La Sentencia de la que discrepo se excede de los límites de nuestra jurisdicción de amparo al imponer a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal ordinaria, como única interpretación posible, la de que la solicitud del beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo (del art. 100 del antiguo CP de 1973) no puede estar sometida a plazo alguno de prescripción.

2. Lo que se refiere a la prescripción ha sido siempre, según nuestra doctrina, «una cuestión de legalidad ordinaria que, por lo general, no alcanza relieve constitucional, dado que es a los Jueces y Tribunales ordinarios a quienes corresponde interpretar el modo de computar los plazos establecidos en las Leyes» (así, por todas, STC

125/2004, de 19 de julio, FJ 3, en la que hice cita, no exhaustiva, de las SSTC 89/1992, de 8 de junio, FJ 3; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 101/1993, de 26 de marzo, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 2; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5, y 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3).

Y es que el recurso de amparo no es cauce idóneo para dirimir discrepancias relativas a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad a los casos concretos. La impugnación de una decisión judicial en esta materia sólo alcanza relieve constitucional si su contenido está incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o en error patente, ya que no somos una tercera instancia revisora ni tampoco un grado de casación, y no nos corresponde comprobar el grado de error o de acierto de una determinada resolución judicial, ni indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria función esta última que corresponde en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente (así lo dijo, por todas, la STC 114/2003, de 16 de junio, FJ 5, también con abundante cita de otras Sentencias anteriores).

En el ATC 179/2005, de 9 de mayo, de la Sala Primera, ratificamos estas ideas concluyendo en la carencia de contenido constitucional de una pretensión en la que se nos pedía que rectificásemos el criterio de los Jueces ordinarios respecto del momento en que debe comenzar el cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad civil dimanante de delito y respecto de si había habido o no la prescripción misma. Si allí se concluyó que la respuesta expresa y motivada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo excluía nuestras posibilidades de control constitucional no veo ahora razonado en la Sentencia de la que discrepo por qué hemos de mutar nuestra doctrina y decir —en contra de dos respuestas judiciales explícitas, exhaustivas y pormenorizadas, incluso en exceso, respecto de todas las alegaciones de la solicitante de amparo— que una solicitud de redención de penas que la Justicia ordi-

naria declara prescrita es imprescriptible en sede de amparo constitucional.

3. La Sentencia de la que disiento considera, en efecto, que las resoluciones de la Audiencia Nacional impugnadas en amparo han efectuado una interpretación que «no resulta razonable ni atiende a las dimensiones constitucionales en juego, entre las que se encuentra el derecho a la libertad personal» (FJ 4, párrafo 4).

Acepto que es aplicable aquí, en efecto, el canon reforzado de la tutela judicial efectiva, porque el antiguo beneficio de redención de penas por el trabajo afecta al derecho fundamental de la solicitante de amparo —interna en un centro penitenciario— a la libertad personal (art. 17.1 CE). Pero, a pesar de ello, los Autos de la Audiencia Nacional recurridos en este caso tienen un razonamiento adecuado que supera, en forma ostensible, nuestro estándar de control, por lo me parece inviable llegar a las conclusiones que alcanza la decisión de la mayoría.

4. La Sentencia de la que disiento opone a los Autos de la Audiencia Nacional dos tachas de falta de razonabilidad, que se exponen en los dos últimos párrafos de su fundamento jurídico 4. A mi juicio carecen de consistencia, por las razones siguientes:

a) Los Autos impugnados no se fundan —como sostiene en forma inexacta la Sentencia— en la naturaleza administrativa de la solicitud del beneficio penitenciario de redención de penas (cuestión de simple legalidad cuyo acierto o desacierto tampoco nos competiría corregir en amparo) sino en la aplicación por analogía al ordenamiento penitenciario de las reglas generales de prescripción que rigen en el ordenamiento administrativo, siendo así que el mismo guarda con el anterior en este punto la suficiente identidad de razón. Se trata de una *analogia iuris* entre distintos sectores del ordenamiento jurídico, como ha comprendido y explicado correctamente, el Abogado del Estado (cfr. antecedentes de hecho 12).

Por estricto que sea el canon de control que arbitremos, no parece irrazonable afirmar —como dice literalmente el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria— que «todos los derechos prescriben, salvo que la Ley expresamente declare su imprescriptibilidad»; que «en materia de redenciones de penas por el trabajo no existe en la legislación penal (ni penitenciaria) precepto alguno que la regule, sin que el derecho a su reconocimiento o la acción para exigirlo hayan sido declaradas imprescriptibles» y que «a falta de regulación específica hay que acudir al plazo general de prescripción en Derecho administrativo».

Por todo ello, como razona el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional también impugnado, la acción está prescrita en este caso ya que «la petición de la reclusa tiene lugar en el mes de Junio de 2003» y solicita «la aplicación de un beneficio de redención ordinaria presuntamente correspondiente al periodo de Octubre de 1990 a Julio de 1993, habiendo transcurrido por tanto un periodo superior a 10 años en la mayoría del mismo».

b) Tampoco es irrazonable la simple cita en uno de los Autos del art. 46 de la Ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977, invocación que la Sentencia descalifica, aplicándole nuestra jurisprudencia sobre normas derogadas.

La censura pierde relieve, sin embargo, si se repara en que el texto refundido de la propia Ley general presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) mantuvo la norma del año 1977, con idéntica regulación y tenor literal, hasta la entrada en vigor de la reforma del año 2003. Por ello el Auto del Juzgado Central de Vigilancia sólo incurre, tal vez, en una imprecisión de cita que carece de relieve, por la sencilla razón de que la norma de este texto refundido era la aplicable al caso (por la regla del *tempus regit actum*) y es incontestable que el repetido texto refundido de la Ley siguió manteniendo, en idénticos términos a los del texto de 1977, la norma invocada y el tradicional plazo quinquenal de prescrip-

ción aplicable, y aplicado por quien tenía que aplicarlo, al periodo controvertido (que corría, recuérdese, de 1990 a 1993).

Las simples imprecisiones carecen de relieve en amparo, porque no nos compete corregirlas. Y, por ejemplo, también incurre en imprecisión la Sentencia de la que disiento al citar la reforma de la Ley general presupuestaria operada por la Ley 47/2003 sin precisar que la misma era inaplicable al caso y carente de todo relieve, por lo que tampoco me parece eficaz para tachar de irrazonables las resoluciones judiciales recurridas. Si los Autos recurridos invocan Derecho derogado, lo hacen respecto de Derecho derogado por refundido en Derecho que lo mantiene vigente en términos idénticos (cfr. disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 1091/1988). La cita no produce, en fin, lesión alguna a los derechos de la solicitante de amparo.

5. En la medida en que es razonable considerar que la solicitud de redención de penas es prescriptible y que, en el caso, la acción había prescrito, sobra o es redundante cualquier otro razonamiento para denegar el amparo. Es irrelevante también, por ello, el razonamiento que, entrando en el examen de los hechos, se expone —como si esta Sala de amparo ejerciese una jurisdicción de vigilancia penitenciaria— en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia de la que disiento.

Procedía, en definitiva, denegar el amparo.

6. Garantizar la aplicación y máxima eficacia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, como derechos subjetivos y como valores objetivos del sistema constitucional, es una función que la Constitución atribuye, en paralelo, tanto a los Tribunales ordinarios como a este Tribunal Constitucional. El deslinde del campo es, como se sabe, polémico. Nos encontramos ante una aplicación concreta del principio de división de poderes (entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional como órgano constitucional) en el sistema de equilibrios que establece la Constitución de 1978. Al prever ésta la participación conjunta de

los Tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional en varios terrenos (como la cuestión de inconstitucionalidad o el recurso de amparo que ahora nos ocupa) hace inevitable la existencia de zonas compartidas, en las que el deslinde de competencias no es siempre fácil y corresponde no sólo a

nuestra práctica sino también a los teóricos del Derecho constitucional.

Cualquier esfuerzo es pequeño para fijar con claridad esos límites. A poner de relieve las visiones contrapuestas en el debate se dirigen las razones de disenso expuestas en este Voto particular.

**Sentencia 57/2008 de la Sala 2.^a del TC de 28 de abril de 2008
(BOE 4 de junio de 2008) (Recurso de amparo 5899/2003)**

ABONO DE PRISIÓN PROVISIONAL

Art. 58 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se abona el total del período pasado en prisión provisional, aun cuando parte de dicho período lo fue, simultáneamente, de cumplimiento de condena por un delito distinto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 20 y 22 de mayo y de 29 de agosto de 2003, por los que se aprobó y confirmó, respectivamente, la liquidación de la condena de privación de libertad practicada al recurrente en amparo en la ejecutoria núm. 35-2003 dimanante del procedimiento abreviado núm. 273-2003 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vul-

neración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), al no habérsele abonado en su totalidad el tiempo pasado en prisión provisional en el procedimiento abreviado núm. 273-2003 para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.1 del Código penal (CP), pues no se le ha abonado el tiempo en el que simultáneamente a la prisión provisional sufrida en dicha causa ha estado privado de libertad como penado para el cumplimiento de la condena impuesta en otra causa distinta. En apoyo de su pretensión aduce la doctrina de las SSTC 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 31 de mayo.

Por su parte el Ministerio Fiscal se opone al otorgamiento del amparo, al considerar, en síntesis, que no ha resultado lesionado el derecho del demandante a la libertad como consecuencia de la liquidación de condena practicada, ya que, a su juicio, la prisión provisional no le ha privado de libertad a la vez que cumplía condena por otra causa, dado que durante ese período la privación de libertad ha sido única y la permanencia en prisión provisional a los efectos de la privación de libertad ha sido meramente formal.

(...)

4. Desde la perspectiva de control que le corresponde, este Tribunal no puede estimar constitucionalmente aceptable, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, la fundamentación de los Autos recurridos, en la que la Audiencia Provincial sustenta la decisión de no abonar en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente por el demandante de amparo en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa.

No obstante, dos precisiones son necesarias antes de cualquier otra consideración. En primer lugar, que si bien no son idénticos los problemas planteados en las SSTC 19/1999, de 22 de febrero, y 71/2000, de 13 de marzo, y en el supuesto ahora enjuiciado, ya que entonces consistían en determinar si vulneraba o no el derecho a la libertad (art. 17.1 y 4 CE) no considerar como computable a los efectos de la duración máxima de la prisión provisional el tiempo que coincidente y simultáneamente con ella se había estado en situación de penado por otra causa, no por ello resulta inaplicable e inoperante la doctrina constitucional entonces elaborada para la resolución de la cuestión ahora planteada, como se sostiene en los Autos recurridos.

En segundo lugar, por lo que respecta ya al concreto caso que nos ocupa, ha de partirse del dato fáctico que resulta de las actuaciones de que el demandante de amparo en el procedimiento abreviado núm. 273-2002,

procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, ha estado en situación de prisión provisional desde el día 6 de junio de 2002 hasta el día 20 de marzo de 2003, fecha esta última en la que se declaró la firmeza de la Sentencia condenatoria recaída en la causa. Al margen de la corrección o no desde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de la decisión de no abonar en este caso al recurrente como tiempo de prisión provisional a efectos del cumplimiento de la pena impuesta en la misma causa el tiempo en el que simultáneamente a esta situación estuvo privado de libertad como penado por otra causa, cuestión a la que nos referiremos a continuación, lo cierto es que, decretada inicialmente la prisión provisional en aquel procedimiento por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de junio de 2002, por posterior Auto del mismo Juzgado de 18 de noviembre de 2002, ante la solicitud de libertad aducida por la defensa del recurrente en amparo, se ratificó la prisión provisional sin fianza. Y por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de enero de 2003 se desestimó una nueva solicitud de libertad provisional, manteniéndose su situación de prisión provisional.

5. Para la resolución de la queja del recurrente en amparo, con la perspectiva constitucional de la STC 19/1999, de 22 de enero, frente al planteamiento de los Autos de la Audiencia Provincial de 22 de mayo y de 29 de agosto de 2002, hemos de partir del presupuesto de que no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión.

En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que: «[l]a prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de

la justicia, [de forma que n]o es en modo alguno una especie de pena anticipada». Abundando en esta línea añadíamos que «[l]a distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal». Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: «[d]el hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar» (FJ 4; doctrina que se reitera en la STC 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5).

6. Sentado cuando antecede, esto es, que no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta, no puede compartirse el argumento de los Autos recurridos de que la liquidación de condena de la pena privativa de libertad se ha practicado en este caso de conformidad con el art. 58 del Código Penal, «al abonarse en esta causa el tiempo de prisión preventiva sufrida durante su tramitación, desde el 6 de junio de 2002 al 7 de julio de 2002, ya que a partir de esta fecha se encontraba cumpliendo condena por otra causa».

En efecto, una vez despejado el dato, como ya ha quedado señalado, de que el recurrente en amparo estuvo en prisión provisional en el procedimiento penal abreviado núm. 273-2002 desde el 6 de junio de 2002

hasta el 20 de marzo de 2003, ostentando simultáneamente desde el 7 de julio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003 la condición de preso preventivo en dicha causa y la de penado en otra causa distinta, ha de resaltarse que el art. 58.1 CP, en la redacción anterior a la que le ha dado la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que era la aplicable en el caso que nos ocupa, disponía que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada». Así pues la previsión legal aplicable era, al igual que lo es en la vigente redacción del art. 58.1 CP, la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, careciendo de cobertura legal la exclusión para el referido abono del periodo de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa.

En este sentido, proyectando al caso ahora enjuiciado las consideraciones que se hicieron en la STC 19/1999, de 22 de enero, hemos de reiterar que la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional

en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste (FJ 5).

De otra parte, similar reproche merece el argumento esgrimido en el Auto de 29 de agosto de 2002 de que no puede prosperar la pretensión del recurrente porque «las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo 75 del CP». En efecto, el debate litigioso en este caso no estriba en el orden de cumplimiento de las penas impuestas al condenado por diversas infracciones cuando no puedan ser cumplidas simultáneamente, cuestión que aborda y resuelve, como se indica en el Auto, el art. 75 CP, sino la determinación del tiempo de abono de la privación de libertad sufrida provisionalmente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, tema que regula el art. 58.1 CP, en los términos ya indicados a los efectos que a este recurso de amparo interesan.

7. Finalmente tampoco puede considerarse, como se hace implícitamente en los Autos recurridos y expresamente manifiesta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena

de prisión por otra la prisión provisional no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (arts. 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento penitenciario), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una «privación de libertad meramente formal» (STC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4).

8. Las consideraciones precedentes han de conducir al otorgamiento del amparo, puesto que la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa carece de cobertura legal, lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del art. 17.1 CE.

A los efectos del art. 55 LOTC el otorgamiento del amparo ha de determinar la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales recurridas, retro trayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**Sentencia 59/2008 del Pleno del TC de 14 de mayo de 2008
(BOE 4 de junio de 2008) (Recurso de amparo 5939/2005)**

**VIOLENCIA DE GÉNERO. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 153 DEL
CÓDIGO PENAL**

Arts. 14, 10 y 24.2 CE; 153.1 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez

SÍNTESIS

Se declara conforme a la Constitución la nueva redacción del artículo 153.1 del Código Penal, establecida en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Por su interés específico recogemos también los votos particulares discrepantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Conforme a lo expuesto, nuestro estudio del fondo de los problemas planteados en esta cuestión de inconstitucionalidad se efectuará sólo en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone que «[e]l que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia,... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año». La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discrimi-

nación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. En concreto, en la lectura del precepto que hace el Auto de cuestionamiento respecto a sus sujetos activo y pasivo, el delito de maltrato ocasional tipificado en el art. 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año cuando el sujeto activo fuera un varón y el sujeto pasivo una mujer, mientras la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un varón (art. 153.2 CP). La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del art. 153.1 CP queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del art. 153.2 CP.

Expuesta la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4

de Murcia en relación con parte del enunciado del art. 153 CP —que conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho Juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal—, su análisis exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto. Estas precisiones son relevantes en la medida en que afectan al área de las conductas que la Magistrada cuestionante considera como injustificadamente diferenciadas a efectos punitivos. La primera precisión (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

a) El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por «el que» y por que la ofendida «sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Aunque la Magistrada cuestionante admite al respecto que cabría incorporar también una autoría femenina al delito, dado que la expresión «el que», utilizada en el art. 153.1 CP y en numerosos artículos del Código penal, tiene un significado neutro que no designa exclusivamente a personas de sexo masculino, y dado que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres, termina sosteniendo que el sujeto activo del delito ha de ser un varón. Sustenta esta interpretación en la referencia expresa como sujeto pasivo del delito a «la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad» y en el pro-

pósito de la ley que genera la norma de combatir la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Como expresa el propio Auto de planteamiento y anteriormente se ha dicho, la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso («el que») del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. A los efectos de nuestro enjuiciamiento actual nos basta sin embargo con constatar la existencia de otras posibilidades interpretativas y la validez inicial de la realizada por el órgano judicial, en el sentido, convergente con el que demanda el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, de que no es constitutiva de una creación judicial de la norma, atentatoria del monopolio legislativo en la definición de los delitos y las penas: esto es, de que no es una interpretación irrazonable —semántica, metodológica y axiológicamente irrazonable (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7)—, sin que más allá nos corresponda evaluarla desde parámetros de calidad o de oportunidad. No sobra sin embargo destacar que este entendimiento judicial de la norma supone, en principio, una diferenciación que afecta tanto a la sanción como a la protección: que lo que la Juez cuestionante plantea es tanto que se sanciona penalmente más a los hombres que a las mujeres por lo que entiende que son los mismos hechos, como que también se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres frente a lo que considera que es una misma conducta.

Esta diferenciación no sólo es más pronunciada que la que supondría una lectura del primer inciso del art. 153.1 CP con un sujeto activo neutro por tratarse de una doble diferenciación (de sujeto activo o de

sanción y de sujeto pasivo o de protección), sino también porque incorpora la que resulta más incisiva de las dos (de sujeto activo). Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad. Procede recordar que las normas penales con pena privativa de libertad «suponen un desarrollo del derecho a la libertad... El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas» (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5).

Nuestro punto de partida en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere

a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución» (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 131/2006, de 21 de abril, FJ 2; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7).

b) La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión.

5. Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, llegado es el

momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE.

De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar «en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe» (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, «este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el

carácter justificado de la diferenciación» (FJ 4).

6. Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el «el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución», demarca «los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal... Lejos... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo

tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 161/1997, FJ 9). Así, nuestro análisis actual del art. 153.1 CP no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

7. A la luz de la doctrina antes reseñada en torno al doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) debemos precisar que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Como luego habrá ocasión de explicitar, es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

El principio general de igualdad del art. 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en

las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

8. La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.

La exposición de motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto. La Ley «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la «especial incidencia» que tienen, «en la realidad española... las agresiones sobre las mujeres» y en la peculiar gravedad de la violencia de género, «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad», dirigida

«sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión», y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (exposición de motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia «constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución», los poderes públicos «no pueden ser ajenos» a ella (exposición de motivos II).

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

9. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada —la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP— no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de

los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos —en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible— y el círculo de sujetos pasivos.

a) La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La cuestión se torna más compleja en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar *a priori* que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir

el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos.

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva —pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor—, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exi-

ge una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

b) Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra, como alega el Auto de cuestiona-

miento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves —maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio. De un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados —lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional— o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas —sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales. Y más allá de que las relaciones comparadas —meramente sugeridas en el Auto de cuestionamiento— son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes cabe su encuadramiento en el art. 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables.

c) Como el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de

la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

10. La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex principio* de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a

la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación.

Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP), en la interpretación del Auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como ya se ha apuntado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora.

Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho», si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también

al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP.

De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del Juez penal merece la pena destacar, en suma, que, cuando la agresión entre cónyuges, *ex cónyuges* o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP —sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer— y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar «las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho» con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP.

11. En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma *ex art.* 14 CE, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor».

a) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones —los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento— a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridici-

dad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

b) Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Ciertamente es que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del de-

lito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede «imponerse al sujeto responsable del ilícito penal» [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b)]; «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe «la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» del sujeto sancionado, a si concurría «dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia» [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6], al «elemento subjetivo de la culpa» (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

12. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limita-

ción y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

Por estas razones debemos desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.
(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE
MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA
SENTENCIA DE FECHA 14 DE MAYO
DE 2008, POR LA QUE SE DESESTIMA
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚM. 5939-2005 FORMULADA POR LA
MAGISTRADA-JUEZ DEL JUZGADO
DE LO PENAL NÚM. 4 DE MURCIA
RESPECTO DEL ART. 153.1 DEL CÓDIGO
PENAL, EN SU REDACCIÓN INTRODUCIDA
POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28
DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN
INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA
DE GÉNERO

Con el respeto que siempre me merecen mis compañeros aun cuando discrepe de sus criterios, hago uso de la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, para dar publicidad mediante mi Voto particular a mi apartamiento de la decisión del Tribunal contenida en la Sentencia referida, con base en los argumentos que paso a exponer.

1. Comparto plenamente la sensibilidad de que hace gala la Sentencia respecto del pavoroso fenómeno social de la violen-

cia producida en el ámbito de las relaciones de pareja, de la que no puede negarse que en una abrumadora mayoría son las víctimas más frecuentes las mujeres, y no así los hombres.

Comparto, igualmente, la apreciación de que el legislador en su política criminal puede, e incluso debe, reaccionar mediante la represión de tan odiosa violencia elaborando al respecto los tipos penales con los que sancionar a las personas que incurran en tan censurable conducta.

Pero, afirmados esos datos de coincidencia, la cuestión consiste en determinar si la concreta medida legislativa adoptada para tan plausible fin se ha ajustado a las exigencias constitucionales del moderno Derecho penal, expuestas con convincente rigor en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Magistrada proponente de las mismas, cuya tesis al respecto comparto plenamente en la medida en que me separo, con la misma intensidad, de la respuesta que damos en nuestra Sentencia.

Conviene hacer una observación de partida y es la de la insignificancia de la modificación en que consiste el actual art. 153.1 CP, que no supone propiamente, como insensiblemente induce a pensar la argumentación de la Sentencia, la creación de un tipo penal nuevo, referente a conductas de los varones unidos con una mujer en relación sentimental de pareja o ex pareja, diferente del que con anterioridad a la reforma incriminaba esa misma conducta, que tiene hoy su correlato en el art. 153.2 CP.

El verdadero cambio significativo en la represión de las conductas que nos ocupan se había producido (por cierto sin unánime aceptación en la doctrina penalista, factor de referencia en la comunidad jurídica no desdeñable cuando se manejan conceptos de razonabilidad en la aplicación del art. 14 CE, según nuestra propia doctrina) con la modificación del art. 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que convirtió lo que antes era una simple falta en delito. Tal modificación, por cierto, fue objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad núms.

458-2004 y 4570-2004, que fueron inadmitidas por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, que admitieron la constitucionalidad de la agravación producida por el legislador. Debe destacarse en todo caso que en aquella modificación, como en el actual art. 153.2, no se hacía distinción por razón de sexo; es decir, no se utilizaba el criterio de diferenciación, que es, más que la agravación en sí, insignificante, el que introduce el tipo cuestionado y la razón de su cuestionamiento.

Con dicho tipo (y con el del art. 153.2 CP si no fuera por la selección de víctimas en éste), al ser coincidentes el máximo de la pena a imponer (un año) y la pena alternativa, la mayor gravedad de la conducta del varón, cuando se den razones para ello, podría tener la respuesta de la imposición de la pena en el máximo coincidente, no modificado, lo que ya de por sí es exponente de la no necesidad de la modificación.

La diferencia se produce así, no en el máximo de la pena, sino en el mínimo, tres meses en el caso del art. 153.2 CP, y seis meses en el del art. 153.1 CP. La intervención agravatoria del legislador, asentada sobre la base, (la verdaderamente significativa) de la diferenciación por razón de sexo, se ha producido, pues, exclusivamente para la elevación del mínimo de tres a seis meses.

2. A mi juicio, la interpretación del tipo penal cuestionado no puede ser otra que la que propone la Magistrada cuestionante; y ello sentado, no me resulta aceptable que la Sentencia, tras reconocer, aunque en términos condicionales (FJ 4, párrafo segundo), que esa interpretación «conduciría, en efecto a su inconstitucionalidad si ... fuera la única posible», se escude en «otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal», dato de hecho que en un juicio de constitucionalidad no creo que pueda suponer un riguroso criterio de análisis, pues el juicio de esos órganos jurisdiccionales en modo alguno puede sustituir al nuestro, ni al de la Magistrada cuestionante, que debe ser

el objeto único de nuestro obligado enjuiciamiento.

3. La Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia de las denominadas interpretativas, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo, como se hiciera en la STC 24/2004, de 24 de febrero, en otra cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre otro tipo penal diferente del actual.

Si la Sentencia se hubiese atendido a la coherencia aconsejable con ese precedente y con la afirmación condicional de la inconstitucionalidad del precepto en la interpretación de la Magistrada cuestionante, a que me acabo de referir en el apartado anterior, lo normal hubiera sido que la declaración de inconstitucionalidad de esa interpretación se hubiese llevado al fallo, sin perjuicio de dejar a salvo las otras interpretaciones que la Sentencia (no yo, por supuesto) declara como posibles.

El no hacerlo así supone un grave riesgo de inseguridad jurídica, pues a la postre los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada, perfectamente posible según la letra y sentido del precepto, y aceptada como tal por la propia Sentencia, es constitucional o no.

4. Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1 del art. 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad.

No puedo aceptar esa base de partida, pues el valor al que el proclamado desvalor corresponde, y que mediante el cuestionado

tipo penal se protege, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores me resulta sencillamente intolérable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del art. 14 CE.

Late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil [aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el FJ 11, apartado a), párrafo 2] que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad.

El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica.

La mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito.

Frente a lo que afirma la Sentencia (FJ 7, párrafo 1) precisamente «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados», y ese tratamiento diferenciado me parece incompatible con el art. 14 CE.

En el análisis de la comparación que la Magistrada cuestionante propone entre el apartado 1 del art. 153 y el 2 la Sentencia discurre en el fundamento jurídico 7 como si se tratase de la tipificación de dos conductas distintas, una con mayor gravedad (la del apartado 1) que la otra (la del apartado 2). Pero ese planteamiento incurre, a mi juicio, en un error.

Entre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de con-

ductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2 al identificar los delitos: «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera». Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos.

Si la consideración del mayor desvalor es la clave de la Sentencia, o mejor, lo es la apreciación por el legislador de ese mayor desvalor como clave del tipo, lo mínimamente exigible, cuando se está cuestionando el precepto desde la óptica del art. 14 CE, sería que ese mayor desvalor, que es en realidad lo cuestionado, se justificase de modo incuestionable. Y es el caso que esa justificación está ausente de la Sentencia.

La única explicación que se propone es la de que las conductas incriminadas en el art. 153.1 (FJ 7, párrafo 1) «no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Como se ve se salta de afirmación apodíctica a afirmación apodíctica, pues no se ve la razón de que se pueda dar por sentado, cual se hace al argumentar así, que en el ámbito de las relaciones de pareja exista hoy una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, cualquiera que fuese la lamentable situación del pasado, y de la que la violencia incriminada pueda ser trasunto.

Pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (FJ 9, apartado a, párrafo 4), y que, de poder ser atendible, supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de

un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima.

La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos a la hora de aplicar el canon del art. 14 CE en sus diversos criterios componentes, reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida, como se ha dicho, de justificación argumental en la Sentencia.

5. A la hora de analizar el tipo penal cuestionado desde la óptica de la igualdad (dada la comparación que se propone por la Magistrada cuestionante entre el art. 153.1 y el 153.2; o mejor, la posición de los varones y las mujeres en relación a los respectivos tipos), y a efectos de aplicar el canon usual en nuestra doctrina sobre la aplicación del art. 14 CE, no considero que la diferencia de trato entre varones y mujeres pueda superar el primer elemento de razonabilidad, en contra de lo que al respecto se razona en la Sentencia.

Habida cuenta de que el problema consiste en justificar una diferenciación que en el nuevo tipo legal se establece en razón de la condición de varón del autor (según he sostenido antes contra lo afirmado en la Sentencia), es necesario demostrar «que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin [el de la mayor protección de la mujer] frente a una alternativa no diferenciadora» (FJ 9, párrafo 1).

Pues bien, si se advierte que esa «alternativa no diferenciadora» era precisamente la que se materializaba en la precedente redacción del art. 153 CP; que la pena establecida en su máximo y en su pena alternativa era la misma que la del actual art. 153.2, tras la modificación producida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (máximo y pena alternativa a su vez coincidentes con las del correlativo art. 153.1 actual), y que la única diferencia de pena, según se indicó al principio, consiste en el mínimo (elevación de tres a seis meses), el factor a justificar desde el prisma conceptual de la razonabilidad no es otro que el de ese mínimo.

Y al respecto debe destacarse que el nivel de pena fijado por el grado mínimo del nuevo tipo podía perfectamente alcanzarse en el precedente, el de «la alternativa no diferenciadora», de que habla el texto de la Sentencia, lo que pone en evidencia la innecesariedad de la modificación legal, pues de existir alguna circunstancia especialmente significativa en el caso de la agresión del varón a la mujer en la relación de pareja, en el sentido del mayor desvalor que arguye la Sentencia, a la hora de la individualización de la pena dentro del margen penológico del tipo de precedente vigencia (coincidente, como se ha señalado con insistencia, con el del actual art. 153.2 CP), quedaría abierta la vía para su imposición en un grado igual o superior al que establece el mínimo del tipo hoy vigente, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Si, pues, desde la funcionalidad al fin de protección de la mujer, el tratamiento penológico diferenciado por razón de sexo resultaba innecesario, considero que en dichas condiciones la introducción legal de una diferencia por razón de sexo no puede ser en modo alguno razonable.

6. La Sentencia insensiblemente está introduciendo un elemento en el tipo, a los de la idea del mayor desvalor que, a mi juicio, no consta ni explícita ni implícitamente en aquél, lo que resulta vedado por el principio penal constitucional de legalidad, ineludible, según constante doctrina de este Tribunal Constitucional, en el art. 25 CE.

La Sentencia trata de justificar lo hecho por el legislador por las razones que, a su juicio, le llevaron a hacerlo, cuando, al mío, se deben diferenciar uno y otro plano.

Las razones que llevaron al legislador a modificar el Código penal para intensificar la represión de las agresiones inferidas a las mujeres en las relaciones de pareja (por cierto las de menor entidad, que no son precisamente la que provocan el horror que nos presenta la vida diaria de tantas víctimas, y en las que insensiblemente se piensa al enfrentarse al tipo cuestionado, que nada tiene que ver con aquéllos), quedan fuera del tipo

penal, si no se introducen explícitamente en él; y por tanto no pueden ser elemento de consideración, al enjuiciar la constitucionalidad del tipo, so pena de desbordar los límites del art. 25 CE.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO
BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA
DE 14 DE MAYO DE 2008, DICTADA EN LA
CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚM. 5939-2005

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros, dejo constancia de las razones que me separan de dicha Sentencia.

1. Mi discrepancia va referida fundamentalmente al fallo, pues cuestionada en estos autos la constitucionalidad del art. 153.1 CP, y dado que la Sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la Constitución.

Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su fundamento jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (FJ 9.a).

2. En efecto, la Sentencia hace una interpretación sistemática y finalista del art.

153.1 CP —art. 3.1 del título preliminar del Código civil— y, atendido su contexto —art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004—, en el que encuentra su finalidad, llega a una clara conclusión:

La *ratio* de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, es el «mayor desvalor» de «las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva» y que «tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» —FJ 9.a). De ello deriva evidentemente que cuando no concurra ese «mayor desvalor», es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable.

Y esta inaplicabilidad del art. 153.1 CP por no apreciarse en los hechos enjuiciados en cada proceso la situación señalada, en lo que es propio de la técnica jurídica penal, significa que la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo, como elemento de hecho constitutivo del mismo, lo que justifica su inaplicación cuando no concurre por virtud de las exigencias materiales del principio de legalidad —art. 25.1 CE.

3. Esta introducción en el tipo descrito en el art. 153.1 CP de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el art. 25.1 CE.

Entiendo que los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica —STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6— permiten, mediante una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP, llegar a la solución que implícitamente mantiene la Sentencia y que conduce a reducir el ámbito inculpativo del precepto, sin traspasar los

límites propios de la función de este Tribunal como colegislador negativo.

4. Ya en este punto, es de subrayar que todas las sentencias dictadas, en lo que ahora importa, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en cuanto que en ellas se «enjuicia la conformidad o desconformidad» —art. 27.1 LOTC— con la Constitución de la norma objeto del debate, han de llevar a cabo la tarea dirigida a indagar el sentido de dicha norma, «operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad» —STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6—, de suerte que la conclusión a la que se llegue en este terreno constituye un *prius* lógico insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido.

Es claro, pues, que tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas. Pero no es este concepto tan amplio el que venimos utilizando: una sentencia puede calificarse de interpretativa, en el sentido propio de esta expresión, cuando excluye una cierta interpretación por inconstitucional, o cuando impone otra por entender que es la conforme con la Constitución. Y en estos supuestos, dado que se está llevando a cabo un esclarecimiento, mejor, una depuración del ordenamiento jurídico, precisamente para asegurar la primacía de la Constitución —art. 27.1 LOTC—, la seguridad jurídica en conexión con el principio de la publicidad de las normas —art. 9.3 CE— demandan que la nueva claridad que deriva de la sentencia, a publicar en el «Boletín Oficial del Estado» —art. 164 CE—, se haga ostensible en la parte de ésta que es más adecuada para ello, es decir, obviamente, en el fallo.

En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la

base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos «al espíritu y finalidad» de la norma —art. 3.1 del título preliminar del Código civil—, resulta ser elemento del tipo.

Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal «en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE» —STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5—, lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código penal sino de la Ley Orgánica 1/2004, que es la que introdujo el precepto debatido.

He de recordar en esta línea el fallo de la STC 24/2004, de 24 de febrero.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ- ZAPATA PÉREZ A LA
SENTENCIA DEL PLENO QUE RESUELVE
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚM. 5939-2005, SOBRE EL ART. 153.1
DEL CÓDIGO PENAL, EN LA REDACCIÓN
DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004,
DE 28 DE DICIEMBRE

Nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su art. 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los

ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su art. 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

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

¿Respeto estos principios el primer inciso del art. 153.1 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 153.1 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.—No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la

agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer inciso del art. 153.1 CP para sancionar la violencia de género.—La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, responde al indicado propósito de combatir la violencia de género. No es éste el ámbito adecuado para juzgar la decisión del legislador de proyectar los efectos de dicha Ley sólo frente al maltrato ocasional y no sobre el maltrato habitual, las lesiones graves o el homicidio; ni las razones por las que se ha excluido de esa protección reforzada a las mujeres que no son, o no han sido, pareja del maltratador, como ocurre con madres, hijas o hermanas. Como tantas veces hemos dicho, corresponde al legislador, dentro de los límites constitucionales, «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el art. 153.1 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador —y

los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada— por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —*lex certa*— que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. Carácter interpretativo de la Sentencia.—La primera característica de la Sentencia aprobada consiste en que utiliza la técnica de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo (*rigetto per erronea premessa interpretativa*), lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal cuestionado. Como es sabido, las sentencias constitucionales interpretativas declaran la constitucionalidad de la disposición impugnada en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

La aparición de sentencias interpretativas desestimatorias (*Sentenze interpretative di rigetto*) y de sus múltiples variedades de sentencias aditivas (*Sentenze di rigetto di tipo additivo o aggiuntivo*) o elusivas (*Sentenze di rigetto per erronea premessa interpretativa*) generó, desde mediados del siglo

pasado, una de las polémicas más enconadas en la historia de la dogmática italiana, hasta que terminó por prevalecer la fórmula de las sentencias estimatorias que contienen un fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto, y que no producen la inseguridad para la certeza del Derecho y de sus fuentes que ocasionan las sentencias interpretativas de rechazo. El recurso a esta técnica en nuestra jurisprudencia también ha sido polémico, máxime cuando se utiliza en materia penal, siendo paradigmáticas, en ese sentido, las críticas que se contienen en los Votos particulares formulados contra nuestra STC 24/2004, de 24 de febrero, que interpretó restrictivamente el art. 563 CP sobre el delito de tenencia de armas prohibidas.

La Sentencia aprobada afirma en su FJ 4 *ab initio* que la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el enunciado cuestionado del art. 153.1 CP «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal».

Sin embargo, la Sentencia no cumple, en gran medida, la función propia de una sentencia interpretativa, puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera se concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza. Estas carencias, unidas al uso de la dubitativa expresión «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad» generan una ambigüedad inaceptable, puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judicia-

les cualquier aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución.

4. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.—La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial suscita la duda de inconstitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 CP en relación con los arts. 10.1, 14 y 24.2 CE. Sin embargo, la Sentencia enjuicia el precepto, casi exclusivamente, desde la perspectiva del principio de igualdad, con lo que creo que incurre en un error de enfoque.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional. Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pueden infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de se-

xismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones... lo que hace el legislador... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente» y que «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita» (FJ 11.a). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural, en una concreta estructura social (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original» del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de

atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

Dada la ambigüedad expositiva de la Sentencia, pudiera llegar a entenderse que ésta propicia en su FJ 11 que la aplicación del primer inciso del art. 153.1 CP requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del maltrato sino también su significado discriminatorio (pues en los FFJJ 9, 11 y 12 se emplea el término «consciente» para referirse al comportamiento del sujeto activo). Pero una lectura benévola de la Sentencia debe llevar a rechazar esta opción, pues, de ser la correcta, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género, ya que, entonces y en tal caso, la violencia leve no habitual de los varones hacia sus parejas o ex parejas carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada como falta (art. 617 CP), puesto que sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.2 CP no pueden serlo las personas contempladas en el apartado primero y la acción castigada en este apartado segundo es «el delito previsto en el apartado anterior». Pues bien, ello implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal que dispensaba la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre —que elevó al rango de delito estas conductas—, y cuya constitucionalidad fue afirmada en los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 4570/2004, de 13 de septiembre. Y, lo que es más paradójico, si esa misma conducta (violencia leve no habitual) es realizada por la mujer contra su pareja masculina, sí se le podría imponer la pena prevista en el art. 153.2 CP, al no exigir su aplicación —según la Sentencia constitucional— que la violencia ejercida obedezca a la misma modalidad

sexista que la del apartado primero. Sólo una interpretación finalista, pero que forzara los términos del art. 157.2 CP, probablemente *ad malam partem*, lograría impedir tan absurdo resultado.

5. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.1 CP.—La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «*desprecio de sexo*», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra

Constitución y, como creo, es norma esencial —diría que de «*orden público*»— en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

Como señala el propio Abogado del Estado, que interviene en este proceso en representación del Gobierno, «no siempre la condición femenina arrastra fatalmente ese rasgo de vulnerabilidad que en última instancia justifica la inspiración protectora del precepto. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión... en el círculo íntimo de la relación conyugal».

6. Los problemas de constitucionalidad no se resuelven con argumentos de legalidad.—Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el primer inciso del art. 153.1 CP.

La generalidad de los órganos judiciales (como se evidencia en el documento auspiciado por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial que contiene los denominados «Setenta y tres criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género») así como la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005, de 18 de julio, han venido considerando, desde la entrada en vigor del precepto, que los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: «ofendida», en género femenino, para el sujeto pasivo y «él», en género masculino, para el sujeto activo, determina que en el caso del primer inciso del art. 153.1 CP, sujeto activo

sólo pueda serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél se ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Más aún, los nuevos órganos judiciales creados para el enjuiciamiento de estos delitos son denominados por la Ley como Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, la Sentencia afirma en el fundamento jurídico 4 que «la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable», insistiéndose en el FJ 9 *ab initio* que tal interpretación «no es la única posible». Creo que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que este Tribunal no debiera pronunciarse salvo para corregir, en su caso, una interpretación extensiva del tipo penal que vulnerase el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Por el contrario, resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del art. 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

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

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS, RESPECTO A LA SENTENCIA
DEL PLENO DE FECHA 14 DE MAYO DE
2008 DICTADA EN LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 5939-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso

mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el art. 153.1 del Código penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

La circunstancia metajurídica, pero atendible en caso de alguna duda, de que la pura y simple expulsión del ordenamiento jurídico del referido artículo del Código penal propiciaría la revisión de miles de Sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales que lo han aplicado —lo que, además prueba la posibilidad de otras interpretaciones— me condujo a aceptar la búsqueda de alguna otra que resultara conforme a la Constitución.

2. El número 1 del art. 153 del Código penal, describe una conducta punible: la del «que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidas como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión».

De esta conducta, y según el propio precepto, pueden ser víctimas dos clases de personas; en primer lugar una mujer y solo una mujer, «cuando la agredida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [el agresor hombre] por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia» y en segundo lugar, también puede ser víctima del delito cualquier «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Contemplando el precepto en su literalidad y, sobre todo, atendida conjuntamente esta descripción de los posibles sujetos pasi-

vos del delito, pudiera haberse pensado que el legislador presume que la mujer ligada a un hombre por una relación afectiva, presente o pretérita, ya conviva o no con él, está en una situación de especial vulnerabilidad; pero esa idea fue desechada por la Sentencia, de acuerdo con la tesis de la Magistrada Juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, por ser contraria a la dignidad de la persona (art. 10 CE), al venir a equiparse a la mujer en dichas circunstancia con los niños, los ancianos, los impedidos, etc.

De otro lado, si se analiza el precepto separadamente y poniendo el foco de atención solo en la parte en que se establece que la víctima ha de ser una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor, resulta imposible eludir la inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y, además, por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún más visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultáneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente.

3. En la Sentencia de la mayoría se encuentra una solución, haciendo una interpretación finalista, al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el art. 1.1 de la misma, al que la Sentencia se remite.

Con esta fórmula yo estaba de acuerdo, pero creo también que supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso y aunque se considere que esos sucesivos mayor desvalor, gravedad y reproche social hacia el hombre agresor de la mujer, pueda considerarse implícito o ínsito en el tipo penal, la realidad es que es nuestra interpretación la que lo aflora y ello obligaba, en mi

opinión y reiterando mi respeto a la contraria, a hacer una Sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo, bien directamente o bien, al menos, por remisión a algún párrafo conclusivo de un fundamento jurídico.

Ciertamente, la introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se reputé implícito o ínsito plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a otro problema: el de la afectación al principio de legalidad y taxatividad penal que impone el art. 25 CE, pero esa cuestión, aunque se planteó, no llegó a ser examinada en la deliberación, y por ello, no puedo tratarla aquí, a pesar de que creo que tendría solución para permitir la interpretación conforme a la Constitución.

4. Finalmente, con la fórmula que propuse y no se aceptó, no se podría producir una generalización de revisiones de condenas dictadas en el pasado, ni en el futuro se obligaría a la mujer agredida a probar algún elemento complementario de la agresión sufrida.

En cuanto a lo primero, porque muchas de las Sentencias dictadas hasta ahora en aplicación del artículo controvertido del Código penal lo han sido con fórmulas similares de integración interpretativa, En cuanto a lo segundo, porque lo que el legislador hizo al redactar la reforma del art. 153.1 CP fue establecer una agravante específica, cuya concurrencia no tiene que ser objeto de una prueba separada de la realizada en conjunto respecto de los hechos denunciados; precisamente en base a los hechos probados y a cuya prueba han de acudir el Fiscal y, en su caso, el Abogado de la acusación particular, es como el Juez o la Sala han de valorar si se ha acreditado la circunstancia agravante para aplicar el precepto que corresponda, lo que, además, permite al juzgador penal, individualizar los casos en que, eventualmente, pueda ponerse de manifiesto que no concurre aquél mayor desvalor.

Por lo expuesto manifiesto mi voto contrario al fallo desestimatorio de la Sentencia, ya que debió serlo estableciendo la interpretación conforme a la Constitución que venía a contenerse en sus fundamentos.

**Sentencia 76/2008 del Pleno del TC de 3 de julio de 2008
(BOE de 24 de julio de 2008) (Cuestiones de inconstitucionalidad
6618/2005 y otras veinte —acumuladas—)**

VIOLENCIA DE GÉNERO

Arts. 14 CE; 153.1 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo

SÍNTESIS

Recogemos esta sentencia por reiterar, de manera resumida, los argumentos recogidos en la STC 59/2008, de 14 de mayo (extractada en este mismo número de la Revista de Derecho Penal), primera de las recaídas en relación con las reformas penales introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género. También se resumen los votos particulares. Siguen a ésta otras muchas sentencias: por ejemplo, 80/2008, de 17 de julio (BOE de 19 de agosto); 81/2008, de 17 de julio (BOE de 19 de agosto); 82/2008, de 17 de julio (BOE de 19 de agosto); 83/2008, de 17 de julio (BOE de 19 de agosto); 95/2008, de 24 de julio (BOE de 19 de agosto); 96/2008, de 24 de julio (BOE de 19 de agosto), etc.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. A través de veintiún Autos de cuestionamiento el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid considera que el inciso primero del artículo 153.1 del Código penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario al principio de igualdad proclamado por el artículo 14 CE. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado niegan esta vulneración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones.

El inciso cuestionado sanciona «con la pena de prisión de seis meses a un año o de

trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años» a quien «por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

La duda central de la Magistrada cuestionante se refiere a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 CE. Así, a partir de su interpretación del tipo penal, que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso —pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— a un varón que maltratare del modo descrito en el artículo a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que el mismo maltrato en los demás supuestos de parejas o ex parejas (maltratos de una mujer o maltratos de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados») tendrá, en todo caso, un marco penal inferior: el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (art. 153.2 CP).

2. El presente cuestionamiento tiene ya respuesta en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que tomaba como punto de partida el recuerdo de que corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, para el que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de

13 de septiembre FJ 4). Por ello nuestro actual análisis del artículo 153.1 CP «no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (STC 59/2008, FJ 6).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del artículo 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (STC 59/2008, FJ 7).

3. Con la perspectiva del principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra consolidada doctrina al respecto, por «que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (STC 59/2008, FJ 7).

a) El análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma. Como reseñábamos en la STC 59/2008, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la

Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (FJ 8).

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

b) El segundo análisis de razonabilidad de la diferenciación se refiere a su funcionalidad para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta a su vez razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el artículo 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también

lo es la de que puede imponerse una pena mayor para prevenirlas.

Y, como afirmamos en la STC 59/2008, «[n]o resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» [FJ 9.a)].

c) A la vista de su poca entidad —tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena—, tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad *ex principio* de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que es-

ta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en que el artículo 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del artículo 153.1 CP pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho», en previsión ciertamente aplicable también al artículo 153.2 CP.

Debemos señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las diferentes consecuencias de los supuestos diferenciados, que el inciso segundo del artículo 153.1 CP impone la misma pena cuando el destinatario de la agresión sea «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras agresiones en el seno de tales relaciones. las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

4. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, alude también el Auto de cuestionamiento a la posible oposición del artículo 153.1 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que «la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable».

Tampoco puede prosperar esta objeción de constitucionalidad porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Tal descripción del sujeto pasivo corresponde al tipo penal que conforma el segundo inciso del artículo 153.1 CP. Y es sólo en el primero donde se contempla un sujeto pasivo femenino en atención a que, «de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención

penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima» [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 a)]. No se trata así de que el legislador presuma o aprecie una especial vulnerabilidad de la mujer por el hecho de serlo, sino de la consideración razonable de la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad» (STC 59/2008, FJ 9).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE
MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA
SENTENCIA DE FECHA 3 DE JULIO
DE 2008, DICTADA EN LAS CUESTIONES DE
INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS
NÚMS. 6618-2005, 8236- 2005, 760-2006,
1579-2006, 2215-2006, 5351-2006,
7558- 2006, 8437-2006, 8906-2006,
9361-2006, 10486-2006, 10913-2006,
1415-2007, 4561-2007, 4814-2007,
5615-2007, 5926-2007, 7497-2007,
8384-2007, 543-2008 Y 1036-2008,
PLANTEADAS POR EL JUZGADO DE LO
PENAL NÚM. 1 DE VALLADOLID, RESPECTO
AL PRIMER INCISO DEL ART. 153.1 DEL
CÓDIGO PENAL EN LA REDACCIÓN DADA
AL MISMO POR EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY
ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE,
DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL
CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En la medida en que la Sentencia consiste en la explícita aplicación a las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas de la precedente STC 59/2008, de 14 de mayo, respecto de la que formulé Voto particular disidente, en coherencia con el mismo, ejercitando la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, reitero respecto a la actual la misma disidencia, remitiéndome a los argumentos del referido Voto, y todo ello proclamando mi respeto por la tesis de los Magistrados de cuyo criterio discrepo.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA
SENTENCIA DEL PLENO QUE RESUELVE LAS
CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
ACUMULADAS NÚMS. 6618-2005,
8236-2005, 760-2006, 1579-2006,
2215-2006, 5351-2006, 7558-2006,
8437-2006, 8906-2006, 9361-2006,
10486-2006, 10913-2006, 1415-2007,
4561-2007, 4814-2007, 5615-2007,
5926-2007, 7497-2007, 8384-2007,
543-2008 Y 1036-2008, SOBRE EL ART.
153.1 DEL CÓDIGO PENAL, EN LA
REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA
1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia respecto de la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de la Sentencia aprobada por el Pleno, que reitera la doctrina fijada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a la que formulé Voto particular.

Sostuve entonces, y ahora lo reitero, la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Pero mi discrepancia con la Sentencia se centra en cinco aspectos, desarrollados en el Voto particular al que me remito («BOE» de 4 de junio de 2008), que ahora sintetizo.

a) La falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad *—lex certa—* que deriva del artículo 25.1 CE.

b) La Sentencia, pese a su carácter interpretativo (FJ 4 *ab initio*), no cumple la función propia de esta clase de sentencias, incurriendo en una ambigüedad inaceptable, puesto que no delimita cuál es la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan

siquiera concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza.

c) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pudieran infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del artículo 153.1 CP lesiona el artículo 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que el artículo 153.1 CP lesione el principio de igualdad. Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del artículo 153.1 CP. A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido artículo 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

d) La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del artículo 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas

las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

e) Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el precepto cuestionado. Resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del artículo 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS, RESPECTO A LA SENTENCIA DEL
PLENO DE FECHA 3 DE JULIO DE 2008
DICTADA EN LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 6618-2005
Y ACUMULADAS

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 LOTC y con el pleno

respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 1 de Valladolid, sobre el artículo 153.1 del Código Penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6618-2005 y acumulados, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 22 de julio de 2008

Asunto: Grados superior e inferior en las multas proporcionales (artículo 370 CP).

Acuerdo:

1. En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos.
2. El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el artículo 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales.
3. El artículo 370.2, último párrafo del CP añade una segunda multa a lo que resulte de aplicar las reglas generales.

Asunto: Artículo 849.2 de la LECrim. y Ley del Jurado

Acuerdo:

La referencia que el artículo 847 de la LECrim. hace al recurso de casación por infracción de la ley contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, incluye los motivos previstos en los números 1 y 2 del art. 849 de la LECrim.

Sentencia 34/2008, Sala de lo Penal del TS, de 21 de enero de 2008

COSA JUZGADA

Art. 24 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

El enjuiciamiento y absolución anterior ante un Juzgado de menores de un acusado partícipe en los hechos también imputados a un mayor de edad no produce excepción de cosa juzgada, impidiendo el enjuiciamiento de este último ante la Audiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, absolvió libremente a Luis Manuel de un delito de agresión sexual y dos más de lesiones, aplicando, aunque no explícitamente, la excepción de cosa juzgada, en los términos que seguidamente expondremos. Interpone este recurso de casación el Ministerio Fiscal.

(...)

La Sala sentenciadora de instancia se pregunta si ha de reconocerse alguna relevancia, a la hora de valorar la prueba practicada en el juicio, a los hechos consignados como probados en la sentencia del Juzgado de Menores, reconociendo, sin embargo, que “el hoy acusado no poseía tal condición ni era parte en el procedimiento seguido en el Juzgado de Menores”, pero también indicando que “la sentencia de Menores sí se pronuncia expresamente sobre su intervención en los hechos denunciados en el sentido de proclamar que las relaciones sexuales mantenidas por él y por el menor José Manuel con Emilia ... fueron plenamente consentidas y al declarar igualmente que las lesiones que presentaba la menor se produjeron todas ellas de forma fortuita”.

En definitiva, la Sala de instancia reconoce que las conclusiones fácticas alcanzadas por el Juzgado de Menores le vinculan “en alguna medida” a dicho Tribunal a “la hora de pronunciarse sobre la responsabilidad penal del aquí procesado”. Pero a renglón seguido reconoce que la jurisprudencia de esta Sala Casacional impide la estimación del instituto de la cosa juzgada.

En efecto, una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 3154/1990, de 14 de octubre), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29 de abril de 1993, 22 de junio de 1994, 17 de octubre de 1994, 20 de junio de 1997, 8 de abril de 1998), que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio “non bis in idem”, el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones (e incluso de proporcionalidad y culpabilidad), principios

que se configuran como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la LECrim. en cierta manera hoy muy relativizadas por el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada, una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS 24 de abril de 2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio ‘non bis in idem’, y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, según el cual “nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por

una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”.

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos (STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 de octubre y 12 de diciembre de 1994, 20 de junio y 17 de noviembre de 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998).

Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta), que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

Por ello, tal como declaró la propia sentencia de esta Sala número 500/2004, de 20 de abril, “el que un hecho haya sido juzgado aisladamente y con posterioridad al resto (de acusados), ello no justifica la aplicación del instituto de la cosa juzgada, porque los hechos de la presente causa no han sido juzgados por ser hechos distintos y por tanto,

no hay riesgo de vulneración del non bis in idem”.

Con todo, el Tribunal “a quo” reafirma la consideración de cosa juzgada (aunque no lo aprecie así de forma explícita), bajo la invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. Se refieren con ello los jueces “a quibus” a la incompatibilidad declarada por la doctrina constitucional entre la existencia de pronunciamientos contradictorios firmes entre diversas resoluciones jurisdiccionales, por ser incompatible con el principio de seguridad jurídica. El TC ha reiterado que sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes (y entre ellas, lo que aquí no ocurre) con efectos de cosa juzgada material (por todas, SSTC 159/1987, de 26 de octubre, F.2; 2/2003, de 16 de enero, F.3.b), o 229/2003, de 18 de diciembre), pero no cuando no se ha juzgado al demandante en amparo en el proceso anterior (que es el caso).

Esto es precisamente lo que ocurre en este caso. Es incuestionable que Luis Manuel no ha sido juzgado en el proceso penal precedente: primero, porque al ser mayor de edad penal, no hubiera podido serlo en nuestro sistema de dualidad de enjuiciamiento

en caso de tratarse de mayores y menores, lo que, aunque pueda ser criticable, es la realidad legal de la que debemos partir; y en segundo lugar, porque no le afectaba el fallo al no encontrarse en esa relación penal anterior, ni en la parte dispositiva de la sentencia que la Sala de instancia toma como referencia. Precisamente por ello, no pudo dicho Tribunal partir “como premisa fáctica obligada e ineludible de nuestra resolución, el relato de hechos contenido en la sentencia firme del Juzgado de Menores”, “sin ni siquiera proceder a valorar la prueba practicada en el presente juicio (razón por la que esta sentencia no contiene un relato propio de hechos probados)”, ya que el fallo anterior carecía del requisito de la identidad de sujeto pasivo a los efectos de la cosa juzgada: en suma, no había sido juzgado precedentemente por el Juzgado de Menores.

Siendo ello así, no puede predicarse para él, el instituto de la cosa juzgada, pues no concurre uno de sus requisitos esenciales.

Y si como acertadamente exponen los jueces “a quibus”, el Juzgado anterior no debió consignar su nombre en los hechos probados anteriores, es evidente que se trató de un error en el pronunciamiento de los mismos por parte del juzgador de menores, que no puede arrastrar ahora otro, el de los jueces de la Audiencia.

Sentencia 58/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de enero de 2008

VIOLENCIA DE GÉNERO

Arts. 153 y 617 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se casa una sentencia que argumentaba en contra del automatismo en la conversión de la falta de malos tratos en delito en el ámbito de las relacio-

nes de pareja. A tales efectos, interpreta el Tribunal Supremo el alcance que cobra la declaración del artículo 1 de la LO 1/2007, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En un único motivo de contenido casacional, el Ministerio Fiscal, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción por inaplicación del art. 153, apartados 1 y 3, del Código Penal.

La Audiencia ha calificado los dos hechos producidos los días 13 de septiembre y 18 de diciembre de 2005, como simples faltas de lesiones, aplicando el art. 617.1 del Código Penal.

Para ello, interpretando la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la que se da nueva redacción al art. 153 del Código Penal, en vigor ya cuando suceden los hechos, razona que no siempre es de automática aplicación, relativo a que “todo lo que era falta como delito”, sin apercibirse que la consideración de la elevación de los sucesos correspondientes a una falta, como delito, en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar, ya se efectuó mediante la LO 11/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, al elevar a delito las faltas de lesiones, maltratos de obra o amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos (estableciendo una penalidad de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que se especifican, y cuyas penas se impondrían en su mitad superior cuando se perpetren, entre otros casos, en presencia de menores o en el domicilio común o en el de la víctima), lo que se sanciona, ahora, igualmente, en el expresado art. 153.1, modificado por la LO 1/2004, con pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que

se indican en el mismo, con igual cláusula de agravación (subtipo agravado), si bien en los casos en que la ofendida sea esposa o mujer ligada con análoga relación a su agresor.

La Audiencia argumenta que tal automatismo no es posible, “dado que podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 del CP por resultar contraria a la voluntad del Legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger”. En función de tal razonamiento, sanciona las lesiones como faltas del art. 617.1 del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado.

La Sala sentenciadora de instancia con esta argumentación deja sin aplicar los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal, sin causa alguna que lo justifique, y bajo una proscripción de automatismos, que ciertamente no se compadece en absoluto con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. En éstos, se relata en primer lugar, un episodio de gran crudeza y de intensa agresividad, en el seno de una relación de pareja, y producido en el domicilio familiar, e incluso en presencia de un hijo común, que a la sazón contaba con tres años de edad, por medio del cual el acusado, rociando de alcohol por el cuello y el brazo a su compañera sentimental, prendiéndole a continuación fuego con un mechero, lo que provoca intensas quemaduras que determinaron la deformidad que se describe en el *factum*. El suceso del día 13 de septiembre

de 2005, se origina porque el acusado recrimina a su compañera “por la ropa que vestía por no estimarla adecuada”, encontrándose en el domicilio común con ella, y “al negarse a quitársela”, comenzó un forcejeo, fruto del mismo se produjo un hematoma que precisó para su curación asistencia facultativa y tardó en curar 15 días sin impedimento para sus ocupaciones habituales más equímosis en mucosa labial; y el suceso del día 18 de diciembre de 2005, también en el domicilio familiar, se originó porque al pretender el acusado mantener relaciones sexuales, ella no aceptó, originándose otro forcejeo, sufriendo Julia una contusión parietal izquierda, más las contusiones que se describen en el *factum*.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 1/2004, de 28 de diciembre, contiene un Título V, bajo la rúbrica de la “Tutela Judicial”, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Para su delimitación, debemos acudir al art. 1.º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del art. 1.3 de la LOMPIVG, en estos términos: “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

No cabe duda alguna que los hechos que pretende el Ministerio Fiscal sean incluidos como de violencia de género, lo son, de acuerdo con estas precisiones legales. La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. Nótese que en el primero de ellos, como acertadamente expone el Ministerio Público recurrente, la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o en el segundo, la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma, se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo. Y todo ello, sin perder de vista, que los hechos iniciales, que se originan el día 8 de marzo de 2004, se trataba de que el acusado había rociado a su compañera con alcohol, prendiéndola fuego a continuación.

Siendo ello así, tal situación fáctica, justifica la aplicación de los preceptos cuestionados, por lo que el motivo invocado por el Ministerio Fiscal tiene que ser estimado, determinando la oportuna penalidad que ha de aplicarse en la segunda sentencia que debemos dictar.

Sentencia 63/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de enero de 2008

TENENCIA DE TARJETAS DE CRÉDITO MANIPULADAS

Arts. 386 y 387 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Se analiza el alcance (restringido) de la equiparación de las tarjetas de crédito manipuladas con la moneda falsa: su tenencia sólo sería típica si va dirigida a la expedición o distribución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La existencia del delito de estafa no ofrece duda alguna a la vista del relato de hechos probados, de obligado acatamiento en los casos de utilización de la vía casacional que proporciona el art. 849.1 de la LECrim. El acusado se valió de la tarjeta núm. ... para la realización de las compras descritas en el *factum*, logrando engañar a los empleados de, al menos, trece establecimientos comerciales. En todos ellos, mediante la firma del resguardo de compra en el que aparentaban ser titulares de la tarjeta, lograron el desplazamiento patrimonial por los importes que se mencionan en el *factum*. Y esa secuencia integra el delito continuado de estafa tal y como lo definen los arts. 248, 249 y 74 del CP.

Cuestión distinta es la condena que la Sala de instancia formula respecto del delito de tenencia de moneda falsa de los arts. 386, párrafo 2 y 387 del CP.

La STS 722/2007, de 12 de septiembre, se hace eco de la doctrina de esta misma Sala en relación con la calificación jurídica de la tenencia de tarjetas de crédito manipuladas con el fin de servir de instrumento de pago. En ella se recuerda que, en efecto, el

art. 387 equipara las acciones descritas en el art. 386 —falsificación/fabricación de moneda— con la fabricación de tarjeta de crédito. También el Pleno de esta Sala de 28 de junio de 2002 equiparó la fabricación de tarjeta de crédito a la fabricación de moneda en virtud del citado art. 387. Ahora bien tal equiparación lo era sólo en relación a aquellas actuaciones susceptibles de equiparación con la tarjeta de crédito.

Es claro que tal equiparación no es posible respecto a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución. Una tarjeta falsa no se tiene para transmitirla, sino que se usa para obtener dinero o bienes. Por ello la equiparación sólo es posible respecto de las actividades relativas a la fabricación.

Existe una reiterada doctrina de esta Sala que así lo tiene declarado. De acuerdo con esta idea, respecto a la tenencia de tarjetas de crédito, la típica del delito de falsificación de moneda es aquella detentada para su expedición o distribución, se entiende de las tarjetas detentadas, quedando al margen de la conducta del delito de falsificación de moneda la detentación para su utilización como instrumento de pago o, en general su utilización como instrumento mercantil; en estos casos esa utilización podrá ser subsumida en el delito de falsedad en documento

mercantil y en la estafa, pero no dará lugar a la subsunción en el delito de falsedad monetaria. Autos de esta Sala de 18 de febrero de 2004, 1 de abril, 21 de abril y 3 de junio, todos de 2004, 7 y 20 de enero de 2004, entre otros muchos. En la misma línea pueden citarse las SSTS 465/2007, de 31 de mayo, 249/2007, de 6 de marzo y 58/2007, de 31 de enero. En esta última, puede leerse que la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expedición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expedición del art. 386.3. Ese destino es un elemento subjetivo del injusto que deberá ser acreditado por una prueba directa o indiciaria a partir de elementos objetivos que permitan afirmar el destino al tráfico de las tarjetas falsas detenidas.

A la vista de ese entendimiento jurisprudencial, es claro que el Tribunal ha de pronunciarse de forma expresa sobre la acreditación de esa finalidad de expendición o distribución, bien proclamándolo en el juicio histórico, bien sentando en éste las bases fácticas para su deducción. En el presente caso, el último apartado del *factum* la Audiencia señala que... los acusados poseían las tarjetas de crédito referidas a sabiendas de su falsedad y con el fin de ponerlas en circulación mediante su uso para abonar con ellas las compras de diversos efectos con el consiguiente perjuicio para sus legítimos poseedores”. Esta última frase, por más

elasticidad que quiera atribuirsele, no colma el elemento subjetivo del injusto. Es cierto que los acusados pusieron en circulación las referidas tarjetas, pero lo hicieron para el uso propio, según se desprende del juicio histórico. En él no se desliza el más mínimo elemento fáctico que permita sostener la expendición o distribución entre terceros. No hay mención a elementos que pudieran hacer pensar en una producción en serie de esos instrumentos de pago falsificados. Tampoco el número de las tarjetas intervenidas —seis— puede considerarse lo suficientemente significativo como para inferir aquel ánimo tendencial. Ese número, que en otras circunstancias podría encerrar un apreciable valor incriminatorio, no puede ser valorado como tal en el presente caso, en el que han resultado acusadas cuatro personas.

La falta de encaje típico de los hechos en los arts. 386 párrafo segundo y 387 del CP, no habría sido obstáculo para calificar el uso falsario de aquellas tarjetas como constitutivo de un delito continuado de falsedad en documento mercantil —a la vista de la necesaria firma del resguardo— (arts. 390.3 y 392 del CP), en concurso ideal con un delito continuado de estafa. Exigencias elementales, ligadas a la proscripción de la reformatio in peius impiden ahora en sede casacional cualquier alteración en el juicio de tipicidad erróneamente aplicado por la Sala.

La estimación del presente motivo se hará extensiva a los condenados no recurrentes, por así imponerlo el art. 903 de la LE-Crim.

Sentencia 56/2008, Sala de lo Penal del TS, de 28 de enero de 2008

DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

Art. 196 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Se aplica el artículo 196 del Código Penal (y no el genérico delito de omisión del deber de socorro del artículo 195) a un médico que no acude

a atender a alguien que sufre un infarto a 50 metros del centro médico en el que trabajaba aquél.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Como última cuestión, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se suscita la indebida aplicación del artículo 196 del Código Penal dando a entender que pudiéramos encontrarnos ante la figura genérica de omisión del deber de socorro contenida en el artículo 195 del Código Penal.

1. Para resolver la cuestión suscitada es necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico.

2. El núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero.

El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.

3. La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse

por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir.

4. La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida sino que la concreta a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros.

En consecuencia, todos los elementos exigidos por el legislador están presentes en el hecho probado, cuestión que parece no ser discutida por el recurrente.

5. Ahora bien, el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas.

En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de

sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica.

6. Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es ne-

cesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 25/2008, Sala de lo Penal del TS, de 29 de enero de 2008

AUDIENCIA PRELIMINAR. ILICITUD PROBATORIA

Arts. 786.2 LECrim; 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se analiza la audiencia preliminar del procedimiento abreviado como trámite procesal idóneo para la resolución de cuestiones previas, sin perjuicio de posponer la resolución definitiva sobre alguna de ellas a la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—Respecto al submotivo 1-5.º, sobre la infracción del Derecho a la tutela

judicial efectiva, creándose indefensión a la parte, cuanto tras el dictado del Auto de 4 de febrero de 2006, y la solicitud expresa por el hoy recurrente de la delimitación de la prue-

ba válida, se dejó para sentencia su mención, desconociendo la parte qué prueba era la anulada por conexión de antijuricidad y de cual persistía su validez. El art. 786.2 de la LECrim., preceptúa que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones plantadas. Como recuerda la STS 160/1997, de 4 de febrero, al expresar el texto legal que el Tribunal resolverá “lo procedente” ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explícita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite. Mas ello no puede significar una merma del derecho de defensa de los acusados, que sería lo esencial, para que pudiera estimarse cualquier tipo de nulidad. Según ha declarado reiteradamente esta Sala, es nota esencial y común a la nulidad prevista que el hecho de que se trate haya producido efectiva indefensión —Tribunal Supremo Sentencia 29 de abril de 1996—. Ello no se constata en la decisión del Tribunal, puesto que no pudiendo ser recurrida de manera autónoma aquélla, solamente en los recursos contra la sentencia podría operar toda la actividad impugnatoria de la parte sobre este particular. Todo ello con la garantía derivada de conocer de la impugnación un Tribunal superior en este caso, esta Sala como órgano decisor y por el recurso de casación como medio procesal, lo que robustece los derechos de defensa, pretendidamente vulnerados por el recurrente.

En efecto —como recuerda la STS 286/1996, de 3 de abril—, “conviene detenerse sobre el sentido de esta atípica audiencia preliminar y para ello es necesario señalar una primera nota en esta aproximación: los temas a suscitar en la misma son, como

generalmente ocurre en los casos de pluralidad, de distinta naturaleza y efectos en su inflexión en la indefensión. Así, la competencia del órgano judicial, las causas de suspensión del juicio oral y el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto son temas que evidentemente han de resolverse en el mismo acto, conforme requiere “in fine” tal precepto procesal, en cuanto irrepetibles y afectantes al desarrollo posterior del plenario. La denegación de la pretensión de una parte sobre cualquiera de tales temas sólo puede hacerse valer mediante la “protesta”.

En cambio, cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales, al iniciarse la vista oral, la cuestión no ha sido resuelta de manera reiterada y uniforme. De un lado el Auto de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro) venía a decir que la audiencia preliminar del proceso abreviado, establecida en el repetido artículo 793.2 procedimental (actual art. 786.2), trataba de evitar las incidencias sucesivas que pudieran después plantearse durante el juicio evidentemente dilatorias del proceso, pues la celeridad y la concentración se constituían en ejes esenciales del mismo, por lo que debería propiciar la resolución inmediata y previa, sobre esas pretendidas infracciones. Sin embargo el Auto de 3 de febrero de 1993, sea cual fuere el contenido del mismo, claramente señala que el trámite del artículo antes referido no es preclusivo (también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993). Es decir, conforme a esta última postura, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse, cuando de procedimiento abreviado se trata, en la iniciación de la vista oral conforme al tan repetido artículo 793.2, también es correcto, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, aplazar la decisión hasta el momento de dictarse la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello o adelantar tal decisión en la audiencia preliminar de forma sucinta, sin perjuicio de la ulterior

motivación y complementación en la sentencia definitiva.

Este criterio —dice la STS 545/1995, de 7 de abril— viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal en interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los artículos 11.1, 238.3 y 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues “la vulneración del derecho fundamental es, entre otras materias, una de las finalidades de ese incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, en base a las razones justificativas que se dan para ello, sobre todo si durante la vista oral se aportan o se reproducen pruebas esclarecedoras al respecto.

Undécimo.—En el caso presente no hay infracción de normas procedimentales. Así, como cuestiones previas y al amparo de lo dispuesto en el art. 786.2 de la LECrim., las defensas de los acusados propusieron la vulneración de derechos fundamentales, interesando la nulidad de todas las intervenciones telefónicas acordadas en la fase de instrucción, así como de la entrada y registro en el domicilio de Antonio. La Sala resolvió tales cuestiones por Auto de 4 de octubre de 2005, declarando: la validez del auto de intervención telefónica acordado por el Juzgado Instructor en fecha 31 de octubre de 2002, si bien siendo en la sentencia definiti-

va donde se determine su alcance en relación al delito contra la salud pública u otro, a la vista de la prueba que se practique en el acto del plenario; la nulidad por falta de motivación del Juzgado Instructor de los autos de intervención telefónica de fechas 21 de noviembre de 2002, 9 de diciembre de 2002, 19 de diciembre de 2002, y los de prorrogas de 4 de diciembre de 2002, 19 de diciembre de 2002, 3 de enero de 2003, 17 de enero de 2003, y 3 de febrero de 2003, careciendo de valor probatorio las intervenciones acordadas a raíz de dichas resoluciones y de las demandas, siempre que exista relación causal entre ellas, esto es, conexión de antijuricidad y que, en todo caso se valorará por el Tribunal a virtud del desarrollo del resto de pruebas y su análisis en la sentencia definitiva; y acordando en cuanto a la nulidad pretendida del registro domiciliario, su análisis en la sentencia definitiva.

Por último la sentencia impugnada, en los Fundamentos de Derecho primero, tercero y octavo, ratifica el auto de 4 de octubre de 2005, y se pronuncia —rechazando— la conexión de antijuricidad pretendida respecto de las aprehensiones de droga y registros domiciliarios; y en el Fundamento de Derecho Segundo declara la validez del registro efectuado en el domicilio de Antonio.

La impugnación, debe por tanto, ser desestimada, pues la Audiencia, entre las opciones que la Ley le permite, adoptó un acuerdo legítimo y constitucional y conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta.

Sentencia 92/2008, Sala de lo Penal del TS, de 31 de enero de 2008

PRESCRIPCIÓN

Art. 131 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García**

SÍNTESIS

A la hora de determinar el plazo de prescripción correspondiente se atiende la Sala al criterio que toma en consideración la pena prevista en

abstracto para el delito objeto de calificación, con independencia de que se condene después a una pena menor. Recogemos un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El motivo primero, por la vía del *error iuris* del art. 849.1.º de la LECriminal denuncia como indebidamente inaplicados los arts. 33 y 131 del Código Penal. Alega prescripción del delito.

En la argumentación se dice que toda vez que el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el recurrente del art. 249 tiene señalado una pena en abstracto de seis meses de prisión a tres años, el plazo de prescripción es de tres años, de acuerdo con el art. 131 del Código Penal, con este presupuesto, concluye que el delito por el que ha sido condenado ya estaba prescrito cuando fue denunciado, ya que, según el *factum*, la apropiación se produjo a finales de diciembre de 1998 y como la querella se interpuso el 3 de octubre de 2003, según se hace constar en el f.jdco. primero, último párrafo de la motivación de la sentencia, es claro que habían transcurrido los tres años que prevé la Ley.

Es conocida la doctrina de la Sala en relación a la aplicación del instituto de la prescripción y al sentido que ha de dársele a la expresión “... pena máxima señalada al delito...” que se contiene en el art. 131 del vigente Código Penal. Ya con anterioridad al vigente Código, y en relación con el viejo art. 113, en el que se decía “... cuando la Ley señale al delito la pena de...”, esta Sala determinó que la pena señalada por la Ley era precisamente la pena en abstracto que la Ley señalaba al delito, sin tener en cuenta la pena en concreto que pudiera corresponderle a la persona concernida.

Con el nuevo texto del actual art. 131, la cuestión es más clara, si cabe en la medida que ya se habla específicamente de “pena máxima”, por eso, el Pleno de la Sala de 29 de abril de 1997 determinó que para computar los plazos de prescripción de los delitos, se deben de tomar en cuenta las penas señaladas en abstracto, y ello, como es obvio, a la vista de la calificación jurídica más grave que se haya efectuado.

Una aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto nos lleva a la conclusión de la improsperabilidad de la denuncia, porque la acusación particular en sus conclusiones, calificó los hechos relativos a la apropiación indebida como constitutivos de los arts. 252 en relación con los arts. 249 y 250.1.7.º, es decir, interesó la aplicación del subtipo agravado de “abuso de relaciones existentes entre víctima y defraudador”, lo que eleva la pena de tal apropiación indebida hasta los seis años —abanico legal: pena de uno a seis años de prisión y multa—, y de acuerdo con la doctrina de la Sala y el propio tenor del art. 131, ha de estarse a la pena máxima, prevista en la Ley para determinar el plazo prescriptivo. Esta pena máxima es de seis años —con independencia de la pena en concreto pedida por la acusación o impuesta en la sentencia—, y de acuerdo con el art. 131, el plazo de prescripción es de diez años para los delitos cuya pena máxima exceda de cinco años de prisión sin superar los diez años.

Es claro que no se han superado los diez años, y ello con independencia de que la tesis de la acusación fuera rechazada en la sentencia —f.jdco. primero— por incidir la prohibición del “non bis in idem”.

Como referencias jurisprudenciales de la doctrina expuesta, se pueden citar las SSTS 356/1999, de 4 de marzo, 867/2002, de 29 de julio, 1937/2001, de 26 de octubre ó 10 de junio de 2002, y, más recientemente, SSTS 1590/2003, de 22 de abril, y 1173/2005, de 27 de septiembre. La única matización de esta doctrina estaría en el supuesto de que la pena en abstracto debe tener en cuenta las degradaciones de penas imperativas, ya que por el grado de ejecución o el grado de participación, como recoge la STS 1823/2001, de 14 de mayo, doctrina que no es de aplicación al caso de autos. (...)

VOTO PARTICULAR FORMULADO
POR EL EXCMO. SR. MAGISTRADO
D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ
DE LUARCA RESPECTO DE LA SENTENCIA
N.º DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 1/714/2007

Con el mayor respeto y consideración a la decisión de la mayoría, debo expresar mi discrepancia con el criterio con el que se resuelve en la sentencia de la mayoría la alegación relativa a la prescripción alegada por el recurrente. Según el mismo, cuando tal cuestión se resuelve en la Sentencia, la pena que debe ser tenida en cuenta es la correspondiente al delito calificado por la acusación, siempre que esta calificación no resulte infundada. En el caso, el recurrente fue acusado por un delito del artículo 252 en relación con el artículo 250.1.7.^a, que, en función de la pena señalada por la ley, tiene asignado un plazo de prescripción de 10 años. Sin embargo, fue condenado por un delito previsto en el artículo 252, sin aplicación de la señalada agravación, de forma que el plazo de prescripción queda establecido en tres años. Los hechos constitutivos de delito tuvieron lugar en el año 1998 y la querella que da origen a la causa se presentó en el año 2003.

1. Para una parte de la doctrina, la justificación de la prescripción es dudosa. El De-

recho Internacional y el Código Penal español reconocen casos de imprescriptibilidad en determinados delitos especialmente graves, a pesar de la advertencia realizada por el Tribunal Constitucional (STC n.º 157/1990) en orden a la cuestionable constitucionalidad de una previsión normativa que excluyera la prescripción en todo caso.

De todos modos, la determinación de la procedencia de apreciar la prescripción debe realizarse conforme al ordenamiento vigente.

Entiendo que la afirmación de la que discrepo encontraría mayor sustento en las teorías que atribuyen a la prescripción fundamentos procesales, pero resultan incompatibles, en mi opinión, con la doctrina mayoritaria de la Sala que le reconoce fundamentos de tipo material, aun cuando convivan con aquellos.

Efectivamente, la jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que el fundamento de la prescripción se relaciona con la necesidad y merecimiento de pena, así como en el reconocimiento de las dificultades que encuentra el cumplimiento de los fines de la pena tras el transcurso de un período significativo de tiempo en relación con la gravedad del hecho. Esto justifica su apreciación, incluso, de oficio.

2. Los plazos de prescripción se establecen en el Código Penal en relación a la gravedad del delito según aparece reflejada en la pena. Incluso en ocasiones, la naturaleza del delito (genocidio, lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado) determina la imprescriptibilidad.

Es la decisión final del Tribunal mediante la sentencia la que establece definitivamente la calificación de los hechos como una determinada infracción penal, y por lo tanto es en función de esa calificación como debe determinarse el plazo de prescripción.

Hasta ese momento, solamente existe una pretensión de condena con arreglo a una calificación. En este sentido, la apreciación anticipada de la prescripción, que, en cuanto anticipada, se justifica por otras razones

más bien prácticas y de orden procesal, se basa en la consideración de la máxima gravedad posible según las acusaciones, siempre que no resulten absolutamente extravagantes. En estos casos, teniendo en cuenta la calificación más grave, es posible prescindir del resto del proceso cuando la cuestión reviste extraordinaria claridad.

3. En el resto de los casos es necesario esperar a la sentencia para considerar establecido el carácter delictivo de los hechos enjuiciados y precisar la identidad de la infracción; la extensión máxima de la pena y, consiguientemente, el plazo de prescripción. Pues la ley no establece los plazos en función de las calificaciones de las partes sino del delito que los hechos constituyen, y eso solamente corresponde establecerlo definitivamente al Tribunal.

Por lo tanto, los hechos no constituyen un delito cuando califica la acusación y otro distinto cuando lo hace el Tribunal. Son, y siempre han sido, lo que el Tribunal dice que son.

Consecuentemente, el Tribunal debe establecer el plazo de prescripción según la calificación del hecho efectuada en la sentencia. No es posible ampliarlo sobre la base

de una deficiente, en tanto errónea, calificación del delito por parte de quien acusa.

Esta tesis, minoritaria en la jurisprudencia de la Sala, encuentra precedentes en la STS de 13 de junio de 1990.

4. En consecuencia, entiendo que el plazo de prescripción correspondiente a una concreta infracción penal se debe establecer desde la calificación de aquella en la sentencia. De esta forma se deberá apreciar la prescripción cuando al dirigirse el procedimiento contra el culpable ya hubiera transcurrido el plazo que la ley señala, determinado en función del delito cuya existencia ha sido declarada.

En el caso, por lo tanto, si el Tribunal entendió, y es ratificado por esta Sala, que los hechos declarados probados constituyen un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con el artículo 249 del Código Penal, el plazo de prescripción que le corresponde es el de tres años, que ya habían transcurrido ampliamente desde el momento de los hechos hasta que el procedimiento se dirigió contra el culpable. Consecuentemente debió apreciarse la prescripción alegada y acordar la absolución.

Sentencia 89/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de febrero de 2008

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 789.3 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se sigue en la sentencia el criterio fijado en el Acuerdo de 27 de noviembre de 2007 (publicado en el número 24 de la Revista de Derecho Penal), que matiza lo establecido en el Acuerdo de 20 de diciembre de 2006 (publicado en el número 21 de la Revista de Derecho Penal), en el sentido de que

cabe imponer una pena no solicitada por la acusación, pero prevista en la ley para el delito de que se trate.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En el motivo cuarto, la recurrente impugna la cuantía de la multa. El Ministerio Fiscal apoya el motivo porque tal sanción penal no ha sido solicitada por el Ministerio Público.

En el Acuerdo Plenario de esta Sala, de 20 de diciembre de 2006, declaramos 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”. Con arreglo a este criterio, debería suprimirse. Ahora bien, en el Acuerdo Plenario 27 de noviembre de 2007, se matizó el anterior, que “debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se correspon-

da con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”. Como la sentencia recurrida no contiene fundamentación alguna al respecto en el quinto de sus fundamentos jurídicos (ni concreta la responsabilidad personal subsidiaria, ex art. 53.2 del Código Penal), pero el artículo 368 del Código Penal, impone conjuntamente prisión y multa, en este caso proporcional, y dada la exigua cantidad de droga aprehendida, la multa la situaremos en la cantidad (meramente testimonial) de cien euros, procediendo así la estimación parcial del recurso, que afectará a todos los recurrentes, por el denominado efecto expansivo del art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sentencia 81/2008, Sala de lo Penal del TS, de 13 de febrero de 2008

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Art. 325 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se ofrece en la sentencia un amplísimo repaso de los elementos configuradores del delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 325 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimonoveno.—Centrándonos ya en el análisis del apartado 1 del art. 325 del CP tipo básico de estas infracciones como requisitos exigibles debemos señalar:

1.^º) Uno de naturaleza objetiva que por exigencias típicas descriptivas ha de consistir en la provocación o realización directa o indirecta, de alguna de las actividades aludidas en el precepto (vertidos, extracciones o excavaciones, aterramientos...), realizadas sobre alguno de los elementos del medio físico también enumerados (atmósfera, suelo, subsuelo, o aguas terrestre, marítimas o subterráneas...).

2.^º) En segundo lugar, la infracción de una norma extrapenal, elemento normativo igualmente exigido de manera explícita en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades.

3.^º) Creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido.

4.^º) Tipo subjetivo: actuación dolosa.

1) Con relación al primero la conducta típica del art. 325 (como antes en el art. 347 bis del CP de 1973), consiste en “provocar o realizar” directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas”, aunque de la redacción legal parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir dejar que se produzca la emisión o vertido o no evitarla o no poner los medios para impedirlo. En este sentido la STS 105/1999, de 27 de enero, ha señalado “La conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo”.

Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos —semánticamente tampoco lo son— y empleados como recurso estilístico del legislador, apuntando la STS antes citada 105/1999 y la 96/2002, de 30 de enero, que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a realizar. Por ello debe reputarse, que provocar puede comprender en su diferencia con realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Así resulta, que la dicción utilizada en el precepto “provocar o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos” pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

En efecto el tema en relación al vertido ha sido resuelto en primer lugar por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, que en sentencia 22301/1999, de 29 de septiembre, estableció que el concepto jurídico medio ambiental de vertido es el tipificado en el art. 1.2 de la Directiva Comunitaria 76/464 de la CE. que se refiere a todo acto imputable a una persona por el cual directa o indirectamente, se introduce en las aguas a las que se aplica dicha Directiva alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II de su Anexo.

En relación a los Lixiviados el mismo TJCE. En sentencia 22305/1999 de igual fecha que la anterior 29 de septiembre de 1999, establece que dichos lixiviados se hallan comprendidos en el concepto de vertidos recogido en el art. 1.2.^º letra d) de la Directiva Comunitaria 70/464.

Por su parte esta Sala Segunda, al distinguir el art. 325 en cuanto sanciona la emisión directa de vertidos del art. 328 referido

a depósitos o vertederos líquidos o sólidos, matiza esta distinción en el sentido de que los vertidos contaminantes en depósitos o los vertidos contaminantes en depósitos o balsas insuficientes o permeables, de suerte que se produzcan filtraciones en el terreno con la subsiguiente contaminación de acuíferos, es conducta que debe llevarse a la figura básica del art. 325 y en modo alguno al art. 328. En tal sentido, la STS de esta Sala 215/2003, de 11 de febrero, que textualmente dice que "... el art. 328 no cubre... los vertidos de purines procedentes de una granja de 5.000 cerdos en bolsas permeables e insuficientes, donde los residuos sobresalían o filtraban, produciendo contaminación de acuíferos "... que integran la conducta del art. 325 del CP..."

En el mismo sentido la STS 1914/2000, de 12 de diciembre, señala que por lixiviados hemos de entender... la acción de arrastre de los metales procedentes de los residuos sólidos existentes en los terrenos de la empresa causante de la contaminación, por efecto de lluvia, hasta la correspondiente corriente fluvial".

Tanto el antiguo art. 347 bis del CP de 1973, como el 325 del CP de 1995 utilizan las mismas expresiones para definir la conducta nuclear en estas infracciones penales "provocar o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase". La amplitud de estos términos permite que hayan de considerarse delictivas conductas, que no constituyen un acto de vertido directo en la corriente de agua, pero que son un comportamiento previo del que necesariamente ha de derivarse ese vertido.

Establecer el depósito al aire libre de los restos de fundición derivados del proceso productivo de la empresa, cuando esos restos contienen elementos contaminantes, de manera tal que la lluvia, que más pronto o más tarde necesariamente ha de llegar, los ha de arrastrar hasta el arroyo o el caudal de agua correspondiente, no es un acto de realización directa, pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos, de las previstas en estas normas como in-

fracción penal, y concluye esta sentencia que "no nos encontramos ante el mero establecimiento de un depósito o vertedero de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, conducta ahora prevista como delito en el art. 328 del CP.

2) Con respecto al elemento normativo se refiere a la infracción de una norma extrapenal, esto es que la acción típica se verifique contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. El nuevo texto legal da cabida tanto a disposiciones de rango superior (Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (SSTS de 29 de septiembre de 2001, 23 de octubre de 1992, 24 de febrero de 2003), como inferior (Ordenes Ministeriales, Decretos y Ordenes emanadas tanto de la Administración Central como de las autoridades Administrativas autonómicas y locales, de forma detallada se refiere a esta posibilidad la STC 128/1998, de 15 de junio).

Esta normativa complementaria del tipo penal (Comunitaria, Estatal, Autonómica y Local) se rige en su aplicación por el principio de jerarquía normativa, de forma que el Derecho Interno de cada Estado está supeditado al comunitario y la normativa autonómica y local a la estatal, siendo nulas de pleno Derecho las disposiciones y actos jurídicos que vulneren la constitución; las Leyes u otras Disposiciones Administrativas de rango superior. En materia penal medioambiental, la primacía de la normativa medioambiental complementaria del tipo penal sobre aquellas normas, disposiciones o actos administrativos de rango inferior que vulneren la exigencia constitucional de respetar el Medio Ambiente como obligación que compete a todos los poderes públicos se ha invocado como excluyente del elemento normativo del tipo, la aplicación o existencia de normativa medioambiental autonómica o local o de actos administrativos basados en la misma, que vulneraban la norma medioambiental de rango superior.

La normativa medioambiental protectora complementaria del tipo penal del art. 325

debe ser conocida y aplicada de oficio por el Tribunal penal en base al principio *iura novit curia*, sin necesidad de que la misma sea invocada por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras o mencionada en los respectivos escritos de acusación. Así lo establece la STS de 6 de abril de 1999, siguiendo la doctrina sentada por las sentencias TC 127/1990, de 5 de julio y del TS de 3 de abril de 1995 y 1 de febrero de 1997, en un supuesto de vertido de excrementos de cerdo (purines) en que se alegó vulneración tutela judicial y del principio acusatorio por no constar mencionada en los escritos de las acusaciones la normativa completaría del tipo penal.

3) Creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico.

Hemos de partir de que las irregularidades administrativas no constituyan ni dan vida sic et simpliciter al delito medio ambiental (STS 1118/2005, de 26 de septiembre).

El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS de 25 de octubre de 2002, de 1 de abril de 2003, de 24 de junio de 2004, de 27 de abril de 2007 y de 20 de junio de 2007), atendiendo por tal un nibrido “a medio camino entre el peligro concreto y abstracto” (STS de 27 de septiembre de 2004), en el que “no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta” (STS de 25 de mayo de 2004), esto es, como dice la STS de 24 de junio de 2004, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es

capaz de crear o en su caso, el daño causado como concreción del riesgo... es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Ahora bien se acoja la estructura del tipo penal —de peligro concreto, abstracto— concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que el art. 525 exige como elemento de tipicidad, la gravedad del peligro a que se somete al equilibrio de los sistemas naturales, o en su caso, a la salud de las personas.

De no alcanzar este nivel, el comportamiento sólo podrá dar lugar, en su caso, a reacciones sancionadoras administrativas.

— Por ello lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido la STS 96/2002, de 30 de enero, dijimos que “esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/1999, de 27 de enero)”. La valoración que hace el tribunal es inmune ... en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código Penal habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo

tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”.

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, se afirmó, en el mismo sentido que “el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta”.

Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.

En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico.

Por ello, hemos de realizar una importante precisión, vista la calificación de las acusaciones postulando la aplicación del delito continuado.

En este sentido si el resultado típico no es la lesión constatable de elementos concretos del ecosistema, sino en la probabilidad del perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, este dato ha de ser relevante a la hora de intentar comprender el alcance de las conductas que lo generan.

Los vertidos, emisiones etc. Que constituyen el núcleo del comportamiento típico, no pueden, así, ser considerados aisladamente, sino en referencia al resultado de peligro, lo que hace, aun cuando se dan los requisitos de homogeneidad que exige el art. 74 del CP prácticamente inviable la apreciación del delito continuado.

Así lo entendió la jurisprudencia, a partir de la sentencia 12 de diciembre de 2000, reiterada en las posteriores de 29 de septiembre de 2001, 11 de febrero y 2 de junio de 2003, en la que afirma que: “nos hallamos, no ante un delito continuado, como erróneamente lo califica la sentencia de instancia, sino ante lo que un sector de la doctrina llama tipos que incluyen conceptos globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de unos términos que abarcan en su seno una pluralidad que se integra en un solo delito”. Y esto es lo que ocurre con el termino “vertidos” del actual art. 325: varios vertidos procedentes de una misma actividad industrial o de otro tipo encajan, pese a su pluralidad, en el mismo delito, porque a ello obliga la utilización en la correspondiente norma penal de un concepto global que abarca lo mismo un solo hecho u objeto que varios.

En igual sentido la STS de 28 de marzo de 2003, señalando que “ la contaminación ambiental se produjo mediante vertidos que se repetían en el tiempo, que esa plural actividad encajaba en el concepto vertidos que se utiliza en el art. 325 bis del CP. Hubo un delito único porque el tipo utiliza en plural una de las expresiones que lo configuran”; y

la de 2 de noviembre de 2004, que aclara que aunque resulta patente que un solo vertido pueda dar lugar al delito ecológico “lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunción, por ello es patente que esa pluralidad de acciones emisoras las que, en su conjunto, dan lugar a la contaminación grave que requiere el tipo penal... al tratarse el término “vertido” de un concepto normativo global que incluye en su comprensión la pluralidad de acciones emisoras, supuesto siempre que se trata de la misma actividad industrial”.

4) Tipo subjetivo: actuación dolosa.

Las conductas descritas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331 del CP).

El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el Derecho Penal, como es el desarrollo de una actividad industrial.

Esta Sala segunda, ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente delito. Ya en la sentencia de 19 de mayo de 1999 se dijo que el “conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto”.

En efecto el tipo del art. 325 de CP de 1995 (STS 1527/2002, de 24 de septiembre), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afir-

mar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquella (STS 442/2000, de 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, de 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluye del juicio histórico.

Sentencia 135/2008, Sala de lo Penal del TS, de 6 de marzo de 2008

TENTATIVA EN TRÁFICO DE DROGAS

Arts. 16, 17, 368 y 373 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Contraste entre la posición mayoritaria de la Sala y el contenido de un voto particular discrepante, en lo que se refiere al alcance de la tentativa (y de los actos preparatorios punibles), a los que se refiere el artículo 373 del Código Penal) en el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En el tercero de los motivos de la impugnación denuncia la errónea aplicación del art. 62 y 66 del Código Penal al entender que el delito imputado, tentativa en el tráfico de drogas, debió ser castigado con la pena inferior en dos grados al entender que la tentativa era inacabada.

El motivo se desestima. El tribunal ha declarado imperfecta, para este recurrente, la comisión del delito, y a esa declaración ha de estarse al no haber sido objeto de impugnación por el Ministerio fiscal, no sin poner de manifiesto que la actividad realizada participa mejor de la consumación en el delito que de la forma imperfecta que se declara en la sentencia. El recurrente, y el otro condenado no recurrente, realizaron una aportación al tráfico que, desde el encargo realizado, fue completa. El hecho declarado probado nos dice, al respecto, que localizaron al transportista, quedaron con él y llevaban la cantidad de dinero para pagar los servicios de transporte realizados. Si no lo realizaron

fue porque intervino la policía cuando la acción de tráfico ya estaba consumada.

Desde la perspectiva expuesta ningún error cabe declarar.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. D. ENRIQUE BACIGALUPO
ZAPATER EN RELACIÓN A LA SENTENCIA
RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 10712/2007-P

El Magistrado que suscribe discrepa de la sentencia de la mayoría de la Sala en lo concerniente al Fundamento Jurídico quinto de la misma. En este sentido entiende que esta Sala no debía apartarse de las comprobaciones fácticas realizadas por la Audiencia, según las cuales la intervención del recurrente tuvo lugar después de la entrada de la droga en España, no tuvo participación en la operación previa y no llegó a tener la disponibilidad de la droga (ver FJ segundo de la sentencia recurrida, p. 4).

A partir de estas comprobaciones la afirmación de una tentativa del delito del art. 368 del CP dependerá de si haber acordado la recepción de la droga, una vez introduci-

da ésta en España, y dirigirse al lugar donde el autor supone que se la entregarán constituye el comienzo de ejecución de alguna de las acciones típicas del delito. En el caso que ahora se juzga es claro que sólo entra en consideración la tenencia de droga para el tráfico y que la acción descrita en el hecho probado no permite sostener que el recurrente comenzó a tener la droga en su poder o, por lo menos, que estaba inmediatamente en condiciones de acceder a ella, es decir, como gráficamente lo dice la STS 353/2007, es suficiente con que el autor tenga el objeto de la posesión “a la mano”. En dicha sentencia, en la que se decidió sobre la subsunción de un hecho similar al que aquí se enjuicia, consideró que era aplicable el art. 323 del CP.

Es claro, entonces, que si no dio comienzo a la acción de tener droga para el tráfico, pero se había concertado la entrega de la misma, de conformidad con el citado precedente, era de aplicación el art. 373, en relación al 173, ambos del Código Penal.

Por lo tanto, si bien la cuestión planteada por el recurrente no se relaciona, como supuso la Defensa, con el carácter acabado o inacabado de la tentativa, el correspondiente motivo debió ser estimado, toda vez que la posibilidad de una atenuación en dos grados de la pena era jurídicamente posible y no se ha motivado por qué razón un hecho que no alcanzó al comienzo de ejecución puede ser, en este caso, sancionado con la pena de una tentativa acabada.

Sentencia 54/2008, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2008

EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Arts. 125 CE; 101 y 782.1 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Nueva y polémica sentencia del Pleno de la Sala (con votos particulares de cinco Magistrados) dictada en el denominado “caso Atutxa” en el que considera no aplicable la doctrina jurisprudencial que fija límites al ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado, sentada en la precedente STS 1045/2007, de 17 de diciembre, al proyectarse sobre un supuesto distinto de aquel que la explicaba y justificaba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La representación legal del Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, formaliza dos motivos de casación. En el primero de ellos, al amparo de

los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., denuncia infracción de precepto constitucional, citándose como vulnerados los arts. 117 y 118 de la CE. El segundo, con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim., alega

infracción de ley, aplicación indebida, por inaplicación, del art. 401.1 del CP.

En el acto de la vista, la defensa de la parte recurrida consideró imprescindible que, con carácter previo a la decisión de los motivos esgrimidos por el sindicato recurrente, esta Sala se pronunciara acerca de la influencia que, en el supuesto que es objeto de análisis, podría desplegar la doctrina sentada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, 17 de diciembre, recaída en el recurso de casación núm. 315/2007. De acuerdo con los argumentos esgrimidos en la vista —apoyados por el Ministerio Fiscal, que invocó en defensa de la misma tesis la voluntad legislativa expresada en los debates parlamentarios sobre la reforma del art. 782.2 de la LECrim.—, la apertura del juicio oral acordada por el Juez Instructor, a instancia de la acción popular, podría implicar una vulneración del derecho de los recurridos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE). De ahí la necesidad —se concluía— de declarar la nulidad del auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el que se declaró la apertura del juicio oral con el exclusivo respaldo de la petición de una acusación popular.

La Sala entiende que no existe obstáculo para el examen de esta alegación sobrevenida, a la vista de su directa influencia en el ámbito de los derechos fundamentales de quien la formula. (...)

II. Es cierto que la aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada en anteriores precedentes resulta obligada. Así lo imponen elementales exigencias ligadas al principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE). Pero también lo es que para que esa vinculación sea efectiva, es indispensable una identidad entre el objeto de ambos recursos. De lo contrario, si aceptáramos la forzada extensión aplicativa de una doctrina jurisprudencial concebida para supuestos diferentes, estaríamos quebrantando el significado mismo del precedente. De ahí la importancia de fijar el alcance de nuestra anterior doctrina en sus justos términos.

El supuesto de hecho contemplado por la sentencia cuya doctrina reivindicamos la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, ofrecía una singularidad que ahora, en modo alguno, puede afirmarse. En aquel caso, después de la fase de investigación por un delito contra la hacienda pública, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento libre de la causa, al entender que los hechos no eran constitutivos de delito. La Abogacía del Estado, en defensa de los intereses patrimoniales del erario público, también había instado el sobreseimiento libre. Frente a esa doble petición de archivo, la acusación popular, personada más de cinco años después de incoadas las diligencias, solicitó y obtuvo del Juez instructor la apertura del juicio oral.

Los imputados entendieron que esa decisión jurisdiccional de someterles a enjuiciamiento, frente a la voluntad en contrario del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, se oponía a la literalidad del art. 782.1 de la LECrim. Ése y no otro fue el supuesto de hecho debatido y resuelto en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia núm. 1045/2007, 17 de diciembre. Tal pronunciamiento, pues, giró en torno a las consecuencias que la convergente voluntad de cierre expresada por el Ministerio Fiscal y la representación legal del perjudicado por el delito, pueden proyectar sobre el interés de una acción popular cuando pretende abrir en solitario el juicio oral. No es éste, sin embargo, el supuesto de hecho que ahora es sometido a nuestra consideración.

La doctrina que inspira la sentencia 1045/2007, centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (arts. 124 de la CE y 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a

los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. Y éste es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim.

Así lo afirmamos con claridad en el FJ 1.º, apartado 12, de la ya citada STS 1045/2007: “en este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que 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 (art. 124 de la CE) así como el propio perjudicado por los hechos considera que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1 de la CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado”.

La misma idea se repite en el apartado 3 del FJ 2.º, cuando ante la alegación de una posible quiebra de la autonomía de la acción popular, se insiste en que “... esta autonomía no queda en absoluto sin efecto, como opinan los recurrentes, cuando se condiciona su derecho a solicitar la apertura del juicio a que el Ministerio Público y la acusación particular no hayan solicitado el sobreseimiento, dado que esta limitación del derecho, como vimos, es procesalmente plausible”.

Esa doctrina, pues, sólo pretende dar respuesta al supuesto de hecho que la motiva, esto es, la constatación de una duplicada voluntad de archivo expresada, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación

particular. Es esta singular perspectiva la que permite delimitar adecuadamente el verdadero alcance de nuestra anterior resolución.

El legítimo ejercicio del derecho de defensa hace entendible que se destaquen fragmentos de la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, que deben ser entendidos, bien desde una metodología de remisión, bien como consideraciones no vinculadas directamente al núcleo decisional de nuestro pronunciamiento.

Buena muestra de lo primero, lo ofrece el FJ 4.º, en el que la Sala, refiriéndose al auto que había sido objeto de recurso, afirma lo siguiente: “... el auto recurrido concreta la *ratio decisionis* en el ‘principio de legalidad en su vertiente procesal’, entendiendo que ‘en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular’, para lo cual invocó el sentido literal del art. 782.1 de la LECrim., en el que se dice que ‘si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez’. El sentido de la expresión ‘acusador particular’, de acuerdo con el auto recurrido, se debe extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y del texto del, por la que fue introducida la actual redacción del art. 782 de la LECrim., en la que la expresión ‘acusación particular’ se identifica con la de los ‘perjudicados por el delito’. De allí infirió el Tribunal *a quo* que al haber sido solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, el Juez de Instrucción debía sobreseer la causa”.

En definitiva, la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción po-

pular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan sólo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico.

Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim., sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal.

III. La defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal coinciden en destacar el valor interpretativo del art. 782.2 de la LECrim. Con arreglo a esta idea, la nueva redacción dada a este precepto por la LO 38/2004, de 24 de octubre, confirmaría la tesis de que la acción popular no puede obtener la apertura del juicio oral si el Ministerio Fiscal o la acusación particular no lo solicitan. Según ese precepto, si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular, el Juez habrá de acordarlo, a menos que el perjudicado por el delito o, en último término, el superior jerárquico del Fiscal, hayan resuelto sostener la acusación.

Esa subordinación funcional de la acción popular, expresada en la necesidad de que el Juez acuerde el sobreseimiento pedido por el Ministerio Fiscal si los directamente ofendidos o perjudicados por el delito o el Fiscal que rectifica su inicial criterio, no comparecieren a sostener la pretensión, sería la consecuencia obligada de una interpretación combinada de los apartados 1 y 2

del art. 782 de la LECrim. El legislador —se razona— utilizó de forma consciente esa expresión, frente al vocablo interesados del art. 643 de la LECrim., y quiso convertir la llamada a la acusación particular en un presupuesto ineludible para hacer viable la apertura del juicio oral. Se trataría, en fin, de concluir la imposibilidad de que la acción popular promoviera la apertura del juicio oral sin la existencia de una previa petición en tal sentido, ya proviniera del Ministerio Fiscal, ya de la acusación particular personada o llamada al proceso por el Juez.

Tampoco esta línea de razonamiento puede ser acogida.

El art. 782.2 de la LECrim., en coincidencia con lo que ya establecieran para el procedimiento ordinario los arts. 642 y 644 de la LECrim., se limita a regular una fórmula tendente a impedir que la efectividad del derecho de los perjudicados por el delito pueda hacerse depender de la exclusiva voluntad del Ministerio Público. Ése ha sido su significado histórico y ésa ha de ser la pauta interpretativa que nos aproxime a la nueva redacción. En palabras del más clásico de los comentaristas de la LECrim., que veía en estos dos últimos preceptos un principio de estricta justicia y hasta de orden constitucional, el legislador persiste en el propósito de dar a los interesados en el ejercicio de la acción penal todas las garantías posibles de que la efectividad de su derecho no ha de ser impedida por la sola voluntad del Ministerio Fiscal, o por la errónea apreciación que éste hiciera de las resultancias del sumario.

El valor interpretativo que se adjudica por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal a la consciente utilización en el art. 782.2.a) del término directamente ofendidos o perjudicados por el delito, en oposición al art. 643, que alude a los interesados, debe ser relativizado. La identificación que sugiere el primero de estos epigramas con la acusación particular, puede explicarse por razones prácticas, ajenas a la idea de convertir la respuesta afirmativa a esa llamada en presupuesto habilitante para la presencia de la acción popular en el juicio. Y es que no resulta

fácil, desde luego, imponer al Juez instructor que la búsqueda de esos perjudicados u ofendidos por el delito, vaya más allá de un tardío ofrecimiento de acciones a aquellos que, apareciendo como perjudicados, por una u otra razón, no hubieran formalizado su personación. En cambio, la llamada de posibles interesados en el ejercicio de la acción popular, por definición, no puede entenderse con personas determinadas, de ahí la conveniencia de no condicionar la efectiva resolución de sobreseimiento a la llamada de quienes no aparecen debidamente individualizados. No debilita esta idea el hecho de que el art. 643 de la LECrim. prevea, en el ámbito del procedimiento ordinario, un anuncio mediante edictos a los interesados. Tal formalismo está concebido, como excepción a lo previsto en el artículo precedente, no para aquellos casos en los que no se conozca a los interesados, sino para aquellos otros en los que esos interesados, siendo conocidos, se hallen en ignorado paradero (“... cuando... fuere desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos”).

En definitiva, por más explícita que fuera la voluntad legislativa a la hora de matizar el alcance, en el ámbito del procedimiento abreviado, de la expresión directamente ofendidos o perjudicados, esa mera modificación gramatical nunca podría alterar el fundamento material de lo que, desde la redacción originaria de la LECrim., ha sido considerado como una llamada a los hipotéticos perjudicados, con carácter previo al cierre definitivo del procedimiento.

La interpretación que ahora se propugna por la parte recurrida y por el Ministerio Fiscal no ve en el art. 782.2 una solución para la vigencia del *nemo iudex sine accusatore*, sino una inédita fórmula dirigida a hacer posible la presencia de la acusación particular, inicialmente desentendida del ejercicio de la acción penal, con el exclusivo fin de colmar un presupuesto procesal indispensable para abrir la puerta del juicio oral a la acción popular, debiendo para ello responder afirma-

tivamente al postrero ofrecimiento de acciones llevado a cabo por el Juez instructor. No ha sido éste el sentido histórico de los arts. 642 y 644 de la LECrim., ni puede ser el de la versión actualizada que ofrece el art. 782.2 del mismo texto legal.

La tesis de la defensa de los recurridos, apoyada por el Ministerio Fiscal, produciría como inevitable efecto una mutación conceptual en el significado de la acción popular. La posición de la acción popular en el proceso, ligada al estatus de parte, no puede ser degradada hasta el punto de condicionar su legitimidad para obtener la apertura del juicio oral, al hecho de que el acusador particular acepte, a última hora, la invitación al proceso que le formula el Juez instructor. Esa limitación no se desprende, desde luego, de la literalidad del art. 782.1 que, como venimos repitiendo, contempla una doble petición de sobreseimiento, la emanada del Ministerio Fiscal y la interesada por el perjudicado por el delito.

Si el Fiscal insta el sobreseimiento, condicionar la capacidad de la acción popular para obtener la apertura del juicio oral a una previa petición coincidente con la suya, emanada del perjudicado por el delito, conduce a situaciones imprevisibles. De entrada, convierte el hecho contingente de la presencia o ausencia del perjudicado en el proceso, en un presupuesto habilitante para que una de las partes pueda desplegar todas las posibilidades inherentes a su estatus. Además, otorga la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable cuando se trata de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales. Y es precisamente en este ámbito en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o

jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.

La tesis sugerida por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, tampoco es ajena a importantes problemas prácticos que, en el fondo, son expresión bien elocuente de la ausencia de una aceptable fundamentación técnica para el efecto excluyente de la acción popular. De aceptar esa solución que transforma a la acción popular en una parte subordinada, no resultaría fácil, por ejemplo, resolver aquellos supuestos en los que el perjudicado que accede a la llamada del Juez instructor, interesa la apertura del juicio oral por delitos distintos de aquellos por los que pretende formular acusación el actor popular. Tampoco resuelve aquellos otros casos en los que la acusación particular solicitara un sobreseimiento parcial, en discrepancia con el criterio del acusador popular, que podría estar interesado en acusar a todos los imputados. La fijación de los límites de esa vinculación habría de hacerse en un plano puramente intuitivo, ajeno a los verdaderos principios que informan el estatus de parte en el proceso penal.

Todo ello sin olvidar que la aplicación práctica de la tesis que se propugna, conduciría a incrustar en la fase intermedia un incidente procesal, carente de cualquier cobertura normativa, en respuesta a la petición de la acción popular de lograr la apertura del juicio oral en aquellos casos en los que el Juez —que, por cierto, no está obligado a ello según se desprende de la utilización del vocablo podrá— no active el expediente que le ofrece el art. 782.2 y no proceda a la búsqueda de un acusador particular.

IV. En definitiva, satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merece-

dor de soportar la pretensión punitiva. El proceso penal justifica su existencia, entre otros fines, por su carácter de institución pública para la adecuada reparación de los efectos del delito. De ahí que se aproximará más a su ideal cuando la interpretación de las reglas que disciplinan sus distintas fases, se acomode al criterio de que, en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim. es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.

Es cierto que en sus orígenes históricos, la acción popular llegó a representar el único vehículo formal posible para el ejercicio de la *accusatio*, superando una concepción privada del proceso penal y expresando así el interés general en la persecución de los delitos. Sin embargo, la evolución de los sistemas procesales ha determinado, de forma especialmente generosa en el nuestro, la posibilidad de una presencia plural en las partes activas y pasivas del proceso. Es, pues, constitucionalmente legítimo fijar límites que traduzcan los efectos jurídico-procesales que han de asociarse a la convergente voluntad, pública y privada, de no formular pretensión acusatoria.

No es obstáculo para este entendimiento, la idea de que el control jurisdiccional sobre

la apertura del juicio oral (art. 783.1 de la LECrim.), siempre permitirá al Juez discernir entre aquellas acusaciones populares fundadas y aquellas otras que no lo son. Cuando el art. 782.1 de la LECrim. proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado.

Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim., no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el

ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, de 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.

Por cuanto antecede, procede rechazar la alegación suscitada por la defensa de Marcelino, Filomena y Enrique, acerca de la quiebra de su derecho a un proceso con todas las garantías.

Sentencia 152/2008, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2008

INMIGRACIÓN CLANDESTINA Y PROSTITUCIÓN

Arts. 188 y 318 bis Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Se aplica el criterio recogido en el Acuerdo de Sala de 26 de febrero de 2008 (incluido en el número 24 de la Revista de Derecho Penal), que matiza a su vez, lo acordado en el Pleno de 24 de abril de 2007 (incluido en el número 22 de la Revista de Derecho Penal) relativo a la relación concursal entre los delitos de inmigración clandestina y determinación coactiva a la prostitución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El motivo quinto se formula al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 318 bis 1 y 2 del CP y 188.1 del CP, dada su incompatibilidad.

Entiende el recurrente que no cabe la aplicación conjunta de ambos preceptos, pues se penaría doblemente por un mismo hecho la explotación sexual a través de la prostitución, de modo que el destino de explotación sexual absorbe y consume el hecho mismo de la explotación, o bien se aplica el tipo básico del art. 318 bis, en concurso ideal con los delitos del art. 188.1 del CP.

La primera de las figuras penales aplicadas por el Tribunal de instancia castiga en su apartado 1, al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España, precisando en el apartado 2 que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual la pena será la de cinco a diez años de prisión.

Por su parte, la segunda describe conductas consistentes en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Pues bien, al respecto la sentencia de esta Sala n.º 1465/2005, de 22 de noviembre, frente a la sentencia de instancia que subsumió en aquél caso los hechos en el tipo penal del art. 188.1 del CP, condenando a cada uno de los acusados por dos delitos de determinación al ejercicio de la prostitución, mediante el empleo de violencia, intimidación o daño, y que rechazó la calificación —también sostenida por la acusación pública— concluyó que “la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión

delictiva el tipo penal del art. 318 bis 2, dando lugar para el acusado... a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del art. 188.1 del CP”.

Por su parte, la sentencia de esta Sala n.º 380/2006, de 10 de mayo, optó decididamente por la existencia de un concurso real. Por su parte, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 22 de abril de 2007, descartando la existencia del concurso de normas resolvió que “la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis 2 del CP, debe estimarse concurso de delitos”.

La STS n.º 380, de 10 de mayo de 2007 igualmente considera que en la concurrencia entre el núm. 1 del art. 318 bis y el 188.1.º del CP, se producirá un concurso real de delitos.

Finalmente, el Pleno de esta Sala en su reunión de 26 de febrero de 2008 —como complemento a su *decisio omnibus* de 24 de abril de 2007— vino a acordar que, en un caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de “la intención de explotación sexual”. Y ello porque en el art. 318 bis 2 del CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el art. 188.1 del CP junto con el art. 318 bis 2 del mismo texto penal, sino en aplicar el art. 188.1 del CP junto con la figura básica, no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura.

Consecuentemente, el motivo sólo parcialmente ha de ser estimado.

Sentencia 154/2008, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2008

ENTRADA Y REGISTRO

Art. 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se resume la doctrina sobre el requisito de la presencia del “interesado” en la diligencia de entrada y registro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

El artículo 569 de la LECrim. dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquel; o el artículo 552, en cuanto el registro debe hacerse procurando no importunar ni perjudicar al interesado; o el artículo 570, en cuanto es el interesado quien debe ser requerido para que permita la continuación del registro durante la noche. Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS n.º 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que so-

lo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno (STS n.º 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica.

Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS n.º 352/2006, de 15 de

marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses.

Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS n.º 1108/2005, de 22 de septiembre).

Sentencia 164/2008, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2008

DECLARACIONES TESTIFICALES. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

Art. 416.1.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez

SÍNTESIS

La asimilación del matrimonio a la convivencia more uxorio a los efectos de la dispensa de declarar contenida en el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta supeditada a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en relación con el art. 24 de la Constitución (CE) formula el Ministerio Fiscal el motivo de su recurso. Consiste la impugnación en que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la CE, al haber sido privado aquel Ministerio de una prueba admitida, produciéndole indefensión. Lo cual ha tenido lu-

gar al no practicarse la declaración de María Teresa, por haber advertido a esa testigo el Presidente del Tribunal que estaba dispensada, con arreglo art. 416.1.º de la LECrim., de la obligación de declarar contra el acusado, unido a ella como “pareja sentimental”.

Segundo.—El Ministerio Fiscal, junto al escrito de conclusiones provisionales formulados contra el procesado Fernando, propuso como testigo a María Teresa, quien había declarado en la Policía y en el Juzgado, como perjudicada, sin la advertencia del art.

416.1 de la LECrim.; y el Tribunal admitió esa prueba.

En el juicio oral, cuando llegó el momento de que María Teresa declarara mediante video-conferencia, el Presidente del Tribunal hizo a la perjudicada la advertencia más arriba mencionada, y ella dijo que no deseaba declarar. El Ministerio Público formuló protesta e interesó que se leyeran las declaraciones que había prestado María Teresa durante la instrucción; el Presidente denegó esa lectura. El Fiscal también protestó al respecto.

El Tribunal ha dictado sentencia absoluta, explicando que, descartado el testimonio de María Teresa, el resto de los medios probatorios no han resultado suficientes para enervar la presunción de inocencia.

Tercero.—Esta Sala viene asimilando, al seguir la línea marcada por varios artículos del Código Penal que cita el Tribunal a quo, la convivencia *more uxorio* con el matrimonio, a los efectos del art. 416.1.º de la LECrim; aduciendo al respecto que la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada. Pero, en consonancia con tal argumento, supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio —así aparece claramente en la sentencia del 22 de febrero de 2007—.

En la resolución de la Audiencia se hace constar que María Teresa declara que había sido pareja de hecho del acusado “conviviendo juntos” durante cuatro años. Lo que quiere decir que ya no lo era al tiempo del juicio, sin que haya alusión alguna a que el

cese fuera temporal. Con ello se precisa lo que figure en el factum: A la “fecha de autos” el acusado y María Teresa eran pareja de hecho.

Así resulta que el tribunal no se ajustó a lo establecido en el art. 416.1.º de la LECrim al hacer advertencia a la testigo, no comprendida en aquel precepto, de la dispensa de la obligación de declarar, frente a la regla general del art. 410 LECrim.

Infracción que supone, a su vez, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.2 de la CE; pues el Ministerio Fiscal ha sido privado ilegalmente de una prueba que pudo ser fundamental para la de la existencia de los delitos objeto de la acusación, bien por el contenido de la declaración en sí, bien por su puesta en relación con las sumariales; cercenación de medios probatorios que ha originado indefensión en orden a las pretensiones punitivas.

Debiendo aclararse que siempre el rechazo del Ministerio Fiscal a la postura de la Audiencia se ha basado en lo indebido de la aplicación de art. 416.1.º de la LECrim., por lo que no se ha producido una mutación en la substancia del debate que haya mermado las posibilidades de contradicción por la Defensa.

Cuarto.—Ha de declararse haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, para acordarse la anulación de la sentencia impugnada y que el procedimiento se retrotraiga al comienzo de las sesiones del juicio oral, que será celebrado con tres nuevos magistrados. Y, con arreglo a los arts. 901 y 901.bis.a) de la LECrim., las costas deben ser declaradas de oficio.

Sentencia 130/2008, Sala de lo Penal del TS, de 9 de abril de 2008

ALZAMIENTO DE BIENES

Art. 258 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

La modalidad de alzamiento con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito, prevista en el artículo 258 del Código Penal, no precisa que haya concluido previamente el procedimiento penal, con sentencia condenatoria en la que se declare dicha responsabilidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El segundo motivo, por idéntico cauce que el anterior denuncia como indebidamente aplicado el delito de alzamiento de bienes por el que ha sido condenado, ya que estima el recurrente que exige este delito una concreta condición de perseguibilidad consistente en la previa existencia de una condena penal por el delito que genera la responsabilidad civil que se pretenda eludir. A ello adiciona la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, bien que no lo razone.

Respecto de la primera cuestión, el recurso se limita a citar algunas posiciones doctrinales en su apoyo sin más. La cuestión ha sido resuelta por la Sala, si bien, negativamente, para la tesis del recurrente.

El delito del art. 258 Código Penal, denominado también insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles, se incorpora en el Código Penal de 1995, no tiene precedente en nuestra legislación penal anterior, y sanciona al “responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las respon-

sabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

La razón de la incorporación de este precepto a nuestro Código Penal reside en la constatación —relativamente frecuente—, de que los incursos en un hecho delictivo de cualquier naturaleza, nada más ocurrir éste, y con objeto de eludir las responsabilidades civiles que pueden dimanar de su conducta en un futuro una vez se celebre el correspondiente proceso penal, tratan de ponerse a cubierto, disminuyendo su patrimonio, y en particular, enajenando aquellos bienes más realizables, como son los caudales, acciones y los bienes inmuebles, para eludir el pago de una hipotética, pero ciertamente probable, responsabilidad civil *ex delicto*.

Participa este tipo delictivo de la naturaleza del tipo básico de alzamientos de bienes, del que no es sino un tipo especial. Así lo expresa la jurisprudencia “nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la mis-

ma pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integradores del delito de alzamiento de bienes”. Sentencia 918/1999. También la Sentencia 532/2003: “el tipo del artículo 258, introducido en el Código Penal de 1995, constituye una insolvencia específica asimilada al alzamiento”. Por ello, se trata de un delito pluriofensivo, que tutela, de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude ni frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Es un delito de riesgo porque no exige la realidad de la lesión.

Los elementos que configuran el tipo objetivo de este delito lo constituyen los siguientes: a) ocurrencia de un hecho delictivo; b) que, con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio; c) que consiga con tal conducta una situación de insolvencia, total o parcial.

Este delito se consuma tan pronto como se llevan a cabo los actos de disposición o se contrajesen obligaciones que disminuyan su patrimonio, sin que sea necesario esperar a la resolución del proceso acerca del enjuiciamiento de ese “hecho delictivo”, que genere la oportuna responsabilidad civil que previamente se ha tratado de burlar con la conducta del autor, siempre que concurren los demás elementos del tipo. Y ello porque este delito participa, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, esto es, se trata de un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado. De modo que basta que el autor prevea que de la comisión de aquel “hecho delictivo” se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consuma, con independencia de cual sea cualquiera que sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél.

Sin perjuicio de reconocer alguna postura doctrinal que exige para la consumación del delito la declaración como delictiva del hecho investigado y respecto del cual ha adop-

tado la persona concernida la ocultación de su patrimonio, es lo cierto que ello no es exigido por la Jurisprudencia.

“... Se ha dicho que el art. 258 Código Penal, introducido *ex novo* por el nuevo texto de 1995 ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación *ex delicto* nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la sentencia en que se declara la responsabilidad —penal y civil—, el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al “responsable” de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados ‘con posterioridad’ a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía....”.

Es doctrina de la STS 739/2001, de 3 de mayo, que no deja lugar a dudas.

Por ello, se concluye en la citada sentencia diciendo que:

“... de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia...”.

La propia sentencia de instancia aborda y responde esta cuestión en el FJ 2 de las páginas 24 y siguientes con doctrina que se comparte totalmente.

Procede la desestimación del motivo.

Sentencia 167/2008, Sala de lo Penal del TS, de 14 de abril de 2008

CONFORMIDAD. RESPONSABILIDAD CIVIL

Arts. 24.1 CE; 786.2.º LE Crim.; 109 a 111 y 116 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

El control judicial realizado sobre la conformidad alcanzada en el proceso conduce, correctamente, a su convalidación únicamente en lo relativo a la responsabilidad penal, pero no a la civil (consistente en la declaración de nulidad de préstamos hipotecarios instrumentados mediante escritura pública). Resulta obligado continuar el juicio en este punto, al haberse alcanzado dicha conformidad sin haber comparecido ni haber sido llamada como parte perjudicada la caja de ahorros, una de las partes en el contrato cuya declaración de nulidad se pretendía.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la representación legal de la parte recurrente, personada como acusación particular en la instancia, se formalizan dos motivos de casación basados en infracción de precepto constitucional. En el primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LE Crim., se estima que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, ha infringido su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que no contiene pronunciamiento alguno relativo a la responsabilidad civil demandada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares en su respectivo escrito de acusación. En el segundo se denuncia, con la misma cobertura jurídica, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al no haber sido llamado a juicio el representante legal de la La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona. Habría sido

una cuestión de equidad convocar formalmente a la representación legal de la entidad bancaria, haciendo posible un pronunciamiento sobre responsabilidad civil, máxime al estar aquélla comparecida inicialmente como responsable civil subsidiaria.

La recurrente —se razona— había interresado, como pretensión civil, la declaración de nulidad de las escrituras de constitución de las hipotecas que habían sido otorgadas ante Notario, sin que la propia Elisa hubiera prestado realmente su consentimiento. El hecho probado describe cómo el acusado —marido de la recurrente— se había valido de una tercera persona, no identificada, para suplantar su identidad e imitar la firma de aquélla. Con ese ardid, logró engañar a los empleados de la entidad bancaria que llevaron a cabo los trámites de concesión del préstamo y al Notario que autorizó la escritura de constitución.

La íntima relación entre ambos motivos, hace posible su tratamiento unitario, anticipando desde ahora que ninguno de ellos puede prosperar.

El verdadero alcance de la impugnación exige tomar en consideración las vicisitudes que acompañaron la celebración del turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 de la LECrim., así como la conformidad prestada por las partes al escrito de conclusiones presentado en ese momento por el Ministerio Fiscal, al que se adhirieron las acusaciones. Tales peripecias aparecen descritas con detalle en los antecedentes de hecho de la resolución combatida, haciendo aconsejable su transcripción literal.

“Primero.—En fecha 12 de julio de 2005 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sant Boi de Llobregat dictó auto, en el marco del procedimiento abreviado seguido en dicho Juzgado bajo el número 9/2003 (dimanante de las Diligencias Previas núm. 979/1999 formadas por el mismo Juzgado), por el que acogiendo lo solicitado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares precitadas, acordaba la apertura del juicio oral contra don Luis Pedro, don Juan Alberto, don Darío, como presuntos autores de un delito de falsificación en documento público y de un delito continuado de estafa y contra la entidad La Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona, como posible responsable civil subsidiaria de los daños o perjuicios que hubieran podido derivarse de los hechos punibles atribuidos a don Juan Alberto y don Darío, empleados de dicha entidad.

Segundo.—En fecha 30 de marzo de 2006 tuvieron entrada en este Tribunal las presentes actuaciones, dictándose en fecha 25 de abril de 2006 auto por el que se admitían las pruebas propuestas por las partes y se señalaba el día de 25 octubre de 2006 para el inicio de las sesiones del juicio oral.

Tercero.—Abierta en el día de la fecha la sesión del juicio oral y antes de iniciarse la práctica de la prueba el Ministerio Fiscal, las acusaciones particulares y la defensa del acusado don Luis Pedro, con la conformi-

dad de este acusado presente, quien asimismo reconoció los hechos que se le imputan, pidieron a este Tribunal que procediera a dictar sentencia de conformidad con el nuevo escrito de acusación presentado por el Ministerio Público, con las modificaciones propuestas en ese momento por el Fiscal y que fueron igualmente aportadas por escrito que se unió al acta de la vista.

En este escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal así modificado, como ya sucedía en las conclusiones provisionales de este Ministerio Público y del Colegio Notarial, no se dirigía acusación contra don Juan Alberto y don Darío, por lo que la adhesión al mismo por parte de la representación de doña Elisa suponía la retirada de la acusación mantenida hasta ese momento por esta acusación particular contra estos dos inculpados.

(...)

En sede de responsabilidad civil el Ministerio Fiscal interesó que se declare en sentencia la nulidad de las escrituras públicas mencionadas en la conclusión primera, debiéndose expedir mandamiento por la Sala a los Registros de la Propiedad correspondientes para la cancelación de las hipotecas inscritas.

Quinto.—Ante las dudas que le surgieron a este Tribunal sobre la posibilidad de convalidar la conformidad planteada por las partes acusadoras y por la parte acusada en lo relativo a la responsabilidad civil que se declaren nulos unos determinados préstamos hipotecarios instrumentados mediante escritura pública en un procedimiento en el que no ha comparecido ni ha sido llamada como parte perjudicada la entidad Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona, que es una de las partes en el contrato cuya declaración de nulidad se pretende, se preguntó expresamente por el Tribunal a la dirección letrada de esta entidad, presente en el juicio en concepto de posible responsabilidad civil subsidiaria si aún no habiendo comparecido la Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona en calidad de posible perjudicada estaría dispuesta, una vez conocidos los términos

de la petición civil, a mostrar su conformidad, a través de su representación procesal, a la pretensión de que se declarara la nulidad de los contratos de préstamo hipotecario en los que dicha entidad es parte, a lo que la dirección letrada de esta entidad no estaba presente en el acto del juicio el Procurador que representa a La Caixa contestó anticipando la negativa de esta representación y añadiendo que desde el momento en que se había retirado la acusación contra los dos empleados de 'La Caixa' de los que dimanaba su posible responsabilidad civil subsidiaria, esta representación se consideraba apartada del juicio.

Sexto.—A la vista de esta contestación la Sala concedió un turno de intervención a las partes para que se pronunciaran sobre la posibilidad de declarar en sentencia la nulidad de los préstamos hipotecarios sin la presencia en el juicio de una de las partes de dicho contrato, pronunciándose éstas a favor de esta posibilidad.

(...)

Octavo.—Como quiera que, pese a las alegaciones realizadas por las partes, subsistieron en este Tribunal las dudas sobre la procedencia, la corrección procesal y la licitud constitucional de esta pretensión, desde la perspectiva del derecho fundamental de la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, este Tribunal acordó convalidar la conformidad alcanzada únicamente en lo relativo a las pretensiones punitivas y ordenó continuar el juicio en lo relativo a la pretensión civil.

Noveno.—Practicada la prueba consistente en la declaración testifical de doña Elisa y en la prueba documental, las partes informaron por su turno reiterando su opinión favorable a la posibilidad de declarar en el presente procedimiento penal la nulidad de los préstamos hipotecarios otorgados en fecha 9 de diciembre de 1996 y 3 de enero de 1998 aun sin la presencia de la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.”

La minuciosa descripción de esos antecedentes, pone de manifiesto que la alegación acerca de una posible infracción constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, carece de fundamento.

En principio, no existe obstáculo jurídico alguno para la declaración de nulidad, en el mismo proceso penal, de aquellos negocios jurídicos que sirven de falsa cobertura para la obtención de un lucro económico a costa de un tercero. Esta Sala ha afirmado de forma reiterada, básicamente en relación con la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, que en esta clase de infracciones penales la reparación civil no se produce ordinariamente a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa (artículos 109 a 111 del Código Penal) que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos. Y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, como ocurre en el caso presente, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio. Ahora bien, para que tal declaración pueda hacerse en la sentencia penal —razona la STS 745/2006, de 7 de julio—, es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil.

Uno de tales principios es el respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el correspondiente proceso, elevado a la categoría de derecho fundamental de la persona por lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Una aplicación concreta de esta norma fundamental es lo que en el proceso civil se conoce con el nombre de litis consorcio pasivo necesario, que existe cuando varias personas se encuentran ligadas a una relación jurídica de forma tan próxima e indisoluble que cualquier resolución judicial dictada contra una forzosamente ha de afectar a

la otra u otras o, como dice el actual art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados”. Y por ello, para que en tales supuestos quede correctamente constituida la relación jurídica procesal, es obligado llamar al litigio a todas esas personas conjuntamente, de modo que todas y cada una de ellas puedan actuar como partes en el procedimiento. Si no se cumple esta norma, hay que apreciar, incluso de oficio, la existencia de este defecto procesal y dictar sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a resolver el fondo del pleito.

Este planteamiento es aplicable a los supuestos de proceso penal por delito de alzamiento de bienes cuando éste se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad del mismo. Si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso, porque contra todas ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando sólo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles (artículo 116 del Código Penal).

Tal idea ha sido reiterada en otras muchas resoluciones de esta misma Sala, de las que las SSTs 238/2001, de 19 de febrero, 1013/1999, de 22 de junio y 1263/1998, de 21 de octubre, son elocuente ejemplo.

En el caso que es objeto de análisis, la Sala de instancia, en un difícil equilibrio entre su función fiscalizadora de la conformidad alcanzada por las partes y su necesario estatuto de tercero imparcial en la contienda que alimenta el objeto del proceso, agotó cuantas posibilidades estuvieron a su alcance para evitar los efectos que ahora pretenden neutralizarse con el presente motivo.

Es entendible que la LECrim. arbitre un cuadro jurídico llamado a servir de garantía

para la comprobación de la concurrencia de los presupuestos que legitiman la adhesión del acusado a la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal (art. 787.1 y 2). También lo es que la propia ley fije un expediente de desvinculación del órgano decisorio respecto de aquellas conformidades que considere incorrectas (art. 787.3) o que afecten a medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad criminal (art. 787.5).

El sentido de tales mecanismos procesales de fiscalización es perfectamente congruente con la necesidad de poner límites a una condena penal que no encuentra otra forma de legitimación que el allanamiento del acusado a la petición de pena que contra él se formula. Es lógico, pues, el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialogal del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y descargo ofrecidos por las partes.

Pues bien, la Audiencia Provincial de Barcelona, obligada a aceptar la ausencia de la entidad La Caixa de Pensions i Estalvis, por exigencias del principio de rogación que informa el ejercicio de las acciones civiles —también en el proceso penal—, argumenta en el FJ 2.º de la resolución de instancia, que la pretendida declaración de nulidad del negocio jurídico hipotecario que sirvió de cauce formal al acusado para la obtención de su beneficio, no puede llevarse a cabo sin la presencia en juicio de una de las partes de ese negocio, a saber, la entidad bancaria frente a la que, en el escrito de conclusiones sobre el que se asentó la conformidad, no se dirigió acción civil de ninguna clase. Con ese razonamiento, el órgano decisorio no hizo sino acoger la línea jurisprudencial de esta misma Sala que, por elementales exigencias del principio de contradicción y del derecho de defensa, viene exigiendo la pre-

sencia en juicio de todas las partes que pueden verse afectadas por la declaración de nulidad.

En nuestras SSTs 795/2007, de 3 de octubre y 997/2007, de 21 de noviembre, recordábamos que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede identificarse con el derecho a tener razón y a que esa pretendida razón sea reconocida por el Tribunal. Desde la perspectiva del supuesto de hecho sometido a nuestro conocimiento, interesa destacar, no tanto el contenido del derecho del art. 24.1 de la CE como derecho de acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio; 37/1993, de 8 de febrero; 108/1993, de 25 de marzo; 217/1994, de 18 de julio), cuanto su manifestación de derecho a una resolución de fondo debidamente motivada. La STC 91/2004, de 19 de mayo, se ha referido al canon de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva, que exige que la decisión sea la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, esto es, ha de comprobarse que la resolución judicial exterioriza los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, siendo importante no olvidar que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación, pues, ya que el art. 24.1 de la CE garantiza la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, cuando la aplicación judicial de legalidad fuese arbitraria o manifiestamente irrazonable, o bien patentemente errónea, no estaríamos en tales supuestos, sino ante una mera apariencia de aplicación de la legalidad.

En definitiva, como con todo acierto apunta el Fiscal en su escrito de impugnación, no puede hablarse, en el terreno estrictamente procesal, de incongruencia omisiva porque la petición está resuelta. La Sala, por las razones que explica, omite el pronunciamiento que se le reclamaba sobre responsabilidad civil. Se ha dado respuesta: no entra a analizar el fondo porque hay un impedimento procesal que lo veda, la ausencia como parte de una entidad que se vería afectada por esa declaración de nulidad que se pedía.

Más allá de la astucia de unos y la dejación de otros, lo cierto es que la posibilidad de la perjudicada, Elisa de oponerse, en su caso, a la acción hipotecaria que pudiera ejercer en su contra la entidad bancaria, aparece claramente amparada por el art. 697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que autoriza la suspensión de la ejecución en los casos de existencia de una causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución (cfr. art. 569.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). Y está fuera de dudas que los hechos probados que proclama la sentencia de instancia despejan cualquier incógnita acerca de la invalidez estructural, al menos para la perjudicada, de los negocios hipotecarios otorgados por el acusado y en los que la identidad de Elisa fue suplantada falsariamente. Afirmada en el juicio histórico la concurrencia de las razones que determinan la nulidad de aquellos contratos de garantía —arts. 1261.1 y 3, 1262, 1275 y 1300 del Código Civil—, la falta de un pronunciamiento expreso de anulación, está ligada, no a razones sustantivas, sino de carácter estrictamente procesal.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo por su falta de fundamento.

Sentencia 180/2008, Sala de lo Penal del TS, de 24 de abril de 2008

ESTAFA DE ESPECIAL GRAVEDAD

Art. 250.1.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Se recuerdan los criterios jurisprudenciales en orden a la apreciación de la modalidad agravada de estafa que atiende a su “especial gravedad”, prevista en el número 6.º del artículo 250.1 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo—1. En el motivo 4.º de este recurso de María Inés, por la misma vía del art. 849.1.º de la LECrim., se vuelve a alegar infracción de ley, ahora referida a aplicación indebida del art. 250.1.6.º del CP que castiga como delito agravado de estafa, entre otros, aquel caso 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”.

2. No ha de aplicarse esta norma, que prevé una agravación de la pena, más allá de lo que cabe deducir de su propio texto, so pena de incurrir en una aplicación analógica perjudicial al reo, prohibida por el principio de legalidad que ha adquirido rango de derecho fundamental por lo dispuesto en el art. 25.1 de la CE, tal y como es entendido por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 77/1983, 75/1984, 159/1986 y 61/1990, entre otras muchas) que se funda a su vez en el principio de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) del art. 9.3 (SS. 101/1988 y 93/1991, entre otras).

Conforme a lo que esta norma penal nos dice, y razonando de modo semejante a como lo hizo esta sala constituida en pleno en Sentencia de 29 de julio de 1998 (caso Marey) a propósito de una norma de contextura similar a este art. 250.1.6.º, la del inciso 1.º del art. 432.2 del mismo CP, podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la “especial gravedad” del hecho, una sola cualificación, para cuya determinación la ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1.º El valor de la defraudación.

2.º La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. de 12 de febrero de 2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1.º Es decir, en realidad este criterio 2.º no es un criterio más a añadir al 1.º

3.º La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Repetimos: nos hallamos ante un una sola agravación específica definida por revestir el hecho “especial gravedad” y para conocer si en el caso existe tal “especial grave-

dad” el legislador nos señala tres criterios (en realidad sólo dos como acabamos de decir).

Vamos a distinguir dos casos.

A) Desde luego, si la cantidad defraudada es por sí sola importante, nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de “especial gravedad”. Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el n.º 7.º del art. 529 del CP de 1973 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26 de abril de 1991, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (SS. de 16 de septiembre de 1991, 25 de marzo de 1992 y 23 de diciembre 1992, y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas “especial gravedad”. Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resoluciones (SS. de 23 de julio de 1998, 9 de julio de 1999, 12 de febrero de 2000, 7 de diciembre de 2000, 22 de febrero de 2001 y 14 de diciembre de 2001) que, en ocasiones, ha interpretado esta norma (250.1.6.º) en relación con la del art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la con-

junción copulativa “y” en el art. 250.1.6.º, en contraposición a la disyuntiva “o” del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se hubiera dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción “y” o con la “o” la agravación es única: la “especial gravedad” a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar.

Repetimos: una cantidad por sí sola importante —puede ser la de treinta y seis mil euros antes referida— por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

B) Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia, como lo hizo la Sentencia de esta sala de 14 de diciembre de 1998 en que la perjudicada era una pensionista y la cuantía de la estafa ascendió a 1.707.000 pesetas. Como dice esta última resolución, la redacción actual de este art. 250.1.6.º “ha introducido de alguna manera elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del art. 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva”. Véase también la Sentencia de esta misma sala de 4 de octubre de 2000 que tuvo en cuenta la situación económica en que quedaron las víctimas, personas en paro que entregaron todos sus ahorros al autor del delito, aunque en este caso la cuantía de lo defraudado, superior a los treinta millones de pesetas, habría sido bastante, por sí sola, para aplicar la norma aquí examinada.

Sentencia 199/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de abril de 2008

ESTAFA CONTINUADA

Arts. 74 y 250.1.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Vuelve la sentencia sobre el debatido problema de la interpretación que deba darse a la circunstancia agravante de la “especial gravedad” de la defraudación en el delito de estafa y su compatibilidad con la apreciación de un delito continuado, aplicando, en relación a esto último, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 (recogido en el número 23 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

II. El tercero de los motivos formalizados por la representación legal de Jesús, denuncia infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 74, 392, 390.1 y 2 y arts. 77.2, en relación con los arts. 248 y 250.1.6.º del CP. Estima el recurrente que no es de aplicación el subtipo agravado de la estafa, previsto en el art. 250.1.6.º del CP, debiendo sancionarse los hechos como integrantes del tipo básico castigado en los arts. 248 y 249 del CP.

El cuarto de los motivos, también formalizado por la vía del art. 849.1 de la LECrim., denuncia aplicación indebida de los mismos preceptos, pero desde la perspectiva del error en la determinación de la pena.

Es, pues, aconsejable su tratamiento sistemático conjunto.

En el desarrollo del tercero de los motivos, con elogiable precisión argumental, la defensa estima que el criterio del Tribunal

de instancia, que aplica el tipo agravado del delito de estafa al estimar que el importe total de la agravación supera los dos millones de pesetas, no puede ser aceptado. De una parte, por cuanto que ese importe, fijado en el Pleno no Jurisdiccional de 16 de abril de 1991, fue elevado a la suma de seis millones —36.000 euros—. Además, añade el recurrente, yerra el Tribunal *a quo* al adicionar las distintas apropiaciones, ya que no es posible considerar el montante total de las defraudaciones como presupuesto de continuidad delictiva y, a la vez, como condición para apreciar la especial gravedad sancionada en el art. 250.1.6.º del CP. Ninguna de las cuantías defraudadas —se razona— supera por sí sola la cantidad de seis millones de pesetas, ni siquiera la de dos millones. Al margen de lo anterior, la aplicación del tipo agravado exigiría la concurrencia del otro elemento que incorpora el mismo, a saber, la entidad del perjuicio y la situación económica en que el hecho haya dejado a la víctima. En el presente caso, estamos en presencia de entidades mercantiles que no experimentaron un perjuicio singular atribuible a la acción del recurrente.

Excluida la agravación prevista en el mencionado art. 250.1.6.^º del CP —sigue razonando el recurrente—, se estaría en el caso de sancionar los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa del tipo básico de los arts. 248 y 249 del CP. Además, de acuerdo con el catálogo de penas resultante de la reforma operada por la LO 15/2003, de 15 de noviembre, la pena prevista para el delito falsario —6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses— es más grave que la establecida para el delito de estafa —6 meses a 3 años de prisión—. En consecuencia, conforme a la regla prevista en el art. 77 del CP, que obliga a sancionar con arreglo a la pena dispuesta para el delito más grave, que será impuesta en su mitad superior, la Sala debió imponer, atendiendo a la agravante de reincidencia que afecta al recurrente, una pena de 2 años, 4 meses y 15 días de prisión y una multa de 6 meses. Procede —conforme al razonamiento de la defensa— dejar sin efecto la pena impuesta en la sentencia recurrida.

Son varias las cuestiones suscitadas por el recurrente. La primera de ellas, está referida al tope cuantitativo para la apreciación de la estafa agravada del art. 250.1.6.^º del CP. La segunda, el carácter acumulativo o alternativo de los elementos sobre los que ese precepto construye la agravación. En último término, la relación entre el delito continuado de estafa (art. 74) y la aplicación del subtipo agravado (art. 250.1.6.^º).

Respecto de la primera de las cuestiones, es cierto que el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 26 de abril de 1991, fijó en dos millones de pesetas el umbral cuantitativo de referencia para la aplicación de la agravación ordinaria y de 6 millones para la muy cualificada. También lo es que algunas sentencias han optado por un criterio objetivo y temporal que atiende al valor de las cosas al tiempo de cometerse la defraudación (STS 1182/1998, 13 de octubre). Sin embargo, en la actualidad, existe unanimidad para estimar que la fijación de aquel importe no era ajena al tratamiento

punitivo que los arts. 528 y 529.7 del CP previgente construían a partir de la diferencia entre una agravación ordinaria y una agravación muy cualificada. De ahí que, a raíz del CP de 1995 la cantidad de 36.000 euros —seis millones de pesetas— se convierte en el parámetro cuantitativo obligado para ponderar la concurrencia de la agravación (SSTS 997/2007, de 26 de noviembre, 546/2007, de 25 de junio, 276/2005, de 2 de marzo, 356/2005, de 21 de marzo, y 928/2005, de 11 de julio). En consecuencia, habiendo doblado el total de la cantidad defraudada por Jesús aquella referencia cuantitativa, no erró el Tribunal, pese a la imprecisión de su razonamiento, al aplicar el tipo agravado previsto en el art. 250.1.6.^º del CP.

Por lo que afecta a la controversia acerca de si es suficiente la superación del módulo cuantitativo o, por el contrario, el perjuicio sufrido ha de colocar a la víctima en una grave situación económica, tal y como parece desprenderse del art. 250.1.6.^º del CP, tiene razón el recurrente cuando menciona la existencia de algún precedente —no el único— que demuestra la falta de uniformidad en esta materia. La STS 547/2005, de 6 de mayo, rechazó la interpretación que libera de la concurrencia acumulativa de las tres situaciones que el art. 250.1.6.^º del CP describe. En primer término —razona— porque, dada la meridiana claridad con que se expresa el enunciado legal, sólo cabe estar a lo que literalmente dice. En segundo lugar, porque criterios como el valor de lo defraudado y la entidad del perjuicio, individualmente considerados, ya se toman en cuenta en el art. 249.2 del CP para la individualización de la pena en la aplicación del tipo básico. De ahí que resulte lo más racional reservar la agravación específica para los supuestos en que se diera la concurrencia simultánea de los tres factores objeto de enumeración. Esto es, para los casos en los que las consecuencias negativas de la acción inculparable revistan una especial intensidad. Y, en una última consideración, porque la lectura del precepto que hace la resolu-

ción recurrida es tanto como una reescritura del mismo, en otra clave que la que el propio texto sugiere de manera inmediata. Una clave que, además, implica la ampliación analógica contra reo de su radio de acción.

Sin embargo, las SSTs núm. 228/2004, de 23 de febrero, y 835/2003, de 10 de junio, se hacen eco de la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del subtipo agravado previsto en el art. 250.1.6.º del CP, negando la necesidad, a efectos de afirmar el juicio de tipicidad, de una concurrencia acumulativa de las tres situaciones que ese mismo precepto describe, a saber, valor de la defraudación, entidad del perjuicio y situación económica en que se deje a la víctima y a su familia. Así, si bien es cierto que ese artículo del Código emplea en su redacción una conjunción copulativa y no disyuntiva, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 235 relativo al hurto, la verdad es que para la interpretación del 250.1.6.º no nos podemos detener en la simple interpretación literal o gramatical del mismo, pues de ser así, y entre otras consecuencias, se produciría el absurdo de que cuando el sujeto pasivo de los delitos de estafa o de apropiación indebida fuera una entidad de gran poder económico, nunca podría aplicarse esta agravación específica porque prácticamente nunca podría hablarse de que la acción delictiva ha dejado a la víctima en una grave situación económica. Por eso la hermenéutica a emplear en estos supuestos ha de partir de una interpretación lógica y finalista del precepto y en este sentido la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 2000 nos indica que basta la producción de uno solo de los resultados que la norma contempla para que surja el tipo agravado, ya que: a) parece lógico entender que el apartado 6.º del artículo 250, relativo a la estafa y a la apropiación indebida, debe ser interpretado a la luz del 235 relativo al hurto, ya que es difícil entender los motivos que pudo tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. b) Porque ese diverso tratamiento privile-

giaría a los culpables de delitos como la estafa o la apropiación indebida que, en sus tipos base, están castigados con mayor severidad que el delito de hurto. El ATS 1646/2006, de 6 de julio, recuerda que la existencia de una sola de las circunstancias previstas en el precepto, art. 250.1.6.º del CP (especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deja a la víctima), permite apreciar la agravación. En idéntica línea y confirmando lo que puede reputarse una jurisprudencia mayoritaria, son también de obligada cita la STS 615/2005, de 12 de mayo, y las que en ella se mencionan.

En consecuencia, tampoco se equivocó la Sala cuando estimó concurrente el art. 250.1.6.º sin necesidad de constatar la producción de un relevante padecimiento económico a la víctima o a su familia.

Queda, pues, por analizar si la fórmula empleada por el Tribunal de instancia para resolver la continuidad delictiva es o no correcta.

Como recordábamos en nuestras SSTs 997/2007, de 21 de noviembre, y 564/2007, de 25 de junio, muchas son las cuestiones que suscita la aplicación del delito continuado en aquellos supuestos en los que concurre con la agravación prevista en el art. 250.1.6.º del CP. La compatibilidad entre la aplicación de ese subtipo agravado y el delito continuado, ha sido uno de los temas objeto de análisis y tratamiento *in extenso* por la jurisprudencia de esta misma Sala (cfr., entre otras, SSTs 700/2006, de 27 de junio, 760/2003, de 23 de mayo, 1628/2003, de 2 de diciembre, 1646/2006, de 6 de julio y 482/2000, de 21 de marzo). La preocupación por evitar cualquier asomo de doble incriminación de un mismo hecho, en este caso, duplicidad valorativa de la cuantía defraudada, late en el contenido del acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el 30 de octubre de 2007. En él se proclamó lo siguiente: “el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena.

Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración”.

Con ello se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP a una singular forma de delito continuado, a saber, aquel del que puede predicarse su naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 del CP, ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (cfr. SSTs 760/2003, de 23 de mayo, 771/2000, de 9 de mayo, 350/2002, de 25 de febrero, 155/2004, de 9 de febrero, 1256/2004, de 10 de diciembre y 678/2006, de 7 de junio). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 del CP encerraría una norma especial, que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 del mismo CP.

Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio, ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 del CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado, se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual, el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito

patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 del CP.

Es lógico que esa afirmación general deba ser matizada, con el fin de impedir que su aplicación conduzca, en determinados supuestos que ofrece la práctica, a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, quedaría excluida la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP en aquellos casos en los que varias acciones, por sí solas constitutivas de un delito de desapoderamiento, susceptibles de ser integradas en la continuidad delictiva, superaran la referencia cuantitativa de 36.000 euros, determinando la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6 del CP. En tales casos, el órgano decisorio debería imponer una pena que oscilara entre 1 y 6 años de prisión, sin aplicar el efecto agravatorio previsto con carácter general en el art. 74.1 del CP.

En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación —faltas de estafas o apropiación indebida que se convierten en delito continuado o delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado—. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 del CP, implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de *bis in idem*, infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor.

En el presente caso, como puede apreciarse, el Tribunal de instancia, no incurrió en la proscrita doble incriminación de una misma conducta. Más allá de las dudas que pueda arrojar la calificación jurídica de los hechos como integrantes de un único delito continuado de falsedad en documento mercantil —cuestión ahora no modificable en perjuicio del reo—, lo cierto es que la interpretación combinada de los FFJJ 6.º y 12.º, evidencian que la Sala tomó en consideración, en aplicación de los arts. 74 y 77 del

CP, el arco punitivo que va entre los 3 años y 6 meses a 6 años de prisión, esto es, la pena correspondiente al delito más grave (el delito continuado de estafa, sancionado con pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) en su mitad superior. Una vez ahí, por aplicación de la agravante de reincidencia, estimó que había de imponer la pena correspondiente, también en su mitad supe-

rior, esto es, 4 años y 9 meses de prisión y multa de 10 meses con una cuota de 6 euros (art. 66.1.3.^a del CP).

En consecuencia, no se advierte error alguno ni en el proceso de subsunción jurídica ni en el de la determinación de la pena aplicable, obligando a la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 de la LECrim.).

Sentencia 209/2008, Sala de lo Penal del TS, de 28 de abril de 2008

PRUEBA PERICIAL: IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR Y SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL

Arts. 24.2 CE; 708 y 729.2.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Se desestima por la Sala la cuestionada imparcialidad del Tribunal por haber suspendido el juicio oral de oficio para procurar la práctica de la prueba pericial ante la incomparecencia de perito y, posteriormente, por la preguntas que una vez comparecido y en el juicio oral le formuló el Presidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

II. La invocada quiebra del principio acusatorio se habría producido, a juicio del recurrente, por la parcialidad que puso de manifiesto el Presidente del Tribunal durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral, singularmente, en el interrogatorio al perito llamado a dictaminar sobre la adicción padecida por Jesús María. El Presidente tomó parte y asumió funciones reservadas a la acusación. Su entonación y algunos de los comentarios deslizados durante el interrogatorio —extractados por el recurrente y que constan en el CD en el que fue grabado

el juicio— serían expresivos de una absoluta falta de imparcialidad.

El motivo no puede prosperar.

La facultad del Presidente del Tribunal de formular preguntas a los testigos que comparecen en el acto del juicio oral está expresamente aceptada por el art. 708, párrafo 2, de la LECrim. En él se dispone que “el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”. Este precepto, limitado en su literalidad a las preguntas formuladas a los testigos —no a los peritos— encierra, sin embargo, las claves para resol-

ver las quejas acerca de la quiebra de la imparcialidad que el recurrente atribuye a quien dirigía los debates. Los arts. 723 a 725 de la LECrim., en los que se define el régimen jurídico de la prueba pericial en el acto del juicio oral, no contienen una mención expresa a las facultades que el art. 708 reconoce al Presidente. Incluso, el inciso final del art. 724 parece sugerir la limitación del interrogatorio, con carácter exclusivo, a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan. No rige el mismo criterio cuando la ley procesal se ocupa de regular el informe pericial, no como prueba, sino como diligencia de investigación a practicar durante la fase de instrucción. En él se establece que “el Juez podrá, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias”.

Es más que probable que la necesidad de modular el significado del principio acusatorio en las distintas fases del procedimiento penal, explique esa diversidad de tratamiento. Sea como fuere, carecería de sentido incluir entre las notas definitorias de nuestro sistema el silencio del órgano decisorio, su resignada abstención, en el momento en el que el experto llamado a esclarecer sus dudas sobre una determinada ciencia está exponiendo su informe. Se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación —lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad— y la de aquel que sólo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba pericial y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de indelegable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna.

Así entendida la legitimidad de esas preguntas complementarias, orientadas a esclarecer la declaración de los testigos —en nuestro caso, el informe pericial—, la entonación a la que alude el recurrente adquiere un carácter no principal. Ni de las frases entrecuilladas por el recurrente ni de la audición del CD en el que se contiene la grabación del juicio, se desprende que tales preguntas vulneraran el estatuto funcional del órgano decisorio.

(...)

IV. El recurrente también detecta vulneración del estatuto de imparcialidad del órgano decisorio en el hecho de que la Sala acordara la suspensión del juicio oral para la práctica de la prueba pericial ante la incomparencia de la perito.

No tiene razón el recurrente.

Esa prueba había sido propuesta por el Ministerio Fiscal. El examen del CD y las alegaciones del recurrente evidencian que, por más que la acusación pública alegara inicialmente que no consideraba necesaria la suspensión del juicio, no existió una renuncia formal a la práctica de la prueba. Cuando el Tribunal acuerda, previa deliberación, la suspensión del juicio para la citación del perito, no menoscabó, desde luego, su estatuto de imparcialidad. De una parte, por cuanto que esa propuesta probatoria seguía vigente; de otra, porque, aun en el caso de que tuviéramos que entender que la petición de la prueba pericial ya no era asumida por el Ministerio Fiscal, el art. 729.2 de la LECrim. autoriza al Tribunal a acordar la práctica de “... las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”.

La facultad que concede al Tribunal el art. 729 de la LECrim., matiza el alcance general de la afirmación del art. 728, con arreglo al cual, en el acto del juicio oral no podrán practicarse otras diligencias de prueba que no sean las propuestas por las partes,

ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. En el art. 728 se fija un criterio de ordenación del procedimiento encaminado a preservar los principios de contradicción y defensa, salvaguardando elementales exigencias de lealtad procesal que quedarían quebrantadas por la aportación sorpresiva de nuevos elementos de prueba. En el art. 729 se modula el significado del principio de preclusión procesal, cuando mira a la aportación probatoria en el proceso penal. Así lo impone la naturaleza de sus principios informadores, frente al proceso civil. Tampoco es ajeno el contenido del art. 729 a la necesidad de asegurar la imparcialidad del órgano decisorio. Un Tribunal que, al amparo de aquel precepto, supliera con su iniciativa la falta de actividad probatoria de las partes, relevando a éstas de la carga probatoria, comprometería de forma irremediable su imparcialidad.

La validez constitucional de la iniciativa del art. 729 de la LECrim. ha sido avalada por el TEDH —Sentencia 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo—, habiendo recordado esta misma Sala, en su STS 599/1994, de 21 de marzo, que el número 2 del art. 729 de la LECrim. encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un Tribunal imparcial. La STS 918/2004, de 16 de julio, puntualizaba que el art. 729.2.º y 3.º de la LECrim., como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim. vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de justicia. Para la doctri-

na actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala —como recordaban las Sentencias 1186/2000, de 28 de junio y 328/2001, de 6 de marzo— ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECrim. puede ser considerada como “prueba sobre la prueba”, que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECrim., por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la Sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729.2.º de la LECrim. Entre otras, Sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/93, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1994, de 23 de septiembre de 1995, de 4 de noviembre de 1996, de 27 de abril y de 11 de noviembre de 1998, de 7 de abril y de 15 de mayo de 1999). Esa diligencia de prueba, por propia determinación legal, debe circunscribirse a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo.

En suma, no existió la pretendida vulneración del principio acusatorio en su manifestación de pérdida de imparcialidad por parte del órgano decisorio. Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 de la LECrim.).

Sentencia 168/2008, Sala de lo Penal del TS, de 29 de abril de 2008

LESIONES PRETERINTENCIONALES

Arts. 77, 147 y 152 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Se acude a la solución del concurso ideal de delitos (artículo 77 del Código Penal), entre lesiones dolosas (tipo básico del artículo 147 del Código Penal) y lesiones imprudentes en lo que se refiere al exceso (artículo 152.1.2.^º), en un supuesto de puñetazo en el rostro que causa pérdida de la visión de un ojo. La Sala de instancia había condenado por lesiones graves del artículo 149 a título de dolo eventual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—El motivo segundo por vulneración de precepto penal sustantivo, citando como normas infringidas los arts. 147, 149, 617.2, 621.3, 152.1.2.^º y 114 del CP por cuanto resulta evidente que no concurre en la conducta realizada por el acusado que se limitó a la acción de usar las manos o manotear contra otra persona en una pelea o forcejeo, el dolo exigido en el art. 149 para poder concluir que es autor del delito de lesiones, al no ser admisible un delito cualificado por el resultado y no bastar el dolo genérico o indeterminado de lesionar, y en el supuesto de autos no nos encontramos ante una conducta de agresión con fuerza mediante golpes o puñetazos sobre el rostro, por lo que no puede concluirse que se genere para el autor una conciencia clara y evidente de producir una lesión importante en el ojo, al ser en el seno del forcejeo, provocado por la víctima, en el que ésta presuntamente se produjo la lesión, es evidente que el resultado producido no era probable que por la situación de peligro o de riesgo generado por el acusado se pudiera producir, lo

que excluiría el dolo eventual, e igualmente desde el criterio de la imputación objetiva el resultado producido no es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) cuando por la acción, ya que la acción dolosa enjuiciada, dar manotazos —era absolutamente inidónea para poder originar el resultado producido, ello nos situaría en el ámbito de lo que la doctrina y jurisprudencia denomina preterintencionalidad, supuestos de disociación entre el dolo inicial y el resultado efectivamente producido, cuya sanción punitiva respetuosa con el principio de culpabilidad, es sancionar a título de dolo sólo hasta donde la intención alcance, y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible, en concurso ideal.

Por ello considera el recurrente que su acción dolosa inicial, agarrarse, manotear, zarandear, queda integrada en la falta de maltrato de obra, del art. 617.2 del CP, y a su vez por el resultado efectivamente producido pero no amparado por el dolo concurrente en aquella inicial conducta, estaría comprendida en la falta de imprudencia leve del

art. 621.3 del CP o alternatively en la imprudencia grave del art. 152.1.3.º del CP.

Por último, ante la ausencia de todo tipo de dolo, los hechos podrían ser constitutivos del tipo de imprudencia del art. 152 del CP.

El motivo, aun cuando parte de una premisa fáctica no amparada en los hechos probados, cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 de la LECrim., dado que la conducta del recurrente no consistió en un nuevo forcejeo o manotazo, sino que al menos “propinó” a Gaspar un golpe con el puño que le ocasionó una herida en el ojo, debe ser parcialmente estimado.

Ciertamente la doctrina de esta Sala (SS. de 3 de marzo de 2005, de 8 de marzo de 2002, de 3 de octubre de 2001) ha calificado el ojo como un órgano principal y también incluye en el concepto de inutilidad “la pérdida de eficacia funcional”, que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial (STS de 5 de marzo de 1993), supuestos en que estaría comprendido el resultado producido en el caso presente.

Igualmente es cierto que como ha dicho esta Sala, S. de 20 de septiembre de 2005, la suspensión por el legislador de la expresión “de propósito” que figuraba en los arts. 418 y 419 del CP de 1973, sustituida en los arts. 149 y 150 del CP de 1995, por la más genérica “causare a otro” ha suscitado el consenso doctrinal y jurisprudencial (SSTS 316/1999, de 5 de marzo, 1160/2000, de 30 de junio, 1564/2001, de 2 de mayo, 2143/2001, de 14 de noviembre, 876/2003, de 31 de octubre), en el sentido de que el nuevo Código Penal no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual, bien entendido que al no ser admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, no basta para la aplicación de estos preceptos un dolo genérico o indeterminado de lesionar, sino que es necesario que concurra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación.

No podemos olvidar que el delito previsto en el art. 149 del CP —causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal— es como todos los incluidos en el Título III del Libro II del CP, un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo de la acción, de manera que dicha relación forma parte del tipo. En la definición legal del delito de lesiones la pertenencia al tipo de la relación de causalidad está tan gráficamente expresada que la acción típica es la de “causar”.

No toda relación de causalidad entre una acción y un resultado es suficiente para que quede integrado el tipo. La doctrina científica y jurisprudencial han establecido mecanismo correctores. Esta funcionalidad correctora tienen en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva, teoría esta última que está también detrás del criterio adoptado por la jurisprudencia de la llamada preterintencionalidad, y que permite calificar los hechos en concurso ideal entre el hecho doloso y el imprudente en casos en los que el autor crea un riesgo doloso y otro imprudente, y cada uno de ellos se realiza en un resultado diferente, que es el imputado. Línea jurisprudencial expresada en la STS 887/2006, de 25 de septiembre, que casa la sentencia de instancia afirmando que el resultado más grave producido no era imputable al riesgo doloso creado por el autor. Ausencia de dolo respecto de éste que no puede subsumirse en el riesgo imprudente, dado que existe una conducta previa dolosa que debería castigarse por separado.

En el caso actual la sentencia de instancia parte de la afirmación de que existió dolo eventual. Tiene razón, pues no hay duda que lanzar un puñetazo a una zona corporal tan vulnerable como un ojo, en términos de experiencia, había de contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia. Ahora bien, otra cosa es decir que el producido, en toda

su notable gravedad —ceguera por pérdida total de la visión en el ojo— hubiera sido abarcado por tal previsión o que fuera objetivamente imputable a la situación de peligro creada, o sea que el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro. Si no lo fue, el exceso, esto es la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, aunque mereciera el calificativo de consciente o imprudencia grave, concurriendo, por tanto en esta hipótesis, un delito o falta doloso de lesiones con otro causado por imprudencia. Primeramente éste de mayor ajuste y proporcionalidad en la culpabilidad al ocasionarse una lesión desproporcionada a las usuales previsiones de cualquier sujeto y con el riesgo creado por la acción.

Siendo así lo correcto sería estimar que ese traumatismo en el ojo e incluso la necesidad de la primera intervención quirúrgica, pudo estar previsto por el acusado por dolo eventual, lo que haría aplicable el tipo básico del delito de lesiones, art. 147 del CP y el exceso constituido por la pérdida de visión total en el ojo, hallaría forzoso encaje en la previsión del art. 151.1.2.º del CP, estando uno y otro en la relación que establece el art. 77 del CP.

Séptimo.—No resulta adecuada la subsunción pretendida por el recurrente en el apartado 3.º del art. 621 del CP, que sanciona como falta a “los que por imprudencia leve causaren lesiones constitutivas de delito....”.

En efecto, como ya expresábamos en nuestra Sentencia 2161/2002, de 23 de diciembre, con cita entre otras muchas en la de 18 de septiembre de 2001, las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituidas por los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente adverti-

do; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta.

Mientras que en la infracción de la norma de cuidado se contiene el desvalor de la acción, es en la resultancia de la acción imprudente donde reside el desvalor del resultado. Desvaloración que en uno y otro caso admite gradaciones y niveles de los que depende la distinción entre el delito y la falta. En efecto en el delito de imprudencia con resultado de muerte (art. 142.1.º del CP) es necesario que la imprudencia sea grave, convirtiéndose en la falta del artículo 621.2.º del Código Penal cuando la imprudencia es leve. En el caso de las lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621.3), como también se rebaja a la categoría de falta de lesiones la causada por imprudencia grave, cuando el resultado lesivo es el previsto en el apartado 2 del artículo 147, es decir cuando sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido.

La reducción a la categoría de falta exige, pues, una menor desvaloración de la acción, apreciable en los casos de levedad en la imprudencia, o bien una menor desvaloración del resultado, aun en imprudencias graves, lo que es de apreciar —excluido obviamente el resultado de muerte— en las lesiones atenuadas del artículo 147.2.º del Código Penal. En el caso, la gravedad del resultado es evidente. En cuanto a la acción que lo produce, no podemos compartir el aserto del recurrente de la levedad de la imprudencia, puesto que el hecho de agredir a una persona, propinándole un golpe en la zona del rostro donde se encuentra un elemento corporal tan vulnerable y esencial como son los ojos, revela la patente infracción del deber de cuidado y cautela exigible ante un peligro tan notorio como los hechos acaecidos confirmaron, que no permiten calificar de

leve o ligera la infracción de ese factor normativo externo que impone un comportamiento cuidadoso y prudente que demanda la experiencia y que debe ser adoptado en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales (véase STS de 1 de diciembre de 2000).

Como dice la STS 649/2002, de 12 de abril, la previsibilidad, propia del delito imprudente (elemento intelectual) debe considerarse en su aspecto objetivo o *ex ante*, como posibilidad abstracta de advertir las consecuencias de la acción o conducta infractora de las normas objetivas (y subjetivas) de cuidado.

El sujeto activo puede ni siquiera interesarse por las normas de cuidado y desconocer lo que la mayoría de las personas conoce, pudiendo mostrar un absoluto desprecio (que ni siquiera se plantee) en relación a los dañinos resultados de su comportamiento.

El acusado, en el caso de autos, —se reitera— propinó un puñetazo en el ojo a la víctima, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita, que resultaran excluidos. Por tanto podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan.

Ahora bien, nunca podemos calificar el hecho en su conjunto como imprudencia leve del art. 621.3, como pretende el censurante, no sólo porque el golpe inicial fue voluntario y consciente (doloso) debido a la exclusiva iniciativa del acusado, sino porque la calificación de grave atribuida a la imprudencia se acomoda a los términos subjetivos del art. 152 del CP en relación al 149 del mismo Texto Legal calibrando a la hora de discernir la gravedad o levedad de la imprudencia, la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado (objetivas y subjetivas) y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada (agresión en un ojo), así como la índole del

riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptible de ser ponderada.

Octavo.—Por ello la solución de la Sala de instancia que considera que incluso la misma pérdida de visión del ojo estaría cubierta por el dolo eventual, con la consiguiente aplicación del art. 149 del CP exclusivamente, no es la correcta.

Es cierto que esta misma Sala Segunda ha aplicado este tipo delictivo en Sentencias 936/2006, de 10 de octubre, 683/2006, de 26 de junio, 796/2005, de 22 de junio, 1760/2000, de 16 de noviembre, en casos que guardan cierto parecido con el de esta causa, pero debe advertirse que en ellos se trató de golpes producidos directamente con un objeto tan peligroso como un vaso de cristal en el rostro de la víctima, en los que la posibilidad de producir cortes en el ojo, no podía, en modo alguno, no descartada, y no por un mero puñetazo, modalidad de acción esta en la que el resultado queda más abierto y obviamente, su condición es menos controlable por la voluntad del autor.

Es por lo que teniendo en cuenta este dato y el resto de las particularidades del contexto, en el que la discusión se generó por la conducta del propio lesionado, alterando el orden de la cafetería propiedad del acusado, debido a que se encontraba bajo los efectos del alcohol y no cesaba en su actitud, negándose a abandonar el establecimiento, hay que entender que el imputado, hoy recurrente, de haber conocido o hubiese representado *ex ante* un resultado de la gravedad del producido, no habría obrado como lo hizo, que es lo que hay que estimar que este segmento del mismo fue debido a imprudencia.

Consecuentemente y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones del art. 147 del CP en concurso ideal del art. 77, con otro de lesiones imprudentes del art. 152.1.2.^º del CP.

Sentencia 223/2008, Sala de lo Penal del TS, de 7 de mayo de 2008

ALTERACIÓN DE PRECIOS EN SUBASTAS

Art. 261 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Se trata de uno de los escasos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la figura delictiva recogida en el artículo 262.1 del Código Penal: alteración de precios en subasta pública. Se analizan someramente, a la luz del caso enjuiciado, los elementos de este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1) en primer lugar, la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, respecto del primero de los ilícitos, es decir, el tipificado en el artículo 262.1 del Código Penal, toda vez que en ella se describe cómo el recurrente, en concierto con la otra condenada por la Audiencia, generó el artificio consistente en simular un contrato de arrendamiento inexistente con la finalidad de excluir el interés por la concurrencia a la subasta del inmueble a otros posibles postores y, en cualquier caso, alterar el precio de dicha licitación, lógicamente influido por la aparente existencia de esa carga ficticia.

Y, como quiera que, el tipo descrito en el precepto aplicado se refiere tanto a la conducta de quienes “... intentaren alejar...” de la subasta a los postores por medio de cualquier artificio, en su segundo inciso, como a la del concierto para “... alterar el precio del remate...” de aquélla, el mismo se consuma, como figura de mera actividad, aún sin necesidad de que se alcance ese propósito de alejar efectivamente a los postores o de que conste la alteración del precio finalmente rematado.

De ahí que, aunque finalmente concurrieran hasta once postores, entre ellos la propia querellante que acabó adjudicándose el bien subastado, y no exista concreta constancia de en qué medida o cuantía pudiera haber influido en el precio final el “artificio” empleado con ese objetivo, sin duda, por los acusados, su conducta íntegra ya los elementos necesarios para la tipificación aplicada por el Tribunal *a quo*.

Sentencia 215/2008, Sala de lo Penal del TS, de 9 de mayo de 2008

NULIDAD DE ACTUACIONES. TRIBUNAL DEL JURADO. COMPETENCIA OBJETIVA

Arts. 240.2 LOPJ; 5.2.a) LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Se extracta el voto particular a la sentencia por apartarse del criterio mayoritario que, con base en el Acuerdo plenario, de 29 de enero de 2008 (recogido en el número 24 de la Revista de Derecho Penal), resolvió en sentido negativo la cuestión previa de la nulidad de actuaciones por falta de competencia del Tribunal de instancia (Audiencia Provincial frente al Tribunal del Jurado) y, consecuentemente, funcional de éste de casación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO.
SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO
A LA SENTENCIA NÚM. 215/2008, RECURSO
DE CASACIÓN 10769/2007

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.

(...)

Por todo ello no consigo entender que la Sala General remita al artículo 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 aquélla mediante el Tribunal del Jurado en su específico procedimiento, 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 artículo 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.

Éste 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 resultados del acierto

de Tribunales cuyas decisiones son recurribles.

Segundo.—Dado que la mayoría del Tribunal excluyó el debate sobre la nulidad de actuaciones, no cabe estimar que existe discrepancia en cuanto a la resolución que, de hacerse tal revisión, hubiera adoptado el Tribunal. No obstante, a los efectos de justificar la trascendencia —y con ello su razón de ser— del voto particular que aquí dejo expuesto, he de indicar el convencimiento de que la Audiencia Provincial actuó con desprecio de las normas que atribuían el conocimiento de los delitos de asesinato, consumado e intentado, que aquélla conoció, al Tribunal del Jurado.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 27 de febrero pasado no adoptó ningún acuerdo en el que se indique la recta interpretación del art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Se limitó, a desear que no se desborde el ámbito de la competencia objetiva predeterminado en el art. 1 de la LOTJ. Y, asimismo, se sugirió la conveniencia de manejar las categorías del concurso real para la interpretación del concepto de conexión”. Y, desde luego, se rechazó una iniciativa que pretendía dar concreción a los diversos supuestos que podían entrar en esa adecuada interpretación que, por obvia, habría de sustentarse incluso sin tal proclamación solemne.

Pues bien, cabría hacer una primera advertencia: Cuando el art. 5.1. *in fine* de la LOTJ menciona el delito de homicidio no consumado lo hace a unos concretos efectos, que allí expresa, y a esos solos efectos: excepcionar la regla de inclusión del art. 1 de la misma ley. Es decir, excepcionalmente, el Tribunal de Jurado no será competente por el solo dato de que el objeto del proceso sea un hecho constitutivo de delito de homicidio no consumado.

Es notoria la diversidad de expresión cuando en el mismo artículo (apartado 2, párrafo segundo) se hace referencia al delito de prevaricación. En ese caso lo que

se enuncia es una regla de exclusión de competencia del Tribunal del Jurado: éste no conocerá nunca de tal delito por razón de conexión.

Pues bien de tal comparación debe resultar una primera conclusión: dado que no es lo mismo no erigir el homicidio intentado en objeto determinante de competencia del Jurado que erigirlo en objeto vetado para tal competencia, nada impide que, por las demás reglas de conexión, el homicidio intentado reciba el mismo trato que otros delitos que no son, en principio competencia del Jurado.

Surge entonces y, por ello, una posible segunda cuestión: el trato procesal de la hipótesis en que ese homicidio intentado se encuentre con otro delito competencia del Jurado, (otro homicidio, pero consumado), en la relación a que se refiere el art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no, estrictamente leídas, en una de las relaciones que regula el art. 5 de la LOTJ.

La cuestión de los efectos de la conexión mixta, entre delitos que son competencia del Jurado con los que no lo son, debe decidirse en función de la interpretación más coherente con el valor de promocionar la participación del ciudadano en la Administración de Justicia y ponderando como hegemónico el principio de separación de procedimientos sobre el meramente utilitario de la economía procesal. Lo que reconduciría la búsqueda de la solución a la norma del mismo art. 5 citado cuando advierte que, incluso en caso de conexión, la acumulación de objetos en un único procedimiento, solamente es admisible si, de separarse, se incurriría en fractura del objeto de necesaria contención e una única causa. Lo que, no ocurre cuando los dos delitos constituyen dos objetos procesales diversos.

(...)

El legislador, cuando la conexión, y subsiguiente reunión, afecta solamente a la competencia territorial opta por unos criterios genéricos (artículo 18) para determinar el competente. Pero, cuando la acumulación

de objetos procesales en un único procedimiento puede comprometer la competencia objetiva para alguno de éstos establece normas específicas:

El legislador subraya la diferencia de rango entre los criterios de atribución de competencia territorial y competencia objetiva. En aquella la selección del órgano competente compromete a Tribunales que son de la misma clase. En ésta el legislador, por razón de la materia litigiosa, o del sujeto justiciable, ha estimado necesario atribuir competencia a órganos de características específicas en relación con los competentes para hechos o personas en las que no concurren esas características.

Por eso la conculcación de los criterios atributivos acarrea consecuencias muy diferentes, como se pone de manifiesto por la ausencia de referencia a la competencia territorial en el art. 238 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La diversidad de rango de esos criterios se refleja en la diversidad de técnica legislativa al establecer la competencia para el procedimiento que reunifica objetos procesales conexos. Acudiendo al criterio indiscriminado de la gravedad o incluso el cronológico para establecer la territorial, pero no previendo la reunión o, cuando la prevé, preservando la del órgano especializado cuando se cuestiona la objetiva.

Conforme al art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si uno de los delitos conexos es de los que son competencia de la Audiencia Nacional, ésta se extiende al conocimiento del delito que le es ajeno.

Conforme al art. 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si uno de los delitos conexos (siquiera por razón de los números 3.º y 4.º del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer ésta se extiende para la instrucción y la Audiencia, Tribunal de Jurado o Juez de lo Penal de su circunscripción lo serán competentes para el enjuiciamiento en el único procedimiento

que contenga los objetos procesales en él acumulados, aunque alguno de ellos no sea competencia de aquel Juzgado de Violencia sobre la mujer.

Conforme al art. 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Tribunal que sea competente para juzgar al querellado único, o para juzgar a uno, o más, de los varios querellados, lo será aunque la querella sea, en cualquiera de esos casos, por delito para el que ese Tribunal no sea competente por regla general, o, en caso de conexidad, aunque alguno de los conexos se encuentre en ese caso.

Este panorama legislativo permite establecer otra conclusión: la identidad de competencia objetiva es un presupuesto procesal para la unificación de procedimientos, por razón de la conexión de objetos del proceso, que resulta inaceptable si supone atribución de competencia a un órgano que no la tendría para uno de esos objetos. Eso sí, salvo los supuestos de previsión legal específica.

El examen de los supuestos específicamente regulados también nos permite constatar una opción sistemática del legislador: En ningún caso pierde su competencia un órgano que la tenga atribuida específicamente por razón del objeto o de la persona imputada, aunque el supuesto que le está atribuido sea conexo con otro ajeno a su competencia específica.

Por ello, una interpretación sistemática que haga aflorar el indudable criterio de legislador en supuestos semejantes, permite concluir que ningún tribunal podrá conocer, por razón de conexión, de un delito competencia del tribunal del jurado y este tribunal, o bien extenderá su competencia, por razón de esa conexión, en los específicos casos que la prevé, o bien los objetos conexos deberán seguirse en procedimientos separados ante tribunales diversos.

Y ello porque: La acumulación de procedimientos prevista en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: a) ni es una exigencia conceptual ineludible b) ni históricamente ha regido, ni en la actualidad

rige, en múltiples casos de conexión, especialmente de conexión mixta y c) menos aún, cuando el Tribunal competente es el del Jurado.

Pues bien, si el Tribunal del Jurado es el único que puede conocer del delito de asesinato consumado, corresponde determinar si el asesinato intentado del caso aquí enjuiciado, se encuentra dentro de los supuestos en que la LOTJ autoriza la extensión de la competencia del Tribunal del Jurado a ese delito sin consumir.

Al efecto conviene reparar en que el artículo 5.2.a) de la LOTJ considera conexos los delitos

- a) cometidos por dos o más personas,
- b) reunidas,
- c) que simultáneamente cometen dichos delitos.

Parece absurdo que, conforme al art. 5.2.a) de la LOTJ, se estime conexión entre los diversos delitos cuando son varios sujetos los que los cometen simultáneamente (es decir en caso de identidad de lugar y tiempo) y se proclame que no exista tal conexión si el autor es uno solo, y los comete con igual identidad de lugar y tiempo.

Por un lado tal hipótesis encaja en el supuesto del artículo 5.3 de la LOTJ pues la proximidad temporal y espacial, junto a la de unidad de designio, confieren al comportamiento del autor la característica de unidad de hecho, concepto este de configuración procesal en la sede legislativa.

Pero, por otro lado, además, de mantenerse el criterio de inclusión continencia de la causa, resulta evidente que, tanto por analogía con el 5.2.a) como por la opción legislativa, que atribuye al Tribunal de Jurado fuerza atractiva, cuando se encuentra comprometida la competencia objetiva respecto de un delito para el que, en principio, no tiene atribuida esa competencia, la conclusión es la misma: la reunión debe tener lugar siempre y sólo en el procedimiento específico seguido ante dicho Tribunal del Jurado.

Resulta esa atracción en primer lugar del expreso enunciado de la norma: La competencia del Jurado, dice, se extenderá... en contraste significativo con la ausencia de toda previsión imponiendo que se excluirá... incluso cuando la conexión implique un delito expresamente vetado al conocimiento del Jurado, como es el de prevaricación. Porque en tal supuesto se cuida el legislador de advertir sin perjuicio de lo previsto en el art. 1 (párrafo segundo del apartado 2 del art. 5 de la Ley del Jurado) es decir de mantener la competencia respecto de esos otros delitos allí enunciados.

Y de la advertencia de que en los supuestos de salvaguarda de la continencia de la causa bastará que uno de los delitos sea de su competencia para que todos los contenidos lo sean también.

Por todas estas razones estimo que la Audiencia era incompetente en cualquier caso para conocer del delito de asesinato consumado, y, al asumirla, so pretexto de competencia para conocer del asesinato intentado, lo hizo de modo arbitrario y, en consecuencia lesionando, más allá de una norma procesal, una garantía constitucional al juez ordinario predeterminado.

Y, dadas las consecuencias, además, procedimentales, privó a la parte condenada de un procedimiento más garantista que el ordinario que hubiera abierto la posibilidad de una revisión del fallo condenatorio antes de acudir a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia.

Y, derivadamente, alteró la competencia funcional de este Tribunal Supremo que, en el marco del recurso de casación, tiene un ámbito de competencia diverso del que corresponde cuando la sentencia recurrida es la de la Audiencia, en relación con el que tiene cuando lo que examina es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Lo que, por otro lado, este Tribunal Supremo, incluso siguiendo su propio acuerdo en Sala General debería haber observado y controlado *ex officio*.

Sentencia 236/2008, Sala de lo Penal del TS, de 9 de mayo de 2008

RASTREOS INFORMÁTICOS EN INTERNET

Art. 18.1 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Validez de los rastreos informáticos realizados en internet por la Policía judicial y necesidad de autorización judicial para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP (internet protocol o clave de acceso que los proveedores de servicios de internet asignan a cada ordenador en el momento en que se conecta a internet) en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (habeas data).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo del art. 852 de la LECrim. el Ministerio Fiscal en motivo único se alza contra la sentencia absolutoria recaída en esta causa por entender infringidos los arts. 24.1 y 18.3 de la CE.

1. La sentencia declara la nulidad de la prueba (derecho a la prueba) que constituía el sustento de la imputación acusatoria del Fiscal y declara probado que el Grupo de Delitos Telemáticos de la Policía Judicial de la Guardia Civil, realizó búsquedas en Internet rastreando las redes de intercambio de archivos (*Peer to Peer*) para averiguar aquellos usuarios que descargasen o compartiesen archivos conteniendo fotografías o vídeos con contenido de pornografía infantil. En base a dichos rastreos policiales, realizados sin autorización judicial, se obtuvo un listado de IPS (*Internet Protocols*), esto es, claves de acceso que los proveedores de servicios de Internet asignan a cada ordenador en el momento en el que se conecta a Internet, el cual permite identificar de forma indubitada a través de dichos proveedores el

número telefónico desde el que se produce la conexión.

2. El Fiscal entiende que la sentencia parte de unas premisas equivocadas y monta su argumentación sobre los siguientes pilares:

a) A su juicio yerra la sentencia al afirmar que la Guardia Civil tuvo acceso, sin autorización judicial, a datos confidenciales de la acusada “preservados del conocimiento público y general”, lo que no es enteramente cierto, ya que no hay secreto sobre datos que el partícipe en la comunicación informática voluntariamente aporta a la red de redes.

b) Mediante la utilización de un programa P2P no se afecta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Lo que se averigua por la Guardia Civil en los rastreos efectuados es qué IPS habían accedido a los *Hash* que contenían pornografía infantil. A esa información, que es la única que se obtiene sin autorización judicial, puede acceder cualquier usuario de la red. La huella de la entrada, el IP, queda registrado siempre y ello lo sabe el usuario.

c) Consecuentemente la Audiencia confunde —en opinión del Ministerio Público— las comunicaciones telefónicas tradicionales con el acceso telefónico a Internet, sus reglas, requisitos y efectos. Reconoce que la doctrina jurídica contenida en las sentencias que la fundamentación jurídica de la recurrida cita es correcta, siempre que se refieran a comunicaciones estrictamente telefónicas. En este sentido realiza las siguientes matizaciones:

— En la telefonía convencional los números desde donde se efectúan o reciben las llamadas se hallan protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones (STEDH: caso *Malone* de 2 de agosto de 1984); sin embargo en las comunicaciones por Internet el teléfono es un mero instrumento de comunicación con la red.

— De ahí que quien utiliza voluntariamente un programa (*Peer to Peer: P2P*), en nuestro caso *EMULE*, asume y consiente que muchos de los datos que incorpora a la red pasen a ser de conocimiento público para cualquier usuario de Internet.

— A su vez las claves identificativas (Internet Protocols: IPs) no concretan a la persona del usuario, sino sólo el ordenador que se ha usado, lo que hace necesario para poder llegar a conocimiento del número de teléfono y titular del contrato (datos que pueden reputarse reservados) la autorización judicial, que es lo que se hizo en el caso que nos ocupa ante el Juzgado de Instrucción núm.7 de Sevilla que expidió el correspondiente mandamiento.

— Así las cosas es visto que los rastreos policiales previos que se tildan de ilegales, sólo afectaban a datos públicos de Internet no protegidos por el art. 18.1 y 3 de la Constitución y en consecuencia las pruebas obtenidas y las derivadas no se hallaban afectas a vicio alguno.

3. Planteado así el problema, se hace preciso o cuando menos conveniente esbozar un esquema de los criterios legales y jurisprudenciales en orden a la calificación de

la actuación policial de acuerdo con la legalidad procesal y constitucional.

En este sentido y en cuanto al alcance del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 de la CE, la sentencia recurrida concreta acertadamente su contenido material, circunstancia que concuerda con las tesis del Fiscal recurrente.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123 de 20 de mayo de 2002, se establece, haciéndose eco del caso *Malone* (2 de agosto de 1984), resuelto por el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos, que la obtención del listado de llamadas hechas por los usuarios mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo, equivalente al 18.3 de la CE. En cuanto al concepto de secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino otros aspectos de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Consecuentemente podemos afirmar que el secreto a las comunicaciones telefónicas garantiza también la confidencialidad de los comunicantes, esto es, alcanzaría no sólo al secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, sino a la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino...”. Hasta este nivel discursivo existe coincidencia entre la posición del tribunal de instancia y el Ministerio Fiscal.

También cita la Sentencia combatida la de esta Sala núm. 130 de 19 de febrero de 2007, por resultar oportuna dados los temas tratados, próximos al problema a discernir ahora. En dicha sentencia, completada por un voto particular de dos magistrados, también existía coincidencia en orden a insertar dentro del derecho al secreto de las comunicaciones todo lo referente al desvelamiento de los interlocutores de una conversación telefónica, así como el día, hora y duración de

la misma, aunque no se haya interferido en el contenido de la comunicación.

El problema se suscitaba en la averiguación del número de teléfono o identidad del usuario de un determinado número. Usualmente, la policía judicial cuando interesa una actuación injerencial del juez, concreta y precisa los números telefónicos que deben ser intervenidos, incluso facilitando sus titulares o posibles usuarios, que coinciden con las sospechas sobre las mismas de estar cometiendo algún delito.

En el voto particular no se califica de injerencia ilegítima la simple averiguación de los números telefónicos usados por una persona, en cuanto no contravendría la doctrina del caso *Malone* ni la de nuestro Tribunal Constitucional, ya que sería preciso para merecer protección que se indagara (cosa que en el caso resuelto por la sentencia de 2007 no ocurre) el teléfono o la persona destinataria de la llamada, así como el momento y duración de la conversación mantenida.

La sentencia de 2007, en su voto reservado, siguiendo una línea doctrinal de esta Sala, acorde con la sentada por el Tribunal Constitucional, justifica el conocimiento por parte de la policía judicial del número telefónico perteneciente a una persona, por informaciones confidenciales, listines telefónicos, registros o documentos públicos o privados, etc.

Dicha sentencia, sin embargo, sin contradecir tal observación entiende con fundamento que necesariamente se debió intervenir una conversación para conocer dicho número, habida cuenta de los testimonios policiales que aludían a la utilización de un artilugio técnico para la obtención del dato.

4. Queda en pie la duda, de si para solicitar el número telefónico o identidad de una terminal telefónica (cabría extenderlo a una dirección o identificación de Internet: Internet protocols), es necesario acudir a la autorización judicial, si no han sido positivas las actuaciones policiales legítimas integradas por injerencias leves y proporcionadas, que puede respaldar la Ley Orgánica de

Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o Ley de Seguridad Ciudadana, en la misión de los agentes de descubrir delitos y perseguir a los delincuentes.

A nuestro juicio, sin pretensiones ni mucho menos de sentar doctrina (*obiter dicta*), los datos identificativos de un titular o de una terminal deberían ser encuadrados, no dentro del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) sino en el marco del derecho a la intimidad personal (art. 18.1.º de la CE) con la salvaguarda que puede dispensar la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, LO 15/1999 de 13 de diciembre: art. 11.2.d) o su Reglamento, Real-Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que entró en vigor el 31 de marzo de 2008, sin despreciar la Ley 32 de 3 de noviembre de 2003, General de Telecomunicaciones y su Reglamento, RD 424 de 15 de abril de 2005, en los que parece desprenderse que sin el consentimiento del titular de unos datos reservados, contenidos en archivos informáticos, no pueden facilitarse a nadie, salvo los casos especiales que autorizan sus propias normas, entre las que se halla la autorización judicial, que lógicamente estaría justificada en un proceso de investigación penal.

Tampoco debe pasar por alto, aunque sólo sea con carácter dialéctico, el contenido de la Ley núm. 25 de 18 de octubre de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, que al igual que el Reglamento de la Ley de protección de datos son posteriores a los hechos aquí enjuiciados y por ende no aplicables.

La ley últimamente citada que se dicta en desarrollo de la Directiva de la Unión Europea 2006-24-CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo del mismo año tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de Telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los

Cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3.^o).

Segundo.—Visto el panorama jurisprudencial y legislativo y trasponiéndolo al caso que nos ocupa se puede concluir lo siguiente:

a) Los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet protocols) que habían accedido a los *hash* que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada —como puntualiza con razón el Ministerio Fiscal— queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario.

b) Entender que conforme a la legalidad antes citada (unas normas vigentes en el momento de los hechos y otras posteriores) se hacía preciso acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (*habeas data*). La policía judicial a través de un oficio de 6 de noviembre de 2005, completado por un informe de 24 de octubre del mismo año del Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil interesa la preceptiva autorización que obtuvo con el libramiento de mandamiento judicial dirigido a los operadores de Internet

para identificar ciertas direcciones IP del ordenador al objeto de proseguir la investigación.

Consecuentemente quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso *EMULE*, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en internet, no se hallaban protegidos por el art. 18.1 ni por el 18.3 de la CE.

Tercero.—Por todo ello debe quedar patente que al verificar los rastreos la policía judicial estaba cumpliendo con su función de perseguir delitos y detener a los delinquentes que los cometen, siendo legítimos y regulares los rastreos efectuados, lo que trae como consecuencia la validez de los mismos y la de las diligencias policiales practicadas en ejecución del auto autorizando la identificación de los usuarios de IPs y el posterior de entrada y registro, determinando la nulidad de la sentencia que el Fiscal interesa.

Ello no empece, fijándonos en el segundo apartado de hechos probados y fundamentación jurídica a este particular referida, que a pesar de la validez de las pruebas indebidamente expulsadas del proceso, concurrieron en el caso otros elementos probatorios, capaces —quizás— de excluir la culpabilidad de la acusada. Pero ese punto no se cuestiona ni recurre.

Por consiguiente, la nulidad de la sentencia obligará al mismo Tribunal a dictar otra en el que se considere dentro del acervo probatorio todas las actuaciones, diligencias y pruebas practicadas en la causa que se han declarado nulas en la combatida y las que de ellas traen causa, para que en valoración conjunta con las demás practicadas dicten nueva sentencia, condenado o absolviendo, según proceda en derecho.

Sentencia 250/2008, Sala de lo Penal del TS, de 9 de mayo de 2008

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Arts. 24.2 CE; 851.6.º LECrim.; 219.11.ª LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Tras declarar la improcedencia de la inadmisión a trámite de la recusación de dos magistrados por la Audiencia, la Sala aprecia la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías declarando la nulidad del celebrado por no haber respetado las garantías de imparcialidad del juzgador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El enfoque de la misma protesta como vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (juez imparcial) a que se refiere el art. 24.2 de la CE, tiene perfecta cabida en nuestro derecho como causa de recusación, como ha venido proclamando la doctrina de esta Sala, que viene al caso recordar (véanse, por todas, SSTS n.º 2274 de 30 de noviembre de 2001 y n.º 2472 de 19 de diciembre de 2001).

1. Nos vienen a decir las calendadas sentencias que en todo proceso penal las garantías de un juicio justo implican la imparcialidad objetiva de los jueces que han de hallarse salvaguardadas en el ordenamiento jurídico, entendido tanto en un aspecto de imparcialidad real como en su dimensión de la confianza que ha de producir en los ciudadanos su imparcialidad, por ser ésta una convicción especialmente necesaria en una sociedad democrática que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos. Para alcanzar tales garantías establecen los arts. 219 de la LOPJ y

54 de la LECrim. un repertorio de causas de abstención y recusación, que coinciden con situaciones de la más diversa índole, susceptibles de generar, según las reglas de la experiencia, una importante dificultad en el ánimo del juez para resolver con serenidad, ponderación y desapasionamiento la cuestión litigiosa que se le somete. El ordenamiento jurídico, pues, no ha encomendado al buen criterio del juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de conocer, ni ha dejado al arbitrio del justiciable la facultad de indicar las causas que le permiten recusar cuestionando o negando la imparcialidad del juez, sino que, velando por la seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas e infundadas recusaciones, ha precisado taxativamente las situaciones que sirven de común presupuesto a la abstención y a la recusación.

Este carácter legal y tasado de las causas de abstención y recusación es compatible naturalmente, como se decía en el auto de 1 de octubre de 1997 dictado por la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ de este mismo Tribunal, con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan di-

chas causas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios y pautas que han ido estableciéndose, para la mejor garantía del derecho al juez imparcial, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y, muy especialmente, por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con cuya doctrina se pueden llegar a configurar supuestos en que sea obligada la abstención y legítima la recusación aunque no estén clara y expresamente contemplados en las normas legales ya mencionadas. En esta dirección apunta la flexible interpretación que ha recibido el n.º 11 del art. 219 de la LOPJ con el que ha pretendido el legislador asegurar la neutralidad objetiva del juez que ha de decidir la causa penal, impidiendo que tenga contacto directo antes del juicio oral con la materia objeto del proceso.

En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado causa de abstención y recusación el mero hecho de que los jueces que deben resolver una causa penal hayan resuelto anteriormente recursos interpuestos contra decisiones adoptadas por el instructor, como pueden ser los autos de procesamiento o de prisión.

Ahora bien, lo realmente trascendente para apreciar si el Tribunal conserva su imparcialidad, no obstante las decisiones que haya tenido que adoptar durante la fase de instrucción con ocasión de recursos interpuestos contra resoluciones del instructor, es discernir si en aquellas decisiones se manifestaron o no con suficiente claridad prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado.

Sobre este particular aspecto ha ido perfilándose una línea jurisprudencial dentro del Tribunal Constitucional que ha dado carta de naturaleza al método del “caso por caso” para determinar a la hora de interpretar el n.º 11 del art. 219 de la LOPJ y el alcance del sentido de la necesaria imparcialidad de los jueces penales. Con el criterio del caso concreto, que está justificado por la naturaleza misma de la cuestión a resolver, se trata de discernir si el tribunal que juzgó lo hizo im-

parcialmente o su actuación, por el contrario, estuvo o pudo estar determinada por un prejuicio contra el acusado, inevitablemente adquirido en la actuación judicial anterior al juicio oral. El método del “caso por caso” cuenta hoy con el decisivo respaldo de la jurisprudencia del TEDH desde las sentencias del caso *Castillo Algar* (de 28 de octubre de 1998) y *Garrido Guerrero* (de 2de marzo de 2000), en que ha sido interpretado una vez más el art. 6.º1 CEDH. En la primera de las citadas se dice que la apreciación objetiva de la imparcialidad de los jueces consiste en indagar si, independientemente de las circunstancias personales del juez, ciertos hechos verificables autorizan a dudar de su imparcialidad porque, en este aspecto, incluso las apariencias pueden tener importancia, ya que de ellas depende la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables y, en general, a los procesados.

2. Dicho lo anterior nos cumple ahora destacar la intervención de dos de los miembros de la Sala juzgadora (recusados) y la de la Sala en general en la resolución de incidentes o cuestiones interlocutorias de la causa, al objeto de comprobar la posible asunción de criterios que prejuzguen la culpabilidad de la acusada.

Los pronunciamientos que nos afectan están integrados por el auto de 18 de noviembre de 2005, en cuya decisión intervino el que luego fue presidente de la Sala juzgadora, y en el que se revocaba otro auto del juez instructor n.º 1 de Ferrol de 13 de julio de 2005, el cual, después de hallarse en situación de prisión la inculpada, acuerda ponerla en libertad, resolución revocada por la Audiencia, la cual justificaba la prisión por la concurrencia de indicios y elementos probatorios de cargo que la podían hacer responsable al “mismo nivel que el otro coimputado”.

Posteriormente se dicta por la Audiencia auto (22 de junio de 2006) confirmando el de procesamiento, contra el que la acusada interpuso recurso; y otro auto anterior de 20 de diciembre de 2005, que declara de nuevo

la libertad de la acusada. En estas dos últimas resoluciones los argumentos de la Audiencia se remiten al auto inicial de 18 de noviembre de 2005, y en su dictado participa el que luego resultó ser ponente de la causa, el magistrado don Ignacio Picatoste.

Son, pues, estos dos magistrados, los que pudieron estar condicionados al dictar sentencia por las resoluciones previas en la que intervinieron.

3. El argumento esencial que tuvo en cuenta el Magistrado-Juez del juzgado del Ferrol nº 1, instructor de la causa, fue la aportación a autos de prueba documental fiable proveniente del complejo hospitalario arquitecto Marcide y por el Centro de Salud de Narón. De ella se desprendía que, si en todas las intervenciones médicas referidas a la menor María Esther se dió el alta sin detectar un origen violento en las lesiones, que evidenciaban los estigmas, resultando factible el origen fortuito que les indicó a los médicos el compañero sentimental de la madre, el coimputado Enrique, con mas razón la recurrente podía hallarse en el convencimiento de que las lesiones detectadas no se debían a actos de violencia.

Si la responsabilidad de la madre se deriva de su negligencia o dejadez al consentir la custodia de la menor por persona que podía producir las lesiones, dada su condición de garante, perfectamente puede aceptarse que no sea exigible a la misma detectar el origen doloso en su producción, por cuanto siempre fueron ocasionadas cuando ella se hallaba en el trabajo y la niña al cuidado de Enrique.

De tal consideración el instructor estimaba razonable concluir que faltaba o podía faltar uno de los requisitos esenciales de la conducta típica, cual es, el conocimiento del modo de producirse las lesiones, resultado de las agresiones sufridas por la niña.

4. Frente a tal posición argumental la Sección 1.ª de la Audiencia de La Coruña sostuvo que en la causa concurrían “indicios que en lo sustancial coinciden con los que afectan al hombre que con ella convivía y

que atendía directa y personalmente a la menor fallecida en multitud de ocasiones”.

(...)

5. Del contenido de dicho auto de 18 de noviembre de 2005 dictado por la Audiencia fluye una idea clara que asoma sútilmente en diversas frases de la referida resolución, cual es, entender que coincide el nivel de la responsabilidad de los presuntos autores del hecho criminal. Excluye cualquier posibilidad de que la conducta se atribuya a una sola de las personas implicadas, sugiriendo una imputación en principio pareja.

Frente a tal resolución, la recurrente, vistos los argumentos sentenciales y el fallo recaído, estima que los temores iniciales de contaminación o influencia de los autos dictados antes de la celebración del juicio y que motivaron la recusación, se han visto confirmados.

(...)

6. Nos toca ahora analizar con cierto detalle la sentencia, por si es cierto que se realizaron juicios de valor que puedan crear justificadas sospechas a la recurrente de que dos magistrados de la Sala pudieran estar condicionados por prejuicios o criterios formados durante la tramitación de la causa.

Para ello distinguiremos, por un lado, la posible infracción del principio acusatorio, y por otro las decisiones abiertamente perjudiciales para la recurrente en el plano valorativo, imbuídas de una cierta predisposición a corresponsabilizar al mismo nivel a ambos procesados, apartándose del criterio “in dubio pro reo” y con desatención del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, se infringe el principio acusatorio, queja que se engloba dentro del motivo 3.º de la recurrente, porque en la conducta imputada a la procesada censurante, ninguna de las acusaciones incluye actuaciones positivas de causación de lesiones, ni apuntan el más mínimo dato que atribuya un concierto para lesionar a la niña con capacidad letal.

Tanto la calificación del Fiscal, como las de las dos acusaciones (particular y popu-

lar), en su descripción factual del escrito acusatorio provisional, elevado a definitivo, lo único que atribuyen a la recurrente fueron actitudes omisivas de falta de diligencia...

(...)

9. A pesar de la ausencia o raquitismo de la posible prueba sobre la atribución de actos físicos de maltrato provenientes de la recurrente el día de autos desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia, el tribunal atribuye una coautoría conjunta, difícil de conciliar ante una causa única de la muerte que sólo debió partir de uno de los dos, y uno de los argumentos fundamentales es la actuación coordinada unas horas antes de la muerte de la niña, en la que ambos falazmente pretenden describir una situación aparental y de salud de aquella inexistente, dada la aplastante y contundente prueba pericial médica, que al establecer los síntomas que debían observarse en la menor después de la fatídica agresión que desembocó en su muerte, contradicen abiertamente las versiones exculpatorias de los coacusados.

La sentencia ante ese concierto para maltratar, con probable resultado de muerte, da por supuesto no sólo el conocimiento de que la conducta de Enrique fuera la causa de la muerte de la hija de la recurrente, sino que ella misma le agredió y lesionó más allá de los genéricos malos tratos o excesos en el derecho de corrección que se le imputaban.

Partiendo sólo de ese presupuesto fáctico, sobre el que no se acusa a Julieta, se atribuye, sin mayor fundamento, una finalidad encubridora en la eliminación de los restos de los vómitos de la menor que ensuciaban la casa, cuando las ropas se encontraban sin lavar en la lavadora y pudieran ser analizadas y la causa de la muerte no podría ocultarse por esa vía. Lo propio es que los restos de los vómitos de la niña no se dejen en medio de la casa y se limpien.

Pero, una vez más, superando los términos acusatorios, la Audiencia introduce un concierto entre la madre y su compañero sentimental cuyo principal apoyo probatorio

y argumental, según la fundamentación jurídica sentencial, es la coordinación y coincidencia en la falsedad de los síntomas que dijeron haber detectado en la menor poco antes de su muerte.

También esa actitud defensiva tiene otra interpretación lógica, pues si a ambos se atribuye la dejadez y negligencia en prestar auxilio a la menor, la estrategia autodefensiva se justifica en cierta medida (Enrique, evitando un asentimiento de un resultado probable y esperado, y a Julieta, eludiendo una grave negligencia) todo ello según los términos acusatorios a los que el tribunal debió ajustarse, y no es extraño que los acusados describan una situación no tan grave, ni tan ostentosamente agonizante, que supusiera una irresponsabilidad grave no conducir a la niña a un centro médico de cuya omisión sí habrían sido acusados, especialmente la recurrente.

10. Conforme a todo lo explicitado, podemos observar que el tribunal ha desbordado los límites de los términos de la acusación, conforme a los cuales, resultaría dogmáticamente imposible encontrar una coautoría, y ante las distintas opciones valorativas ha podido ser más escrupuloso a la hora de contemplar el derecho a la presunción de inocencia de la recurrente, pues realmente ha partido de la conciencia y conocimiento de las lesiones que el coacusado infería a su hija (simple posibilidad), incluso atribuyendo a ella misma algunas de las que dejan secuelas o estigmas, a pesar de que la sentencia no condena específicamente por las mismas, por entender que pudieron tener una etiología fortuita, dados los dictámenes periciales.

En suma y por encima de tales dictámenes, el tribunal imputó a la recurrente la conciencia del origen violento de esas lesiones, insistiendo en el criterio y convicción prematuramente esbozada en el auto de 18 de noviembre de 2005, acordando la prisión de la recurrente, en cuya situación se mantiene en la actualidad.

Ello justifica que la recurrente considere que tanto el presidente del tribunal, como el ponente de la causa, pudieron involuntariamente hallarse condicionados por un estado de conciencia muy próximo al convencimiento de que la madre era, no sólo culpable, sino al mismo nivel que el acusado, como en el auto dictado durante la instrucción (de 18 de noviembre de 2005) se decía, condenándoles en concepto de coautores, desbordando las imputaciones acusatorias, que no atribuían a la mujer actos positivos de causación física de la muerte y mucho menos concierto entre los dos acusados.

El motivo 8.º (en relación al 3.º: infracción del principio acusatorio y al 1.º: pre-

sunción de inocencia) debe estimarse, por haber sido puesta en duda por la censurante, con fundamento, la imparcialidad objetiva del Tribunal, que rechazó en su momento por providencia y con argumentos improsperables la propuesta de recusación a la sazón formulada.

El juicio deberá declararse nulo, sin necesidad de analizar los motivos restantes de esta recurrente, ni tampoco los del otro procesado, ni los de las acusaciones particular y popular, procediendo a la pronta celebración de un nuevo juicio, con otros magistrados diferentes que, con pleno respeto al principio acusatorio, dicten la sentencia que en derecho corresponda.

Sentencia 285/2008, Sala de lo Penal del TS, de 12 de mayo de 2008

SECRETO DE EMPRESA

Art. 279, párrafo 2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina general relativa a la figura típica prevista en el apartado segundo del artículo 279 del Código Penal: cesión en beneficio propio de un secreto de empresa, figura típica incluida entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. El art. 279 del CP castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo pri-

vilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio.

Realmente, el elemento nuclear de este delito —como también del previsto en el art. 278 del CP— es el “secreto de empresa”. No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un

numerus clausus. Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva.

Así serán notas características:

- la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva),
- la exclusividad (en cuanto propio de una empresa),
- el valor económico (ventaja o rentabilidad económica),
- licitud (la actividad ha de ser legal para su protección).

Su fundamento se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien específicamente tutelado consistirá en la competencia leal entre las empresas.

Y su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o *marketing*) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa).

Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal. Y cabe incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, memorandos internos, etc.

En cuanto a la duración temporal de la obligación de guardar secreto se habrá de estar a la fuente del deber de reserva, esto es, a la norma o al contrato, según los casos.

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprobó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, dispone en su art. 5 que son deberes laborales del trabajador:

d) No concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley; precisando el art. 21.2 que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Por otra parte, la vulneración del secreto de empresa supone un comportamiento desleal previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Así, su artículo 13 señala que: “1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente”.

De modo que, según el art. 18 del mismo texto, “contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

- 1.^a) Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
- 2.^a) Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.
- 3.^a) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
- 4.^a) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- 5.^a) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.
- 6.^a) Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

Precisando su artículo 22 que “Los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario”.

Por lo tanto, sin perjuicio de tales acciones ejercitables ante la jurisdicción civil, el castigo penal está previsto para todos los que entran en contacto con los secretos de la empresa, y faltan a su obligación de reserva y lealtad.

La responsabilidad penal abarca, pues, a quienes se les exige expresamente (adminis-

tradores, *ex arts.* 127.2 de la LSA y 61.2 de la LRL), al resto de empleados de la empresa que conozcan por razón de sus funciones tales secretos, a trabajadores de otras empresas que se relacionen con la titular de los secretos (de seguridad, proveedoras, etc.), y a los terceros que los hayan conocido a causa de razones legales (como, por ejemplo, funcionarios). Y como “delito especial propio”, sólo pueden cometerlo el círculo de personas indicadas, respondiendo, en su caso el *extraneus*, como cooperador (inductor, cooperador necesario, cómplice) según en que haya consistido su participación.

Sentencia 297/2008, Sala de lo Penal del TS, de 15 de mayo de 2008

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Arts. 75 Código Penal; 988.3 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

SÍNTESIS

No es obstáculo para la refundición el que en relación a alguna de las penas se haya acordado el licenciamiento definitivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo —apoyado expresamente por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de admisión— debe ser estimado.

En efecto, la propia Sala de instancia, tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, según la cual únicamente pueden excluirse de la acumulación “los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado” y “los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación”, “porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el

mismo proceso”, dice en la resolución recurrida que “las penas cuya acumulación se pretende han sido impuestas con arreglo a una misma norma penal, existe conexidad entre ambas, de forma que podían haber sido enjuiciados en un mismo proceso, concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 70 del Código Penal. Pero sucede que, examinada la Ejecutoria 50/2001, cuya condena pretende ser acumulada, se observa que fue aprobado el licenciamiento definitivo de la misma con fecha 30 de noviembre de 2004 y, por ende, aquella pena en la actualidad se encuentra totalmente extinguida,

por lo que la refundición interesada por la defensa deviene imposible” (v. FJ 3.^o).

La acumulación jurídica de las penas impuestas a un mismo culpable, sea en un mismo proceso o en varios (v. art. 988 de la LECrim.), siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos al respecto, —que responde a indudables razones de política criminal y de humanización de las penas— a la que se refiere tanto el art. 70 del Código Penal de 1973 —que era el vigente al tiempo de la comisión de los hechos a que se refiere la acumulación de condenas aquí cuestionada, y cuya aplicación al presente caso nadie discute— como el art. 76 del Código Penal actualmente vigente, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, está amparada por el art. 24.1 de la Constitución (v. STC 125/1987).

Consolidada y pacífica jurisprudencia de esta Sala admite —como única exigencia—, para la acumulación de condenas impuestas a una persona, que los hechos por los que haya sido condenada pudieran haber sido enjuiciados en un mismo proceso, atendido

el momento de su comisión (v., *ad exemplum*, STS de 30 de junio de 2004), debiendo excluirse, por tanto, aquellos hechos de fecha posterior a la de la sentencia o de las sentencias cuyas condenas se acumulen, sin que, en ningún caso, como pone de relieve la STS de 25 de enero de 2001, puedan ser excluidas las condenas ya cumplidas.

En el supuesto de que una persona haya sido condenada por distintos delitos, sea en único proceso o en varios, el Código Penal establece (v. art. 70 del CP de 1973 y arts. 75 y 76 del CP de 1995) que, cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en la forma que ha puesto de manifiesto la STS de 28 de febrero de 2006, dictada por el Pleno jurisdiccional de esta Sala, por lo cual, es evidente que el cumplimiento previo de alguna de las penas impuestas no constituye óbice alguno para la aplicación de la institución de la acumulación de condenas.

Sentencia 249/2008, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2008

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 18.3 CE; 1, 6.1 y Disposición Adicional Única Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

La recogida o captación técnica del IMSI (código de identificación de dispositivo de telefonía móvil) por las Fuerzas de Seguridad del Estado no necesita autorización judicial como si la precisa, en cambio, la obtención de su plena funcionalidad mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primero de los motivos hechos valer por la defensa de Arturo, se articula con fundamento en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., al estimar vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones acogido en el art. 18.3 de la CE.

La infracción de este derecho se habría originado como consecuencia de la utilización por la Guardia Civil, sin autorización judicial, de unos mecanismos de barrido que permiten obtener los números IMSI de las tarjetas de telefonía prepago empleadas para comunicarse con el recurrente.

El motivo no puede ser aceptado.

La determinación de si ha existido o no la vulneración constitucional que denuncia el recurrente, impone hacer algunas consideraciones previas que nos permitirán definir el verdadero significado del IMSI, sus características técnicas y su funcionalidad en el marco de las comunicaciones telefónicas. Sólo así estaremos en condiciones de delimitar el régimen jurídico de su captación y subsiguiente incorporación al proceso penal.

A) El término IMSI es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.

A partir de esa descripción técnica, no parece existir duda alguna de que el IMSI integra uno de los diferentes datos de tráfico generados por la comunicación electrónica, en nuestro caso, la comunicación mediante

telefonía móvil. Su configuración técnica y su tratamiento automatizado por parte del proveedor de servicios son absolutamente indispensables para hacer posible el proceso de comunicación.

Tampoco resulta cuestionable que la comunicación mediante telefonía móvil ha de encuadrarse en el ámbito de las llamadas comunicaciones en canal cerrado, caracterizadas por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros del proceso de comunicación. En el presente caso, incluso, el empleo de tarjetas prepago —cuya adquisición, al menos por ahora, puede realizarse sin ofrecer datos precisos de identidad personal—, es bien expresivo del deseo de los comunicantes de mantener a toda costa el secreto de la comunicación.

(...)

En el presente caso, todas las conversaciones intervenidas lo fueron en virtud de autorización judicial. No sucedió lo propio con la captación del IMSI, obtenido por los agentes de la Guardia Civil mediante la utilización de un escáner en las proximidades del usuario. Una vez lograda aquella serie alfanumérica, se instó de los respectivos operadores —ahora sí, con autorización judicial— la identificación de los números de teléfono que se correspondían con esos IMSI y su consiguiente intervención.

B) A partir de esos datos, resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional, tomando como inspiración la STEDH de 2 agosto de 1982 —*caso Malone*—, ha venido insistiendo en que la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar,

siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los elementos externos del proceso de comunicación (cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 281/2006, de 9 de octubre. También, SSTS 1231/2003, de 25 de septiembre y 1219/2004, de 10 de diciembre).

La clave interpretativa ofrecida por la jurisprudencia del TEDH ha resultado decisiva para afianzar el espacio de exclusión del secreto de las comunicaciones, extendiendo su ámbito a esos otros datos externos que no tienen por qué trascender a terceros ajenos al proceso de comunicación. El problema radica, sin embargo, en que la solución ofrecida en el caso *Malone* —tanto por su singularidad, como por el estado de los avances técnicos en la fecha en que aquélla fue pronunciada— sólo pudo referirse a algunos datos muy concretos relacionados con la técnica del recuento —open register o comptage—. (...)

(...)

La afirmación de que los números de teléfono marcados, la hora y la duración de la llamada, forman parte de los datos externos al proceso de comunicación, pero requieren el mismo nivel de protección que el contenido de aquélla, siendo decisiva, sólo resuelve una pequeña parte del problema. Hoy en día la telefonía móvil genera toda una serie de datos de tráfico que van mucho más allá de aquéllos respecto de los que el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse, hace ahora más de 23 años.

(...)

Cuanto antecede advierte que el concepto de datos externos manejado por el TEDH en la tantas veces invocada sentencia del caso *Malone*, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución “datos de tráfico”, en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea. Y todo apunta a que la mecánica importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos

otros, puede conducir a un verdadero desenfoque del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado, en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

C) Conforme a esta idea, la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más, como pretende el recurrente, una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. No es objeto del presente recurso discernir, entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, cuáles de aquéllos merecen la protección reforzada que se dispensa en el art. 18.3 de la CE. En principio, ese carácter habría de predicarse, actualizando la pauta interpretativa ofrecida por el TEDH, de los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada. Y la información albergada en la serie IMSI, desde luego, no participa de ninguna de esas características. Varias razones avalan esta idea.

En primer lugar, que en los supuestos de telefonía móvil con tarjeta prepago esa información, por sí sola, no permite obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección por la vía del derecho al secreto de las comunicaciones. En segundo lugar, que esa numeración puede llegar a aprehenderse, incluso, sin necesidad de que el proceso de comunicación se halle en curso. Con ello quiebran también las ideas de funcionalidad y accesoriedad, de importancia decisiva a la hora de calificar jurídicamente el alcance de la tutela constitucional de esa información.

D) Es evidente, sin embargo, que la negación del carácter de dato integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, no implica su irrelevancia constitucional. La información incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE). Y es que, por más que esa clave alfanumérica, por sí sola, no revele sino una sucesión de números que ha de ser completada con otros datos en poder del operador de telefonía, su tratamiento automatizado haría posible un significativo nivel de injerencia en la privacidad del interesado. Que la numeración del IMSI encierra un dato de carácter personal es conclusión que se obtiene por la lectura del art. 3.a) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con arreglo al cual, dato personal es “...cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Admitido que esa numeración IMSI es integrable en el concepto de dato personal, por cuanto que mediante su tratamiento automatizado y su interrelación con otros datos en poder del operador puede llegar a obtenerse, entre otros datos, la identidad del comunicante, obligado resulta precisar el régimen jurídico de su cesión y, sobre todo, el de su aprehensión mediante acceso.

(...)

En principio, ya hemos apuntado *supra* cómo de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia constitucional, todos aquellos datos que puedan considerarse integrados en el secreto de las comunicaciones, se sustraen al régimen de tutela constitucional que ofrece el art. 18.4 de la CE y sus leyes de desarrollo, acogiéndose a la protección reforzada que impone el art. 18.3 en el que, siempre y en todo caso, se exige autorización judicial para cualquier forma de injerencia en el secreto de las comunicaciones. Así lo entendió, por otra parte, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado

de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones. En ella se razonaba que el art. 11.2.d) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, en cuanto autoriza un flujo inconsciente de información hacia autoridades no judiciales debe ser interpretado con extraordinaria cautela cuando el dato cuya cesión se pide está protegido ab origine por una garantía constitucional autónoma, como el secreto de las comunicaciones —art. 18.3 CE—, porque si bien el sacrificio del derecho fundamental configurado a partir del art. 18.4 de la CE como derecho a controlar el flujo de las informaciones que conciernen a cada persona —STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5.º— puede ser justo y adecuado cuando dicha información no sea particularmente sensible, el sacrificio de otros derechos fundamentales concurrentes exigirá una previsión legal más específica y concreta —STC 207/1996, FJ 6.A— que la que dispensa la cláusula abierta enunciada en el art. 11.2.d).

E) Sea como fuere, la entrada en vigor de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones —dictada para la transposición de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo—, obliga a un replanteamiento de buena parte de las posiciones doctrinales e institucionales que habían relativizado, en determinados casos, la exigencia de autorización judicial para la cesión de tales datos.

(...)

El legislador español ha optado, así lo afirma de manera expresa, por un sistema de autorización judicial. El art. 1 de la Ley 25/2007 señala que es su objeto “...la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y en-

juiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”. El art. 6.1 de la misma ley establece con toda claridad que “los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial”. Y entre los datos que han de ser objeto de conservación por los operadores se incluye, además de otros minuciosamente señalados en aquella ley, “la identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada (...) y de la parte que recibe la llamada” [art. 3.1.e).2.ºii) y iv).

Tampoco ahora la aparente claridad de ese precepto resuelve satisfactoriamente el interrogante suscitado en el presente recurso. Se oponen a ello dos razones básicas. La primera, la llamativa regulación de un sistema específico y propio para los servicios de telefonía mediante tarjetas de prepago (disposición adicional única de la Ley 25/2007); la segunda, la ausencia de un régimen particularizado para aquellos casos, no de cesión del dato representado por la tarjeta IMSI, sino de acceso a ese mismo dato al margen de la entidad responsable de los ficheros automatizados.

F) Respecto de la primera de las cuestiones, la lectura de la disposición adicional única de la tantas veces citada Ley 25/2007 sugiere la clara voluntad legislativa de fijar un régimen particularizado para la telefonía celular mediante tarjeta prepago. Su análisis encierra una especial importancia para el supuesto que nos ocupa, toda vez que las comunicaciones del recurrente con otros miembros de la organización se verificaban mediante telefonía móvil en su modalidad de prepago.

El apartado 1 de la mencionada disposición establece la obligación de los operadores de llevar un libro-registro en el que conste la identidad de los clientes que adquieran una tarjeta con dicha modalidad de pago. En el mismo apartado se precisan los aspectos formales de esa identificación que, tratándose

se de personas físicas, consistirá en “...el documento acreditativo de la personalidad, haciéndose constar en el libro-registro el nombre, apellidos y nacionalidad del comprador, así como el número correspondiente al documento identificativo utilizado y la naturaleza o denominación de dicho documento”.

Pues bien, el apartado 2 de la mencionada disposición adicional única, aclara que “...desde la activación de la tarjeta de prepago (...) los operadores cederán los datos identificativos previstos en el apartado anterior, cuando para el cumplimiento de sus fines les sean requeridos por los agentes facultados, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos Policiales de las Comunidades Autónomas con competencia para la protección de las personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, así como los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera”. Y con visible redundancia, el apartado 4 repite el mismo mensaje para aquellos casos en los que tales datos de identificación “...les sean requeridos (...) con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito contemplado en el Código Penal o en las leyes penales especiales”.

Podría pensarse que este precepto, más allá del deseo estatal de someter a mayor control la telefonía móvil en su modalidad prepago, no añade nada al régimen general de autorización judicial establecido por el art. 6.1 de la Ley 25/2007. Sin embargo, la mención individualizada a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, funcionarios de Vigilancia Aduanera y personal del Centro Nacional de Inteligencia, cuando actúan en el ejercicio de las funciones de investigación y detección de los delitos, frente a los agentes facultados —esos mismos agentes cuando actúan con el respaldo de una autorización judicial previa— parecería avalar la idea de una excepción al régimen general.

No es fácil aceptar este criterio. De una parte, porque esta misma Sala ha dicho —y hemos transcrito *supra*— que el formato tecnológico en el que el proceso de comunicación se verifica no debe implicar una disminución del canon constitucional de protección del derecho al secreto de las comunicaciones. Además, carecería de sentido que la Ley 25/2007 se propusiera regular un singularizado régimen de injerencia en la telefonía mediante tarjeta prepago cuando uno de los elementos definitorios de esa modalidad de comunicación, esto es, la posibilidad de asumir la condición de usuario sin revelar datos de identificación personal, está destinada a su desaparición, según se desprende de los apartados 7 y 8 de la mencionada disposición adicional única.

G) Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI —también en los casos de telefonía móvil mediante tarjeta prepago—, hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato —no su cesión— puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa.

La primera idea que sugiere la lectura de la Ley 25/2007 es que sus preceptos se centran en ofrecer un casuístico régimen jurídico de la conservación y cesión por las operadoras de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas —en nuestro caso, del IMSI—, pero no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular. Cobra todo su significado el régimen jurídico del acceso a los ficheros contemplado por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos. Y es que frente al silencio de la nueva regulación, esta ley dispone que “la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas

afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2). Además, “la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales” (art. 22.3).

Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, de 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal —nunca con carácter puramente exploratorio—, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectarían a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

Hecha la anterior precisión, está fuera de dudas que el IMSI, por sí solo, no es susceptible de ser incluido en alguna de esas

dos categorías. Ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos. Como ya se razonó supra, ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración IMSI brinde a los investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador. Y es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre

cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia.

Sentencia 263/2008, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2008

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Art. 20.7.º Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Se recuerdan en la sentencia los elementos que exige la apreciación de la causa de justificación “cumplimiento de un deber”, prevista en el número 7 del artículo 20 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primer supuesto que contempla la eximente del art. 20.7.º del CP es el del cumplimiento de un deber, es decir, la ejecución de una conducta obligada por el

Derecho, que la impone a su autor, y que además es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley.

Los casos más importantes de cumplimiento de un deber son aquellos relaciona-

dos con las obligaciones impuestas a cargos públicos, cuyo efectivo cumplimiento supone la vulneración de un bien jurídico perteneciente a un tercero. Así ocurre con el derecho a la libertad en el caso de la detención o, especialmente, con el derecho a la integridad física cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad recurren a la violencia para el cumplimiento de sus funciones. En estos casos ha de atenderse a que los agentes se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con exigencias más rigurosas si el agente se encuentra fuera de su demarcación o franco de servicio; que el empleo de la violencia sea necesario, requisito ineludible para la eximente completa o incompleta, y que la empleada sea proporcional a la necesidad de recurrir a ella, lo cual ha de ponerse en relación directa con la importancia o trascendencia de la infracción concreta que se trata de evitar mediante la actuación en cumplimiento del deber, sin perder de vista que no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les pueden ocasionar, sino de una operación de mayor amplitud en la que del lado del cumplimiento del deber se encuentra la vigencia del derecho frente a su vulneración.

Es obligado conforme a lo antes explicado, concretar aún más los conceptos, siquiera sea porque, si se trata de limitar o cercenar de algún modo bienes jurídicos ajenos, es preciso la mayor meticulosidad en aras precisamente de la seguridad jurídica que los actos enjuiciados en este área pretenden defender.

Que el sujeto activo ha de ser Autoridad o Agente no cabe duda alguna, pero sin embargo ha de precisarse que dicha condición ha de ser también funcional, razón por la cual ha de encontrarse aquél en el ejercicio efectivo del cargo, de manera presente, activa y manifiesta, por lo que la situación puede ser distinta si el Agente, por ejemplo, se encontrare fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia (ver las Sentencias de 24 de enero de 1994 y 20 de febrero de 1992), supuesto en el cual las exigencias para legiti-

mar la actuación del sujeto activo han de ser aún más rigurosas, pues habrá que sopesar no sólo el grado de peligrosidad o de trascendencia insertos implícitamente en la presunta actuación delictiva que se quiere abortar, sino también las obligaciones que intrínsecamente acompañan al Agente de la Autoridad, según la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, como función imprescindible de la representación que ostenta cualquiera que sea el lugar y tiempo (art. 5.4 de la misma).

Tampoco cabe duda de que la actuación policial, en este caso concreto, debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es así pues que si el uso de la fuerza no era necesario para la defensa del orden jurídico, de la seguridad ciudadana, o incluso para prevenir el delito, entonces la actuación queda fuera de la protección legal, queda “extramuros” de la eximente del cumplimiento o ejercicio del deber. El ejercicio correcto de los Agentes implica la mayor garantía del derecho dentro del ámbito de lo que son “intereses ajenos a defender”, garantía ya fuera de lugar si falta aquella necesidad.

Tal necesidad puede ser, para aquilatar más el concepto, abstracta o cualitativa y concreta o cuantitativa. La abstracta, *ex ante*, se corresponde con la teoría jurídica antes de producirse el supuesto concreto, es decir hasta que se toma la decisión de actuar por necesidad. Cuando el Agente cree que ha de actuar conforme a su deber. Es el juicio sereno y reflexivo, cuidadoso y legal, al que se refería la Sentencia de 16 de mayo de 1983 con objeto de que la defensa del orden jurídico se alcance con el menor daño posible a personas o cosas. Es también, la congruencia y la oportunidad, también obviamente la proporcionalidad, con que se ha de proceder al utilizar el Agente los medios a su alcance, según igualmente dispone el art. 5.2 de la Ley Orgánica antes citada.

Otra cosa es la necesidad concreta *ex post* en la que, durante la ejecución del deber, se produce una manifiesta inadecuación

de los medios utilizados por resultar cuantitativamente excesiva la violencia utilizada en la defensa del orden jurídico, lo que incidiría en la eximente incompleta, precisamente el supuesto de ahora” (véase STS de 14 de mayo de 1998).

El elemento de la necesidad o imprescindibilidad de la acción violenta se destaca como factor insustituible para la apreciación de la eximente, pues para el cumplimiento del deber debe hacerse necesario hacer uso de la violencia, porque, sin tal violencia, no les es posible al Agente de la Autoridad cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe (véase STS de 5 de noviembre de 2002).

El mismo criterio lo mantiene la STS de 19 de enero de 2005 cuando excluye la aplicación de la eximente, ni siquiera incompleta, “... pues se echa en falta el requisito básico o imprescindible de la ‘necesidad’ de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que ‘... para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe’.”

“‘Necesidad en abstracto’ siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato his-

tórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado ‘... no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes’”.

Y, en fin, la STS de 22 de enero del mismo año, señala “Esta Sala —dice la sentencia 871/1998, de 19 de junio, en un caso idéntico— estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la eximente alegada (...) con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería”. Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal *a quo*, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más ‘comprensiva’ (*sic*), ante la ‘respuesta inicial descor- tés y obstructiva respecto del policía actuante’, pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente”.

Sentencia 292/2008, Sala de lo Penal del TS, de 28 de mayo de 2008

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES

Arts. 18.1 y 3 CE; LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos; 3 y 7 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se expone la doctrina general sobre el alcance del secreto de las comunicaciones realizadas a través de la Red, admitiendo la legalidad de las diligencias policiales de rastreo de material pedófilo con obtención del IP del acusado sin requerirse para ello autorización judicial. La Sala advierte, no obstante, de la previsible modificación de la doctrina en esta materia a consecuencia de las nuevas exigencias introducidas con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones que no se hallaba en vigor al tiempo de la investigación policial analizada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—(...)

La sentencia recurrida rechaza que la actuación del acusado se encuentre protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones —concretamente las comunicaciones postales—, apoyándose para ello en la STC de 9 de octubre de 2006, según la cual “las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquéllas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos. Aunque en la jurisprudencia constitucional no encontramos pronunciamientos directos sobre el ámbito objetivo del concepto constitucional de “comunicación”, sí existe alguna referencia in-

directa al mismo derivada del uso indistinto de las expresiones “comunicación” y “mensaje”, o del uso de términos como “carta” o “correspondencia” cuando de la ejemplificación del secreto de las comunicaciones postales se trataba (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7)”. Añade significativamente esta sentencia que “de todo ello deriva que la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.

Sin embargo, considera esta Sala que, en cualquier caso, y en principio, la comunicación de una persona con otra, a través de las posibilidades que ofrece la Red, se encuen-

tra dentro del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 18.3 de la CE, que, recordemos, garantiza el secreto de las comunicaciones en general, aunque “en especial” de las postales, telefónicas y telegráficas siempre, claro está, que en cada caso quede constatado que tales comunicaciones se realizan en el ámbito de la privacidad de los comunicantes y en el ejercicio de su derecho a la intimidad, es decir, con voluntad de excluir toda injerencia de terceros en esa relación comunicativa, situación que habrá de ponderarse en cada supuesto atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, cuando la comunicación a través de la Red se establece mediante un programa P2P, como en el *EMULE* o *EDONKEY*, al que puede acceder cualquier usuario de aquélla, el operador asume que muchos de los datos que incorpora a la red pasen a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet, como, por ejemplo el IP, es decir, la huella de la entrada al programa, que queda registrada siempre. Y fue este dato, el IP del acusado, el que obtuvo la Guardia Civil en su rastreo de programas de contenido pedófilo, dato que —conviene repetir y subrayar— era público al haberlo introducido en la Red el propio usuario —el acusado— al utilizar el programa P2P. Por ello, no se precisa autorización judicial para conocer lo que es público, y esos datos legítimamente obtenidos por la Guardia Civil en cumplimiento de su obligación de persecución del delito y detención de los delincuentes, no se encuentran protegidos por el art. 18.3 de la CE.

Porque, debe recordarse, el IP del acusado que averiguó la Guardia Civil, no identifica la persona del usuario, lo que hace necesario para conocer el número del teléfono y titular del contrato la autorización judicial, que es lo que se hizo aquí, pues la Policía judicial a través de un oficio de 6 de noviembre de 2005, completado por un informe de 24 de octubre del mismo año del Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil interesa la preceptiva autorización que obtu-

vo con el libramiento de mandamiento judicial dirigido a los operadores de Internet para identificar ciertas direcciones IP del ordenador al objeto de proseguir la investigación.

Décimo.—Si, como ha quedado razonado, la obtención por la Guardia Civil del IP del acusado —única actuación policial en todo el procedimiento de investigación no controlada y dirigida por la Autoridad judicial— no ha quebrantado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 de la CE, debemos ahora enfocar el problema desde la perspectiva de las disposiciones legales que tienen por finalidad desarrollar la protección de la intimidad de las personas que consagra el art. 18.1 de la CE, y, en concreto, la protección de datos personales que afecten a esa intimidad. En este ámbito destacan la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de 21 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 31 de marzo de 2008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005, de cuya normativa parece inferirse que la identificación del titular de una determinada terminal telefónica o usuario de Internet, únicamente podrá obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial.

Esto es lo que acaeció en el caso examinado, como ya se ha dicho, cuando, averiguado el Internet Protocol de quien obtenía el material pedófilo, mediante el rastreo policial del espacio público, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quien tenía asignado ese IP se llevaron a cabo bajo control judicial.

No cabe negar que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, da un paso de gigante —excesivo o desmesurado según la doctrina científica especializa-

da—, al desarrollar la Directiva de la Unión Europea 2006-24 de la CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Ley tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos Policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera. Esta Ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa, es decir “la identificación del usuario asignada” en el acceso a Internet, como expresamente establece el art. 3.a.2.º.i), así como “el nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono”. Por su parte, el art. 7 (procedimiento de cesión de datos) determina que los datos a los que se refiere el art. 3 necesitarán una resolución judicial para su cesión a los funcionarios policiales, con lo que, en principio, parece claro que la obtención del IP se encuentra sometida a esta exigencia, lo cual no resulta muy congruente con el hecho

tantas veces repetido en esta resolución de que la obtención de ese dato por los servicios policiales se produjo lícitamente, con lo cual la incongruencia se convierte en absurdo cuando se requiere por la norma una autorización judicial para acceder a un dato que el propio interesado ha permitido ser de público conocimiento. Cuestión distinta será en los supuestos en los que en las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza para cuyo progreso sea necesario conocer el IP (o el número telefónico) de una determinada persona que hasta el momento es desconocido, se tenga que acatar esa exigencia legal.

La complejidad de la materia, su ductilidad, y las singulares características de la normativa que la regula, hace necesario que futuras resoluciones de esta Sala vayan perfilando un cuerpo de doctrina atendiendo a las peculiaridades de cada caso en concreto. Como aquí hemos hecho en el supuesto de autos, abundando y compartiendo el criterio establecido en la reciente sentencia de esta Sala n.º 1797/2007, de 9 de mayo.

Añádase a lo expuesto que, en cualquier caso, la referida Ley que contiene esa novedosa exigencia no estaba en vigor al tiempo de la investigación realizada por el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil.

Sentencia 322/2008, Sala de lo Penal del TS, de 30 de mayo de 2008

TESTIGO PROTEGIDO

Arts. 4.1 y 3 LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

SÍNTESIS

Negativa del Tribunal de instancia a revelar la identidad de testigo protegido que la Sala considera justificada en atención a las circunstancias especiales concurrentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

I. La defensa de Juan Alberto invoca el art. 850.1 de la LECrim., argumentando que se le denegó una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se consideraba pertinente. El recurrente interesó la identificación del testigo protegido A-5 con el fin de conocer la existencia de posibles móviles que condicionaran su testimonio. La Sala denegó tal petición, lo que originó la oportuna protesta, al estimar que el relato de ese testigo fue decisivo para fundamentar la condena del hoy recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas.

El motivo no puede prosperar.

Es cierto que la declaración de los testigos en el acto del juicio oral ha de desarrollarse con escrupuloso respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa. También lo es que la plena vigencia de este derecho exige el conocimiento previo por las partes de la identidad de aquellos testigos que, por razones de seguridad y a lo largo de la instrucción, han sido objeto de alguna de las medidas de protección que contempla la LO 19/1994, de 23 de diciembre. Así lo viene entendiendo una jurisprudencia plenamente consolidada de esta Sala (cfr. SSTs 828/2005, de 27 de junio; 354/1999, de 3 de marzo; 861/1997, de 11 de junio; 563/1997, de 25 de abril; 737/1997, de 13 de mayo, entre otras), en línea con algunos de los pronunciamientos más destacados sobre esta materia del TEDH [cfr. sentencias de 29 de septiembre de 1990 (caso *Windisch*), de 20 de noviembre de 1989 (*Kotovski*) y 19 de diciembre de 1990 (*Delta*)].

Sin embargo, la propia LO 19/1994, de 23 de diciembre, arbitra medios encaminados a hacer compatibles aquellos principios legitimadores del proceso penal con la necesidad de preservar la integridad física de quien es llamado a declarar como testigo, idea que no ha pasado desapercibida a esta

Sala. No otra interpretación admite el art. 4.1 de la mencionada ley, con arreglo al cual, “recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate”.

La resolución del órgano decisorio es susceptible de impugnación por las partes y si cualquiera de ellas “...solicita motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley” (art. 4.3).

La lectura contrastada de ambos preceptos impide interpretar el apartado 3 —que obliga a desvelar la identidad de los testigos—, en absoluta desconexión con el apartado 1 —que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción—. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3, subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando

también sujeta al normal juicio de pertinencia.

No faltan pronunciamientos en nuestra jurisprudencia que aceptan la negativa de la Audiencia Provincial a revelar la identidad de los testigos en aquellos casos en que concurran circunstancias especiales que así lo aconsejen (cfr. SSTs 1047/2006, de 9 de octubre; 98/2002, de 28 de enero; 1027/2002, de 3 de junio y 961/2006, de 25 de septiembre). Esta última resolución, fue incluso más allá, llegando a estimar razonable la negativa de la Sala a aportar la hoja histórico-penal del testigo protegido, pues ello habría contribuido a desvelar su identidad.

En definitiva, la excepcionalidad de la medida y, sobre todo, su racionalidad en supuestos especiales en los que exista un temor fundado de grave riesgo para la integridad física del testigo, justifican la aplicación del art. 4.1 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre y el consiguiente mantenimiento de

las medidas de protección acordadas por el Juez instructor.

En el presente caso, la sentencia de instancia —invocando la doctrina sentada en la STS 98/2002, de 28 de enero— explica el porqué de su negativa, recordando que el hoy recurrente no justificó las razones que imponían la necesidad de desvelar la identidad de los tres testigos protegidos. Incluso, en el FJ 5.º, cuando aborda la valoración de la declaración del testigo protegido número 5, reflexiona sobre las lagunas de memoria que se hicieron visibles en algunos pasajes su testimonio, dudas que, a juicio del Tribunal a quo, “...deben ser interpretadas bajo las amenazas que ha venido recibiendo el testigo y que precisamente venían a confirmar la necesidad de ser mantenida su cualidad de testigo protegido y la negativa de la Sala a revelar a las defensas la identidad del mismo”.

El motivo carece de fundamento y se impone su desestimación (art. 885.1 LECrim).

Sentencia 324/2008, Sala de lo Penal del TS, de 30 de mayo de 2008

ESTAFA: DESCUENTO BANCARIO

Art. 248 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar**

SÍNTESIS

Se aplica el criterio establecido en el Acuerdo de Sala de 28 de febrero de 2006 (recogido en el número 18 de la Revista de Derecho Penal), en el sentido de que “el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Por el motivo tercero, el autor del recurso invoca infracción de ley, del nú-

mero primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender indebidamente aplicados los arts. 248.1.º y 249 del Código Penal.

De la lectura de los hechos probados, resulta que el acusado suscribió un contrato de ejecución de obra con el perjudicado, aquél como contratista, y éste como dueño de la obra, para la construcción de una vivienda unifamiliar. Se trataba, ciertamente, de un presupuesto muy ajustado, por importe de 64.001,78 euros, sin incluir IVA, muy inferior al fijado en su proyecto por el arquitecto, el cual, no obstante, fue ofrecido al dueño de la obra, quien lo aceptó, y comenzó el pago de cantidades, hasta un total de 11 entregas de dinero, entregas que no se hacían contra certificaciones de obra, sino que se iba adelantando dinero ante la petición que le hacía el ahora recurrente, quien decía que lo necesitaba para adquirir materiales para tal obra, y en consideración a la palabra que le daba el constructor, en el sentido de que iba a terminar muy pronto la obra, pero éste (el Sr. Jesús Miguel) “era consciente de que no iba a poder concluir la obra”, y cuando faltaba bastante para la terminación de la misma, decidió el perjudicado no entregar cantidad alguna más, siendo así que “el material de obra realmente comprado no justifica la petición de dinero adelantado”. Además de estos asertos fácticos que resultan de los hechos probados (en donde se omite, por cierto, el último párrafo de la precedente sentencia), en los fundamentos jurídicos puede leerse que el acusado no terminó la obra, “pues sabía que le iba a resultar imposible”, y que la Sala sentenciadora de instancia también valora “la diferencia tan grande entre el dinero que percibía a cuenta y el grado de ejecución de obra que realizó (menos de la mitad de lo presupuestado)”, lo que, en términos de los jueces *a quibus*, avala la concurrencia de obrar con dolo de engaño, espina dorsal del delito de estafa. E incluso se hace constar que el acusado se llevaba los materiales de la obra contratada porque le hacían falta para otras obras, viéndose obligado a comprarlos el propio denunciante.

De los elementos fácticos, resulta el engaño bastante, que es sustancial al delito de

estafa. En efecto, hemos declarado (Sentencia 229/2007, de 22 de marzo), que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. También hemos sostenido que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa, la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

En el caso, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar, pero, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias observaciones contractuales para instrumentalizarlas al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de contraprestaciones previamente asumidas con regularidad negocial. Se trata de la defraudación de una expectativa contractual, otras veces denominada negocio jurídico criminalizado. Por consiguiente, cuando ello ocurre, y se incurre en delito, no puede hablarse de resolución contractual, actos de intimación, requerimientos de pago o de ejecución, etc., porque nos encontramos ante un actuar no solamente ilícito, sino delictivo, en donde no tienen cabida tales resortes contractuales, propios de una relación obligacional, regulada en las leyes civiles.

La distinción entre el incumplimiento contractual y el delito de estafa, ha sido citada por esta Sala Casacional en la tipificación del elemento de engaño como nuclear del delito de estafa, que se correspondía con la constatación del dolo antecedente como integrante de tal elemento, siendo así que el dolo *subsequens* neutralizaba cualquier posibilidad delictiva. Este planteamiento dejó

de ser asumido por este Tribunal Supremo, a partir del Acuerdo Plenario de fecha 28 de febrero de 2006, en donde, a propósito del delito de estafa y el contrato de descuento bancario, se acordó que: “el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato”.

Es decir, tanto si la ideación criminal que el dolo representa surge en momento anterior al concierto negocial, como si surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato, es suficiente para integrar el delito. El cambio jurisprudencial viene operado por la consideración de que no siempre es necesario exigir que el dolo sea antecedente, como condición absoluta de la punibilidad del delito de estafa. De mantener esta posición, impediría tener por típicos ciertos comportamientos en donde el contrato inicialmente es lícito, y no se advierte dolo alguno en el autor. Éste actúa confiado en el contrato, lo mismo que el sujeto pasivo del delito. Es con posterioridad en donde surge la actividad delictiva. En efecto, el agente idea que puede obtener un lucro ilícito, aprovechándose de las circunstancias hasta ese momento desplegadas, y conformando los factores correspondientes para producir el engaño.

Esto es lo que ocurre en este caso. El autor cree inicialmente que puede cumplir con su obligación, pero sucesivamente, cuando

la obra da comienzo a su ejecución, es perfecto conocedor de su imposibilidad. A partir de ahí, se omite el deber de información que debe, conforme a su ámbito negocial, de modo que lejos de exponer al dueño de la obra la imposibilidad de cumplir el contrato, sigue recibiendo entregas de dinero, a sabiendas de que no podrá cumplir. Es más; las emplea para adquirir materiales que son destinados a otras obras, y sigue percibiendo cantidades por parte del perjudicado, de modo que, al no poder cumplir con su parte, se producirá ese aprovechamiento que requiere el ánimo de lucro, consumándose el desplazamiento patrimonial típico del delito de estafa. Estamos en presencia de un dolo que se muestra omisivo, esto es, en donde el autor del delito omite cualquier deber que le incumbe acerca del incumplimiento de su contraprestación, de modo que la parte contraria confía en la normalidad de la relación jurídica, y continúa considerándola sinalagmática, cuando todo ello es fruto del engaño del autor, consumándose el delito. Ya expusieron los jueces *a quibus*, relativamente a la conducta del recurrente, de que “era consciente de que no iba a poder concluir la obra”, y aún así, seguía recibiendo cantidades por parte de Imanol. Y en los fundamentos jurídicos puede leerse que el acusado no terminó la obra, “pues sabía que le iba a resultar imposible”. Mayor claridad de lo que venimos exponiendo, no cabe.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 340/2008, Sala de lo Penal del TS, de 3 de junio de 2008

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Art. 617 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Rechaza la calificación de lesiones imprudentes causadas al saltar una valla quien huye de una agresión, por entender rota la relación de causalidad con ésta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

2. Tenido en cuenta que nos encontramos ante un recurso por infracción de ley y que la valoración de la prueba se realiza sobre informes médicos que pueden ser objeto de interpretación, es necesario valorar, sin modificar el hecho probado, si se puede conectar la actitud de los acusados con el comportamiento posterior del lesionado y con la causación de las lesiones por la caída y las traumáticas consecuencias posteriores.

3. Descartados por la sentencia el dolo directo y el eventual, sólo nos queda por debatir la imprudencia que se atribuye a los dos recurrentes como desencadenantes de una acción que produce un resultado no querido directamente, pero en cierto modo, con origen en el peligro creado por la actitud agresiva de los acusados. Como recoge un pasaje de la sentencia, sólo es admisible restablecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción indiscutible de dicho peligro. Dicho de otra manera es necesario conectar el peligro con el resultado.

Más adelante recuerda que no se puede, sin caer en teorías tan superadas como la del *versare in re illicita*, el imputar a quien ejerce violencia sobre una persona cualquier resultado lesivo con tal de que sea objetivamente imputable a su acción al margen de la representación del resultado.

4. La sentencia, en el Fundamento de Derecho noveno, se extiende en consideraciones no muy detalladas sobre el escenario de los hechos, las personas que acometieron al lesionado para después dejar en la imprecisión si su caída se produce al bajar tres escalones o saltar un muro de un metro de altura, que es la primera versión que el lesionado facilita al médico que le atiende.

Ajustándonos al relato de hechos, debemos partir de la conducta inicial del acusado por si pudiera tener relevancia o significado para justificar o adecuar la actitud de los acusados. Se nos dice en el relato fáctico que el lesionado acudió a la barriada con intención de comprar sustancias estupefacientes. Sin solución de continuidad, se añade, que fue increpado por los acusados que le agredieron propinándole, en concreto, varios puñetazos y patadas.

Nada se dice sobre los antecedentes y causas de esta conducta que parece, según el relato fáctico, totalmente caprichosa e injustificada, sin motivación alguna. Existen datos que nos pueden dar pistas sobre el origen de la agresión, pero al no estar en el relato fáctico no podemos utilizarlos.

5. Al parecer, el lesionado huye del lugar y es perseguido por los acusados, saltando un muro de aproximadamente un metro, sufriendo una caída que le ocasiona una contusión en rodilla derecha con fractura de ambas mesetas tibiales, que derivó en isquemia del miembro que tuvo que ser amputado a nivel inferior del muslo.

6. La acción inicial, socialmente desaprobada, tiene unos perfiles y contenido que se manifiesta en una agresión con puños y patadas por lo que necesariamente debemos valorarla negativamente.

Como se ha dicho por la doctrina, en los delitos de resultado hay que decidir, conforme a las reglas generales, si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado. En otras palabras, descartada la interferencia causal de la conducta del lesionado en el hospital, si el hecho se puede conectar de forma científica, natural o filosófica con el resultado, es decir, si la acción es el desencadenante científico y naturalmente inobjetable del resultado.

7. Descartando las teorías clásicas sobre la causalidad, nos quedamos con la más razonablemente adaptada a las exigencias

de los efectos de la acción de tal manera que el resultado se suelde sin fisuras, según las leyes de la acción-reacción, con el resultado típico. Esta metodología es imprescindible en los casos en los que la causalidad puede resultar dudosa o, por lo menos, abrir espacios al vacío causal, o a la ruptura de los eslabones causales por interferencia entre la acción y el resultado de acontecimientos debidos al azar y absolutamente imprevisibles, para ser alcanzados y asumidos por el autor o autores del hecho desencadenante.

8. Nos situaremos por ello en la teoría de la adecuación y de la relevancia. La huida ante una agresión es algo usual y lógico. Si la persona que huye se encuentra en un espacio abierto y puede escoger el lugar por el que pretende evadirse de sus agresores o incluso tiene ante sí varias posibilidades, el escenario y la orografía del lugar así como las condiciones en que se encuentra ante la necesidad de huir juegan un papel determi-

nante. Cuando la víctima se encuentra acorralada y atemorizada dadas las circunstancias y la inminencia de la agresión, cualquier acción que pueda emprender a la desesperada cabe perfectamente dentro de la imputación a las acciones que han creado esta alta dosis o posibilidad de riesgo. Por ello, en el caso presente, dada la absoluta ausencia de obstáculos o peligros ciertos en la huida que nos relate la sentencia, debemos decantarnos por lo absolutamente inusual y anómalo de una caída al saltar un muro que ni siquiera se dice que llegara al metro, lo que debe imputarse a atribuirse a la impericia o fatalidad pero en ningún caso a los que le perseguían que ni siquiera se sabe si estaban a punto de alcanzarle. Por ello, el resultado no les puede ser atribuido, ni siquiera a título de imputación objetiva.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 307/2008, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2008

PRINCIPIO DE LA *POENA NATURALIS*

Art. 21.6.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Se admite como circunstancia atenuante analógica el padecimiento que el autor del delito sufrió como consecuencia de la ejecución del mismo, en el sentido de la denominada poena naturalis, argumentando su compatibilidad con los fines constitucionalmente asignados a la pena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El recurso del representante del Ministerio Fiscal denuncia la infracción del art. 21.4.^a del CP por considerar que la revelación del delito por el autor no puede ser

considerado como confesión, en los términos de esa disposición, cuando la misma no ha sido realizada ante la autoridad sino ante médicos de un hospital público y está motivada en el peligro mortal del acusado y en la finalidad de salvar su vida.

El motivo debe ser desestimado.

1. La estimación de la circunstancia del art. 21.4.^a del CP en el presente caso es correcta. Nuestra jurisprudencia ha considerado en general que el arrepentimiento y cualquier otra motivación moral no es condición de la aplicación de esa atenuante. Consecuentemente, se trata de una atenuante cuyos efectos dependen de sus elementos objetivos. Por lo tanto, la circunstancia de que la confesión no haya sido realizada ante la autoridad de persecución del delito, sino ante médicos legalmente obligados por el art. 262 de la LECrim. a comunicar la comisión del mismo a las autoridades no permite excluir la aplicación de la atenuante, dado que los médicos de un hospital público son funcionarios obligados a denunciar y en este sentido son representantes de las autoridades de persecución del delito.

2. En segundo lugar, tampoco es jurídicamente aceptable la impugnación basada en que el Tribunal *a quo* consideró la agravante como muy cualificada por haber tenido en consideración los padecimientos que el autor del delito sufrió como consecuencia de la ejecución del mismo.

La filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicadas por la autoridad judicial (entendido básicamente como privación de derechos fundamentales) debe ser considerado también el mal representado por la *poena naturalis*, es decir, aquel mal que sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes (confr. STS 1657/2002). Ello es simplemente consecuencia de que el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena no debe ser superior al mal causado por el mismo. Este aspecto de la concepción retributiva de la pena, que actualmente es consecuencia de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad así como de la idea de justicia del art. 1 de la CE, no ha sido cuestionado por ningu-

na teoría basada en la reinserción social y, por lo tanto, no puede estar en contradicción con la filosofía de la pena que inspira la Constitución (art. 25.2 de la CE).

En el derecho penal moderno la idea de la resocialización no conlleva una renuncia al principio de culpabilidad ni a la proporcionalidad de la pena con dicha culpabilidad. Es de tener en cuenta, además, que en el derecho europeo no faltan códigos penales donde la idea está recogida en forma expresa [ver § 60 del Código Penal (StGB) alemán].

Ciertamente en el derecho vigente no existe una norma semejante, pero ello no impide que una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al principio constitucional de culpabilidad (ver STC 150/1991 y recientemente entre otros muchos precedentes anteriores la citada STS 1657/2002), es decir el que determina no sólo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La jurisprudencia de esta Sala ha superado hace tiempo, sin perjuicio de algún precedente que se aparta de la línea fundamental (STS 806/2002), la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 del CP. Actualmente predomina como criterio determinante de la analogía el de la idea general en la que se apoya la atenuación; es decir: la menor culpabilidad por el hecho o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito.

Consecuentemente, el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causa-

do por el autor. Como lo destaca la doctrina, esta concepción de la proporcionalidad no impide contemplar en la individualización de la pena otras finalidades de carácter pre-

ventivo. Razonamientos análogos sostienen las decisiones de esta Sala respecto de los efectos de las dilaciones indebidas en la medida de la pena.

Sentencia 362/2008, Sala de lo Penal del TS, de 13 de junio de 2008

COHECHO PASIVO IMPROPIO

Arts. 421 y 426 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial en torno a la figura del denominado cohecho pasivo impropio (recibir dádivas o regalos en atención a la función desempeñada). Aunque se solicitó la aplicación del artículo 421 del Código Penal y finalmente resultó aplicado el artículo 426 del mismo cuerpo legal, no se produce vulneración del principio acusatorio, por entenderse sustancialmente homogéneas las diversas modalidades típicas de cohecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., la defensa de ambos recurrentes denuncia la indebida aplicación del art. 426 del CP, en relación con el art. 74 del CP.

Para defender su motivo, la representación de Cristóbal e Íñigo hace una serie de consideraciones referidas al bien jurídico protegido en ese delito. Cuestiona que se haya conculcado el principio de imparcialidad impuesto a todos los funcionarios públicos. Rechaza que se hayan producido interferencias en el ejercicio de las funciones asignadas a ambos guardias civiles. Precisa también que la honradez o la integridad del funcionario público, en cuanto bienes jurídicos, no son merecedores de protección penal. En el desarrollo del motivo, el recurrente incluye, con notoria imprecisión sistemática, algunas consideraciones acerca de una posible vulneración del principio acusatorio, en

la medida en que ambos acusados lo fueron como autores de un delito de cohecho del art. 421. La Sala, sin embargo, les ha condenado como autores de un delito del art. 426, imponiéndole una pena que no ha sido solicitada por nadie.

El motivo no es viable.

I. Por lo que afecta a la indebida aplicación del art. 426 del CP, esta Sala no detecta el error jurídico que se atribuye al Tribunal *a quo*.

Las consideraciones del recurrente acerca de la injustificada protección penal de un bien jurídico como el que late en el art. 426, no pasan de ser simplemente eso, unas reflexiones tan apreciables como insuficientes para el éxito del efecto impugnatorio que anima el motivo. El art. 426 del CP acoge, desde la reforma introducida por la LO 9/1991, de 22 de marzo, la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Confor-

me a la redacción actual, coincidente con la del previgente art. 390 del CP de 1973, este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Es preciso, en consecuencia, que concurren una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, de 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “... protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”.

La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, de 21 de enero, cuando precisa que “... el término ‘en consideración a su función’ debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el

particular no se hubiere dirigido a él ofreciendo o entregando aquélla”.

No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.

Pues bien, en el presente caso, ateniéndonos al juicio histórico —de obligada aceptación cuando se emplea la vía que ofrece el art. 849.1.º de la LECrim.—, ambos acusados, miembros de la Guardia Civil, “... entre las fechas comprendidas entre finales del año 2003 y 1 de junio de 2004”, frecuentaban el Club Flamingo’s. Añade el *factum* que esas visitas se producían “... en algunas ocasiones como motivo de su función como Guardias Civiles y de servicio, y de forma particular fuera de servicio en la mayoría de las ocasiones (...). En sus visitas al Club no abonaban las consumiciones que tomaban en él, así como tampoco abonaban los servicios sexuales que recibían de las mujeres que trabajaban en el local, toda vez que el encargado del mismo había cursado instrucciones a los empleados para que no lo cobrasen en atención a su condición de Guardias Civiles”.

La simple lectura de ese fragmento ya advierte de que la acción imputada a ambos acusados desborda con claridad los límites de la adecuación social. El no abono durante seis meses de las consumiciones de un club de alterne y, sobre todo, la asunción por el encargado del coste económico propio de los encuentros sexuales que Íñigo y Cristóbal mantenían con las prostitutas que allí trabajaban, va más allá de la idea de exclu-

sión de la tipicidad por adecuación social. Esa generosidad no puede ahora escudarse en actos de liberalidad propios de un contexto social tolerante con ese tipo de regalos. La condición de guardias civiles de ambos acusados —uno de ellos sargento— no conduce a otra conclusión que la que expresa la Sala de instancia cuando afirma en el penúltimo párrafo del FJ 4.º de la sentencia recurrida que “... estos servicios se efectuaron sin coste alguno para los acusados en su consideración de Guardias Civiles, por expresas instrucciones del encargado Imanol, a fin de mantener una situación de complacencia con ellos que pudiera redundarle en la dispensación de un trato de favor futuro”.

El motivo, en consecuencia, es inviable por su falta de fundamento (art. 885.1 de la LECrim.) y por no respetar el juicio histórico (art. 884.3.º y 4.º de la LECrim.).

II. Igual suerte desestimatoria ha de correr la alegada vulneración del principio acusatorio. Ambos recurrentes fueron acusados por el Ministerio Fiscal del delito previsto en el art. 421 del CP y resultaron finalmente condenados por el tipo regulado en el art. 426.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional —de la que las SSTC 122/2000, 16 de mayo y 53/1987, de 7 de mayo, son fieles exponentes—, se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del alcance del principio acusatorio, en la exigible correlación entre acusación y defensa. Allí se explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de “contestación” o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que

haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia” (SSTC 11/1992, FJ 3; 95/1995, FJ 2; 36/1996, FJ 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse” (SSTC 205/1989, FJ 2; 161/1994, y 95/1995, FJ 2). Sin embargo la correlación de la condena con la acusación no puede llevarse al punto que impida al juzgador el modificar la calificación de los hechos en tela de juicio con los mismos elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio.

En el supuesto que motiva el presente recurso, el delito asumido por la Audiencia —art. 426 del CP— se apoya estrictamente en los hechos señalados por las acusaciones y que fueron objeto de prueba, sin que se hayan incluido delitos nuevos, ni delitos o penas más gravemente penados. Ambos recurrentes pudieron contradecir en su momento si el impago de las consumiciones y encuentros sexuales con las prostitutas que ofrecían sus servicios en el Club Flamingo’s estaba relacionado con su condición de Guardias Civiles. Pudieron también someter a contradicción el alcance de esos regalos y, sobre todo, si hubo el exigido nexo causal entre esa liberalidad y la condición de funcionarios públicos que concurre en los receptores. Es difícil ahora argumentar que la conclusión de la Audiencia sobre el alcance típico de la conducta de ambos recurrentes y su encaje en el art. 426 es el fruto sobrevenido e inesperado de una controversia hasta entonces inexistente. Los acusados conocieron todo cuanto en su contra se ejercitaba desde el primer momento, pudiendo pues

alegar lo que a su derecho convenía. Fueron informados de las acusaciones contra ellos ejercidas, sin que se detecte la indefensión alguna. La pena impuesta por el Tribunal *a quo* es inferior a la inicialmente postulada por las acusaciones.

La homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho ha sido expresamente proclamada por esta Sala. En efecto, la STS 1417/1998, de 16 de diciembre, recuerda que "... la posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho, es más aparente que real en cuanto que el bien jurídico que tratan de proteger, sus diferentes modalidades delictivas, es perfectamente unificable. Una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que

revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho".

Todo apunta, en fin, a la necesidad de rechazar la vulneración reivindicada, con la consiguiente desestimación del motivo (arts. 885.1.º y 884.3.º y 4.º de la LECrim.).

Sentencia 412/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de junio de 2008

RESPONSABLE CIVIL

Art. 113 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca**

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de 30 de enero de 2007 (reproducido en el número 21 de la Revista de Derecho Penal) se ocupa de nuevo la Sala de la posición de las compañías aseguradoras en el proceso penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el motivo segundo denuncia la vulneración del principio acusatorio. Señala que el Ministerio Fiscal apreció en sus conclusiones definitivas la semieximente del anomalía psíquica y solicitó la pena de siete años de prisión, mientras que la sentencia entiende que tal atenuante no es apreciable.

1. El principio acusatorio, en su exacta formulación, supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, y asimismo exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación debe existir y ha de ser

sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal, al que corresponde resolver, con imparcialidad e independencia, sobre la pretensión acusatoria.

Ello produce como consecuencia necesaria la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación.

(...)

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 aspecto 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.

Y 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.

La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido dos líneas jurisprudenciales aunque de consecuencias análogas en lo que se refiere a la cuestión planteada. Ha entendido de un lado que el Tribunal no puede prescindir directamente de las atenuantes o eximentes apreciadas por la acusación; y de otro que no se vulnera el principio acusatorio cuando, aun no apreciando las postuladas por las acusaciones, la pena que se impone se encuentra dentro de los límites impuestos por la calificación más grave de las acusaciones.

Así, tiene declarado esta Sala que el Tribunal “tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante solicitada por las partes acusadoras. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación. La necesaria correlación que debe existir entre acusación y fallo y el restablecimiento de la vigencia del principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión exigen que se anule la sentencia de instancia, apreciándose la atenuante cuando su aplicación resulte relevante en cuanto obligue a reducir la pena impuesta” (STS n.º 575/2007, de 9 de junio).

Y en una segunda línea jurisprudencial, citada en la STS n.º 466/2006, de 21 de marzo, entiende que, con cita de la STS de 30 de septiembre de 2000, “el principio acusatorio no impone estimar obligatoriamente una circunstancia atenuante incluida en el escrito de acusación; pero que la falta de estimación no autoriza al Tribunal sentenciador a

imponer una pena superior a la solicitada por las acusaciones salvo que esté comprendida dentro de las posibilidades legales y se fundamenten de manera sólida y coherente las razones esgrimidas para superar aquel límite”, aspecto este último rechazado en la actualidad tras el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, acogido en la STS n.º 30/2007, de 12 de enero.

2. En el caso, el Ministerio Fiscal apreció la mencionada eximente incompleta y solicitó la pena de siete años de prisión, así como la imposición de una medida de seguridad consistente en tratamiento médico adecuado a su estado durante un plazo de cinco años. La compañía de seguros, Segur Caixa S.A., que había abonado al menos parte de las indemnizaciones a los perjudicados, actuando en concepto de acusación particular, no apreció la concurrencia de circunstancias y solicitó la imposición de una pena de diez años de prisión.

El Tribunal cita varias sentencias de esta Sala respecto a la posición del responsable civil en cuanto a las cuestiones penales. En algunas de ellas se afirma que sus alegaciones deben quedar circunscritas a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, sin que pueda referirse a aspectos penales. Se trata de una posición sostenida en algunos precedentes de esta Sala. Sin embargo, cabe entender que cuestiones como las relativas a la existencia de los hechos de los que deriva la responsabilidad civil o a la participación del acusado con quien tal responsabilidad se vincula, no son ajenas a los intereses propios del responsable civil. En este mismo sentido, el artículo 854 de la LECrim., al limitar el contenido del recurso del actor civil, lo hace señalando que solo puede referirse en su recurso a cuanto pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hayan reclamado, lo que no excluye lo relativo a aquellos aspectos, en cuanto constituyen la base de la responsabilidad civil.

También se refiere, en lo que aquí interesa a la posición de las compañías de seguros que indemnizan a los perjudicados como

consecuencia de contratos de seguro suscritos con éstos, o en todo caso con terceros distintos del responsable penalmente del delito. En esos casos, es cierto que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de enero de 2007 acordó que “cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado”. Este acuerdo fue aplicado en la STS n.º 199/2007, de 1 de marzo, en la que se recuerda que la STS n.º 1913/2002, de 22 de noviembre establece: “La doctrina de esta sala a lo largo de muchos años ha venido entendiendo que cuando los daños patrimoniales a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, como lo eran las compañías de seguros, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión “por razón del delito” utilizada en el art. 104 CP anterior. Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podría haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a través del contrato. Lo cierto es que nuestro legislador conocía este problema y el alcance que esta sala venía dando a esta expresión “por razón del delito”, y cuando se redacta el nuevo art. 113 del CP de 1995, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa entendemos que es ahora más adecuado al espíritu de la Ley el que esa acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal”.

3. En cualquier caso, aun cuando pueda ponerse en duda la posibilidad de que las compañías de seguros puedan personarse como acusación particular, o solo puedan hacerlo como actor civil en una interpreta-

ción literal del acuerdo ya mencionado, en el caso presente resulta irrelevante, dado que el Tribunal de instancia entendió que estaba limitado en la imposición de la pena por la pretensión concreta del Ministerio

Fiscal, cuyo límite máximo no sobrepasó. Consecuentemente, una eventual estimación del motivo no supondría una modificación del fallo favorable al recurrente, lo que conduce a su desestimación.

Sentencia 430/2008, Sala de lo Penal del TS, de 25 de junio de 2008

PRESCRIPCIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Arts. 109 y 116 Código Penal; 116 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Nueva secuela del denominado “caso de los Albertos”, tras la STS de 14 de marzo de 2003 (recogida en el número 10 de la Revista de Derecho Penal), y el amparo parcialmente otorgado frente a ella por la STC de 20 de febrero de 2008 (recogida en el número 24 de la Revista de Derecho Penal). En la presente resolución se dirime el problema de si la extinción de un delito por prescripción acordada en un recurso de amparo afecta a las responsabilidades civiles derivadas de aquél. De paso, ratifica el Tribunal Supremo sus críticas a la actuación del Tribunal Constitucional en este punto y formuladas en el Acuerdo de 26 de febrero de 2008 (recogido también en el número 24 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Antes de pronunciarnos sobre las peticiones formuladas referidas al mantenimiento de las responsabilidades civiles declaradas en su día por esta Sala conviene exponer sinópticamente los términos de la controversia:

a) La sentencia de esta Sala de fecha 14 de marzo de 2003 fue objeto de recurso de amparo promovido por los acusados Sres. Carlos Daniel y José, que ha dado lugar a la Sentencia de 20 de febrero de 2008, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, otorgando parcialmente el amparo

solicitado por aquéllos, y, en su virtud, declarando que había sido vulnerado el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española) en relación con su derecho a la libertad personal (art. 17.1 de la Constitución española), les restablece en la integridad de su derecho y, a tal fin, anula la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 298/2003, de 14 de marzo, desestimando la demanda de amparo en lo demás.

b) Por dos de las representaciones procesales de las acusaciones particulares, personadas en el recurso de amparo, se solicitó aclaración de la parte dispositiva de la sentencia del T. Constitucional, pidiendo que se

especificara que el otorgamiento parcial del amparo no implicaba, de manera necesaria, la anulación de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil contenidos en la sentencia anulada, por cuanto ésta era una cuestión que queda a la libre apreciación de los tribunales ordinarios.

Mediante auto de 26 de febrero de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dio respuesta a la petición formulada en los términos siguientes: “La solicitud de aclaración considerada interesa de este Tribunal que especifique que el segundo pronunciamiento del fallo reproducido en los antecedentes no significa, de manera necesaria, la anulación de los pronunciamientos de condena sobre indemnización de daños y perjuicios que contiene la Sentencia anulada. Además de que, como los propios solicitantes reconocen en su escrito, la citada aclaración se refiere a una cuestión de estricta legalidad ordinaria y, por tanto que excede patentemente de nuestras competencias, la misma alude a un problema en materia de responsabilidad civil *ex delicto* no enjuiciado en nuestra sentencia, cuyo fallo claramente y en forma inequívoca declara la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo recurrida en los presentes recursos de amparo acumulados. En consecuencia no procede acceder a la declaración interesada, pues en este caso no existe ningún concepto oscuro, omisión o error material o aritmético que aclarar”.

c) El contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala, de fecha 15 de diciembre de 2000, expresamente señala que “en los procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación anulada por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucio-

nal, consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por dicho Tribunal”.

Segundo.—Con independencia de la naturaleza que se pueda atribuir al instituto de la prescripción, en todo caso es causa de exclusión de la responsabilidad penal que determina la absolución del acusado, luego incluso puede afirmarse que se cometió un hecho delictivo, pero el Estado, por razones de política criminal, se autolimita en el *ius puniendi* absteniéndose de perseguirlo y castigarlo.

Trasladando esta idea a la posibilidad de un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles *ex delicto*, después de declarar el T. Constitucional que no era exigible responsabilidad penal, se torna hartamente dificultoso.

Todos los postulantes coinciden en recordar la obligación que tiene el Tribunal de pronunciarse sobre responsabilidades civiles, conforme al art. 142 y 742 LECrim. Se sobreentiende que el mandato legal va dirigido a la jurisdicción ordinaria, cuando tal pretensión indemnizatoria forma parte del *petitum*, en razón de la congruencia, pero nunca al Tribunal Constitucional, cuando resuelve un recurso de amparo. Esta Sala, desde luego, ya se pronunció en su momento sobre ellas e indirectamente también lo hizo la Audiencia de Madrid, Sección Séptima, no señalando responsabilidades civiles como consecuencia de la absolución decretada.

Sobre esa base examinaremos de modo resumido los argumentos de los dos peticionarios a las que se adhiere el Ministerio Fiscal compartiendo sus tesis.

Éstos sostienen que lo único que estima la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 2008 es el derecho de los demandantes (acusados) a ser amparados en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) en relación con su derecho a la libertad personal (art. 17.1 de la CE), pero al desestimar todos los demás motivos de amparo estaba incluido entre ellos el formulado contra el *quantum indemnizatorio*, que persiste y de-

be dársele efectividad. Consiguientemente resulta claro —siguen argumentando— que de ese modo el Tribunal Constitucional fijó la extensión y efectos del amparo concedido, en el que deberán quedar excluidas las partidas indemnizatorias, a las que aquél no alcanzó.

Frente a este primer argumento se puede oponer:

a) Que en el denominado auto aclaratorio lo que se manifiesta es que “no ha lugar a aclarar nada”. Lo cierto y verdad es que “la sentencia del Tribunal Constitucional anula la de esta Sala”, sin restricciones ni limitaciones. Tan tajante decisión creó una preocupación a las partes perjudicadas sobre la posibilidad de no ser resarcidas de los daños y perjuicios sufridos, provocando una respuesta de aquél, a través de la improcedente vía aclaratoria, en un intento de excluir del pronunciamiento estimatorio del tribunal de garantías el pago de las responsabilidades civiles declaradas en casación. El Tribunal lejos de deslizar cualquier pronunciamiento sobre el tema, los remite a la jurisdicción ordinaria. Es evidente que con tal silencio remisorio estaba pensando en el art. 116 LE-Crim. que nos dice: “La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho del que la civil hubiera podido nacer”, y desde luego dicha excepción no se da en nuestro caso, al resultar inalterado el *factum* de la sentencia.

b) Cuando el Tribunal Constitucional nos remite a la jurisdicción ordinaria, por ser la petición de aclaración objeto de legalidad de tal naturaleza, no distingue ni precisa si debe acudir a los Tribunales penales o civiles.

c) Cuando expresa que la aclaración se está refiriendo “a un problema en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, no enjuiciado en la sentencia”, está indirectamente excluyendo cualquier pronunciamiento indemnizatorio proveniente de delito.

Lógicamente no podía enjuiciarse el tema de indemnizaciones porque no se planteó, ni podía plantearse ante el Tribunal Constitucional una cuestión de legalidad ordinaria, como se descubre de la relación de pretensiones de los recurrentes reflejadas en la sentencia que les ampara (págs. 4, 5 y 10), en donde se reseñan las violaciones de derechos fundamentales, a su juicio, producidas; y ello sin perjuicio de que la resolución favorable de alguna de ellas pudiera repercutir de rechazo en aspectos indemnizatorios.

d) No se hace exclusión de responsabilidades civiles, ni se reputan subsistentes, porque el pronunciamiento estimatorio (tutela judicial en relación a la libertad) declaraba prescrito el delito y nula la sentencia del Tribunal Supremo.

e) Consecuentes con esta idea tal declaración arrastra a todos los demás pronunciamientos que integraban la parte dispositiva de la sentencia de casación y obligaba a desviar las reclamaciones civiles a la jurisdicción de ese orden, de conformidad con la legalidad de nuestro Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.—En nuestro derecho positivo existen preceptos inequívocos que remiten los pronunciamientos civiles, cuando todos los procesados han sido absueltos, a la jurisdicción civil. Entre éstos citamos:

1. El art. 116 CP nos dice: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente...”. A *sensu contrario* absuelto del delito no puede existir pronunciamiento sobre responsabilidades civiles distintas a las admitidas excepcionalmente por el Código (arts. 118 y 119 del CP). En tales casos es posible en el mismo proceso penal pronunciarse sobre medidas de seguridad, responsabilidades civiles, costas, etc.

2. Esta idea la reafirma el art. 109 CP “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

De igual modo el fundamento único, raíz u origen de la indemnización, es causar un daño a través de la ejecución de un delito, luego quien es absuelto de un delito no puede responder civilmente *ex delicto*.

3. Otro tanto debe afirmarse de las costas procesales, que según el art. 123 “se entienden impuestas por la ley a las criminalmente responsables de todo delito o falta”, lo que significa, que resultando absueltos los acusados, es de todo punto imposible hacer expreso pronunciamiento sobre costas

Cuarto.—El segundo soporte argumental que apuntalaba la petición sobre mantenimiento de responsabilidades civiles de la sentencia anulada de esta Sala es nuestro acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2000.

Tal argumento se vuelve en contra de los solicitantes, pues si esta Sala de casación hubiera estimado acertada la resolución de la Audiencia Provincial que consideraba prescritos los hechos, se hubiera limitado a desestimar los motivos propuestos, todos ellos a caballo de la pretensión principal, confirmando la sentencia, sin pronunciarse sobre responsabilidades civiles, por mucho que fueran objeto de solicitud.

Libres de cualquier pronunciamiento condenatorio, por estimar prescritos los hechos, resultaba a todas luces improcedente imponer responsabilidades civiles dimanantes de delito a sujetos que han sido absueltos.

Ni una sola vez esta Sala, fuera de los casos previstos por nuestro texto punitivo básico (arts. 118 y 119 CP) se ha pronunciado sobre responsabilidades civiles *ex delicto* cuando todos los procesados o acusados de una causa criminal han resultado absueltos.

Quinto.—Por último, las dos sentencias que invocan los postulantes no se acomodan a las características de este caso y por tanto no pueden operar como precedente judicial.

En la primera, de 24 de abril de 1972, se condena en la instancia al acusado por dos

delitos de estafa. Al recurrir en casación se confirma la condena por uno y se absuelve por otro, no por no ser delito o por estar prescrito, sino por la concurrencia de una excusa absolutoria de parentesco que le unía con el perjudicado de ese delito concreto. Ante la existencia de una condena por un delito y una absolución por el otro de los que se le imputaban, el Tribunal penal resolvió, con sólidas y justificadas razones, no romper la continuidad de la causa, lo que se hubiera producido de mantener la competencia para señalar responsabilidades civiles por el delito al que se le condena y declinar su señalamiento a favor de la jurisdicción civil por el que resultó absuelto con posibilidad de provocar con esta última jurisdicción disfunciones o contradicciones

La otra Sentencia, de 10 de mayo de 1988, trataba de un supuesto en el que había recaído indulto, lo que indica que existió condena penal (fundamento de la indemnización) pero, como es lógico, los beneficios de la gracia concedida no alcanzaron a las responsabilidades civiles señaladas en la resolución como expresamente se establece en el art. 6 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, luego, era razonable que se exigieran en la causa en que había sido condenado a ellas.

Sexto.—Como argumento añadido una de las acusaciones particulares solicitantes del pronunciamiento civil sostiene que la STC 29/2008 sólo ha anulado la primera sentencia de casación y a pesar de excluir la retroacción de actuaciones, no anuló la segunda. Agudamente el solicitante introduce en su petición ante esta Sala un ingrediente de confusión por la circunstancia, justificada por la mecánica casacional, de dictar dos sentencias con la misma fecha (rescindente y rescisoria) pretendiendo demostrar que sólo se anuló una de ellas, la primera.

De haber sido así, tendrían que cumplir los acusados la condena penal íntegra que se establecía en la segunda, lo que es un absurdo. Los demandantes de amparo hacían referencia a las dos sentencias como una uni-

dad sin distinguir, porque es de la más elemental lógica que ambas constituyen un todo inescindible, por cuanto en la primera se dice que se casa y anula la recurrida por haber estimado algún motivo, declaración abstracta que encuentra su desarrollo y natural complemento en la sentencia rescisoria que establece los términos y alcance de los pronunciamientos resultantes de la admisión de algún motivo. No es dable descontextualizar ciertas afirmaciones de la sentencia del Tribunal Constitucional que rompan el sentido inequívoco de la decisión que adoptan. Incluso, admitiendo que sólo se anulara la primera sentencia, lo que en cierto modo no está exento de lógica, daría como resultado la no estimación de motivo alguno y por ende la imposibilidad de dictar la segunda sentencia rescisoria, recuperando su vigencia la sentencia del Tribunal provincial.

Séptimo.—De todo cuanto llevamos dicho hasta ahora ha quedado nítidamente claro que la responsabilidad civil dimanante de delito sólo puede ser objeto de pronunciamiento en el ámbito del proceso penal seguido, cuando existe una previa declaración de algún “responsable” por tal delito (art. 116 C.Penal) ya que ése es el término que emplea el precepto citado, reiterado en el art. 123 CP para las costas, lo que supone la existencia de una acción típicamente antijurídica y culpable, e incluso punible, sin prejuzgar si este último concepto constituye elemento esencial del delito o simplemente se trata de una consecuencia de un delito ya cometido. Fuera de estos cauces sólo podía recaer el pronunciamiento civil peticionado en los excepcionales supuestos previstos por el legislador en el art. 118 CP, ocasional y restrictivamente ampliados por doctrina de esta Sala a hipótesis en que recayó condena, pero no tuvo efectividad (indulto) o se condenó por un delito de los dos por los que se acusaba, si nos atenemos a los precedentes jurisprudenciales que invocan los postulantes.

Pareciera que el art. 109 CP que no hace referencia explícita a los declarados “res-

ponsables”, sino a la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, permite ampliar los supuestos del art. 118 CP a aquéllos en que existiendo delito no ha sido condenada persona alguna como responsable de él (v.g. excusas absolutorias, causas de exclusión de pena, etc.), pero tal posibilidad no ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, que sin inflexión y en interpretación sistemática ha declarado, en relación al art. 109, que “el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de la responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal...” (véanse, por todas, STS 172/2005, de 14 de febrero), precedentes que la mayoría de la Sala ha decidido mantener.

Desde otro punto de vista la ausencia de pronunciamiento sobre responsabilidades civiles no puede impedir a esta Sala dictar una tercera sentencia, no ya porque así se acordó en el Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2000, sino por otras razones jurídicas, entre las que podemos mencionar las siguientes:

a) si se entendiera que anulada la sentencia de esta Sala por la del Constitucional no se pudiera pronunciar otra de nuevo se produciría la consecuencia paradójica de que el procedimiento carece de sentencia firme dictada por órgano de la jurisdicción penal, ya que el Tribunal Constitucional no forma parte de dicha jurisdicción;

b) si no se dictase otra sentencia los acusados nunca resultarían formalmente absueltos del delito del que fueron acusados, cuando según el Tribunal Constitucional tal delito ha prescrito;

c) cuando el Tribunal Constitucional habla de que no cabe retroacción para celebrar un nuevo juicio penal, no excluye el dictado de una nueva sentencia, sino que se limita a eliminar la posibilidad de arrojar contra el reo la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado

a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional.

Octavo.—En trance de dictar sentencia esta Sala siente la necesidad de reiterar la opinión ya manifestada en su Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 2008 en el que consideró invadido el espacio funcional que la propia Constitución reserva a la jurisdicción ordinaria, y en particular al Tribunal Supremo, como último intérprete de la legalidad penal a cuya naturaleza pertenece la determinación del alcance jurídico de la prescripción, cuyo texto es el siguiente:

“La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20 de febrero de 2008, que declara la nulidad de la nuestra de 14 de marzo de 2003 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial,

tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo.”

Con esta afirmación únicamente recabamos el ámbito competencial propio que, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional extravasó arrogándose atribuciones interpretativas, que por ser de mera legalidad ordinaria, corresponde hacer a la jurisdicción de este orden, y en esa línea dilucidó cuestiones sustantivas del orden penal de la mano de la tutela judicial efectiva y de su repercusión en el derecho a la libertad.

A su vez, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre materia propia de legalidad ordinaria no puede condicionar a esta Sala de casación, imponiendo unos criterios y pautas hermenéuticas para interpretar y aplicar los preceptos sustantivos del orden penal, entendiendo que tales pronunciamientos instrumentales sólo lo son a efectos de la resolución del recurso de amparo concernido en el presente caso, obligando exclusivamente a este Tribunal la estricta definición del derecho fundamental amparado y la parte dispositiva o fallo de la sentencia (art. 164 CE).

Sentencia 395/2008, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2008

CALIFICACIÓN PROVISIONAL

Arts. 24.2 CE; 238 LOPJ; 780 y 781 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Alteración de la calificación por el Fiscal para incorporar una cualificación antes de iniciarse el juicio que, pese a no estar expresamente previsto en la ley, no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el motivo que articula en primer lugar ataca la sentencia, vía art. 5.4 LOPJ, por entender vulnerado el art. 24.2 de la CE que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación.

1. En la instancia formuló igual protesta considerando vulnerado el principio de seguridad jurídica y el derecho de defensa. Para mayor claridad de la impugnación se hace preciso describir el presupuesto procesal sobre el que incidió la controversia.

El Ministerio Fiscal realizó en el presente proceso una calificación provisional por escrito de 10 de julio de 2006 y el día 7 de agosto del mismo año (al mes siguiente), aprovechando que se le dió traslado para informar sobre la solicitud de libertad provisional de un imputado interesado del juzgado de instrucción la reposición de las actuaciones al momento de calificación a fin de llevar a efecto una modificación en el escrito inicial con el propósito de formular una nueva calificación, enjugando el error padecido, ya que los hechos podían integrar, además de los delitos citados (arts. 368 y 369.1.6.^a del CP), la cualificación del art. 370.3 del mismo cuerpo legal, lo que daría lugar a un cambio de competencia que ya no correspondería a un juzgado de lo penal, como se sostenía antes, sino a la Audiencia Provincial. La defensa, que había calificado ya los hechos en escrito de 31 de julio de 2006, se negó a que se decretara la nulidad y se verificara una nueva calificación.

El juez de instrucción en auto de 13 de septiembre de 2006 decretó la nulidad de lo actuado hasta el 30 de junio de 2006 y volvieron las diligencias al Fiscal para nueva calificación, dejando sin efecto el auto inicial de 11 de julio de 2006 en el que se declaraba la competencia del juzgado de lo Pe-

nal, y que ahora el instructor accediendo a lo peticionado por el Fiscal, estima, según nueva calificación (que no supuso alteración alguna de los hechos imputados), que la competencia corresponde a la Audiencia (auto de 22 de septiembre de 2006).

2. Tales decisiones procesales son atacadas por entender que no existía ningún precepto que autorizase a actuar de tal guisa, infringiendo lo dispuesto en los arts. 780 y 781 de la LECrim. El recurrente estaba informado de la primera calificación y en base a ella planteó su estrategia defensiva y elaboró su escrito de contestación o réplica a la acusación (escrito de defensa), amén que privó al recurrente, de acuerdo al art. 787 de la LECr, de prestar conformidad según los términos de la primera calificación.

No acepta las razones alegadas por el Fiscal para proceder de tal modo (celeridad procedimental o economía procesal), ya que con tal argumento se han vulnerado normas procesales, establecidas en garantía de las partes intervinientes en la causa.

3. La Audiencia provincial dedicó todo el fundamento jurídico primero de la debatida a tratar este problema y lo hizo con plena corrección legal y acierto.

Parte de la ausencia de previsión normativa amparadora del dictado de su auto de nulidad, como fue el de 13 de septiembre de 2006, pero añade, con razón, que tal auto no ocasionó indefensión efectiva a ninguna de las partes.

Es cierta la no previsión legal del mismo e incluso su improcedencia desde el punto de vista formal (art. 238 de la LOPJ), habida cuenta de que ninguna de las partes lo solicitó y tampoco se había probado ninguna infracción del ordenamiento jurídico ni se había causado indefensión, no subsanable por otras vías, pero interpretando la ley de Enjuiciamiento Criminal de modo armónico, tal posibilidad podía haberse alcanzado con pleno sustento legal con posterioridad

(más avanzado el proceso) a la hora de plantear, al principio del juicio, las cuestiones previas (art. 786.2) o más tarde después de practicada la prueba, si de la misma resultaba procedente la introducción de alguna modificación calificatoria de transcendencia, en particular si originaba un cambio de competencia (art. 788.5)

La Audiencia provincial tiene especial cuidado en destacar la ausencia de indefensión material ya que en todo momento las partes han tenido conocimiento de los hechos y de su calificación y han podido oponer los pertinentes argumentos y excepciones.

4. Esta Sala entiende que la pretensión, que ahora se reproduce en esta sede procesal, estuvo perfectamente rechazada en la instancia por el tribunal provincial.

Las razones que abocan a la desestimación del motivo pueden resumirse en las siguientes:

a) aunque se hubiera mantenido la primera calificación del Fiscal, en los posteriores trámites del juicio oral la ley rituaría brindaba muchas oportunidades para actuar del modo en que se había hecho (arts. 786.2 y 788.5 de la LECrim.) anticipando realmente (con la consiguiente economía de medios y tiempo) lo que de modo regular

iba a realizarse con posterioridad, incluso con nulidad de la prueba practicada y su repetición, si la solicitud fiscal se producía una vez concluida la práctica de la misma.

b) sobre la limitación del derecho a conformarse con la primera de las calificaciones acusatorias formuladas debemos decir que en el escrito de defensa inicial de 31 de julio de 2006 el recurrente negó los hechos, sin que se advirtiera intención alguna de conformarse si nos atenemos a esa actitud procesal.

c) en ningún caso puede considerarse un derecho inatacable respetar la facultad de conformarse con una pena ilegal o incorrectamente solicitada. Antes el tribunal tendrá la posibilidad de impulsar la rectificación del error, si se hubiera detectado (art. 787.2 y 3 de la LECrim.).

d) sea lo que fuere el complemento en la calificación no determinó la alteración de los hechos y sin embargo se le permitió al fiscal actuar conforme a los principios de legalidad y objetividad que le obligan para que pudiera ser debatida la posibilidad exasperativa (único aspecto al que afectaba la modificación), que además no fue acogida por el Tribunal sentenciador.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 44/2007, AP JAÉN, Sec. 2.ª, de 20 de marzo de 2007

NULIDAD DE ACTUACIONES: PRESENCIA DEL INTERESADO EN EL REGISTRO. NOTIFICACIÓN

Arts. 368 Código Penal; 24.2 y 18.2 CE; 11.1 y 283 LOPJ; 786 y 569 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega

SÍNTESIS

La defensa de los acusados plantea, como cuestión previa, el estudio de la nulidad de la diligencia de entrada y registro autorizada por el Juzgado de Instrucción. El auto solamente fue notificado a uno de los acusados. La Audiencia anula la prueba y, al carecer de material probatorio de cargo legalmente practicado, decreta la absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Procede en primer lugar el estudio de la nulidad de la diligencia de entrada y registro autorizada por auto de fecha 1 de marzo de 2006, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Linares de la vivienda sita en la C/ [...] n.º NÚM001, piso NÚM002, planteada por la defensa de los acusados como cuestión previa al amparo del art. 786.2 LECrim. en relación con el

art. 11.1.º LOPJ, al entender conculcado el art. 24.2 CE, en cuanto que consagra un derecho a un proceso con todas las garantías, por haber sido vulneradas las contempladas en los arts. 566 y 569 LECrim. para la práctica de dicha diligencia, esto es la notificación del auto en el que se acordaba a los interesados, toda vez que tan sólo lo fue a Consolación, y la falta de presencia en su desarrollo de los acusados, Augusto, Carina, Valentina y María Purificación, todos ellos

titulares moradores de la vivienda, habiendo dejado solo al padre y esposo de los anteriores Luis Pablo en cumplimiento del art. 569 antes mencionado.

Al respecto, es doctrina reiterada y uniforme de la Sala 2.^a TS, de la que podemos citar como exponentes las SS 19 de enero y 27 de octubre de 1999, 29 de diciembre 2000, 30 de enero de 2001, 17 de enero de 2003 y 22 de mayo de 2003, entre otras, la que establece con carácter general, que el art. 569 LECrim. reclama la presencia del “interesado”, esto es, del afectado por la diligencia y señala de forma inequívoca que sólo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquél “no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante”. Este criterio tiene, por lo demás, la relevancia que le atribuye el Tribunal Constitucional al declarar que “se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial, pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la LECrim., arts. 566 y siguientes, y en particular el art. 569 (S. 23). Es coherente, que además, tal exigencia legal resulte reforzada, según la aludida jurisprudencia de esta Sala, cuando la persona de que se trate estuviera ya detenida en el momento de la actuación relativa a su vivienda; de manera que, de prescindirse de su concurso, el resultado será, todavía con mayor fundamento, no una mera nulidad del art. 238.3.^o LOPJ, sino “una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, contemplada en el art. 11.1 del mismo texto legal”. Ello porque, así resultan directamente afectados de forma negativa —en un momento esencial para el imputado— los derechos de contradicción y defensa en juicio. Sobre este extremo, la STS 9 de abril de 2003, declara que de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2.^o y 3.^o del art. 569 de la LECrim., según doctri-

na reiterada de esta Sala, manifestada en las sentencias de 30 de octubre y 14 de noviembre de 1992, 17 de enero, 7 de julio, 27 de septiembre y 10 de octubre de 1994, 27 de noviembre de 1995, 20 de septiembre de 1996, 26 de junio de 1997, 19 de enero de 1999 y 11 de febrero de 2000, de ahí que los eventuales hallazgos incriminatorios obtenidos de ese modo irregular, dado el rango de la norma inobservada, no podrían utilizarse como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por otro lado, establece la STS 9 de abril de 2003, con cita de la S. 11 de febrero de 2000, en relación a las personas que deben estar presentes en el registro domiciliario, que partiendo de que el interés afectado por la diligencia de entrada y registro ordenada judicialmente en un domicilio particular es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria, cuya protección adquiere rango constitucional en el art. 18.2 de la CE, el interesado cuya presencia exige el art. 569 de la LECrim. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquélla tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda la que específicamente determina la condición de interesado “a que se refiere el art. 569 de la LECrim”. Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 566 y 570 de la LECrim. Por lo que, en definitiva, el interesado cuya pre-

sencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y el que debe recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponde en su condición de tal a intervenir en la diligencia de registro.

Dicha doctrina jurisprudencial, viene a aclarar con rotundidad que los únicos supuestos en los que no sería necesaria la material concurrencia de dicho interesado, se contraen a los casos en que el mismo se niega a presenciarla o no designa personas que en su nombre la presencien (STS 28 de septiembre de 2001); cuando la instrucción se ha declarado secreta (SSTC 44/1985, de 31 de enero y 66/1989, de 17 de abril, así como la STS de 8 de marzo de 1994); o, finalmente en casos de urgencia o fuerza mayor (STS 15 de febrero de 1997).

Finalmente, en los supuestos en los que son varios los titulares de la vivienda, como ocurre en el supuesto enjuiciado, la STS 10 de julio de 2001, partiendo de que interesado —como ya hemos apuntado— lo es realmente quien ha de resultar afectado por los resultados de la diligencia que se va a hacer, pues nadie puede tener mayor interés que aquel que resulta perseguido en un proceso penal como consecuencia precisamente del resultado de esa actuación, mantiene que si son varios los interesados, de modo que el precepto procesal haya sido cumplido respecto de unos y no con algún otro, hay que poner de manifiesto la eficacia relativa de esta norma procesal, para considerar correcta la actuación respecto de unos y no con relación a otros, pues respecto de éstos se vulnera claramente el principio de contradicción que rige en el proceso penal no sólo en la fase de juicio oral, sino también como regla general en la fase sumarial o de diligencias previas, por lo dispuesto, entre otros, en los arts. 118 y 302 LECr., que determinan, por un lado, la necesidad de que las diligencias penales se entiendan de modo inmediato con la persona que aparezca como imputada y, por otro lado, la posibili-

dad de actuar este imputado como parte en la tramitación completa de la instrucción, de modo que, si designa Abogado y Procurador (o solamente Abogado —art. 788—), con él habrán de entenderse todas las diligencias, salvo en los casos en que se acuerde el secreto del procedimiento (art. 302) y ese principio de contradicción tiene eficacia respecto de todos y cada uno de los que han de ser parte en el proceso, porque su cumplimiento respecto de uno no excusa su falta en relación a otros.

Dicha presencia resulta aun más necesaria en diligencias como la analizada, pues es claro como establece la STS 30 de enero de 2001, que quedarían negativamente afectados los derechos de contradicción y defensa en juicio en un momento que es esencial para el imputado, por la singularidad e irrepetibilidad de la diligencia y por la trascendencia probatoria de cargo de cualquier eventual hallazgo producido durante la misma, añadiendo dicha sentencia que “El interés que se expresa en el derecho de defensa de cada morador concernido por la entrada y registro es personalísimo, de modo que —a los efectos del art. 569 de la Ley de E. Criminal— hay tantos ‘interesados’ como afectados por la misma. A ello se debe que sus distintas posiciones en el proceso no pueden considerarse ni ser tratadas arbitrariamente como asimilables. Por consiguiente, ni el juez de instrucción ni la policía están habilitados para decidir de otro modo, convirtiendo en facultativo lo prescrito legalmente de modo imperativo, mediante un enunciado lingüístico de meridiana claridad. Así, la STS 14 de noviembre de 2000 declaró ilegítima la entrada policial en un domicilio compartido que, autorizada por uno de los moradores, se realizó contra la voluntad del otro”.

Por tanto, es claro que el requisito del art. 569.1.º, 2.º y 3.º de la Ley de E. Criminal demanda una inteligencia rigurosa, precisamente a tenor del carácter esencialmente personal del interés del detenido que mediante el ejercicio de defensa se trata de ga-

rantizar. Es lo que impide la arbitraria asimilación de las posiciones procesales de los “interesados”, cuya decisión al respecto no puede suplantarse. Entenderlo de otro modo supondría dar al precepto una amplitud de sentido que no tiene e investir a una autoridad subordinada a la ley de la facultad de modular arbitrariamente su significado, con el inaceptable resultado último de atribuir idéntico valor y eficacia práctica a las actuaciones realizadas conforme a derecho y a las que, en rigor, no lo hubieran sido.

A la luz de la doctrina expuesta y según se hace constar por el Sr. Secretario del Juzgado Instructor en el acta de la diligencia de entrada y registro practicada —fs. 40 y siguientes—, a su inicio se procede a la detención de los ocupantes de la vivienda sin especificar cuáles sean estos, se notifica el auto de entrada a Consolación y se lleva a cabo el cacheo de aquéllos, especificando que a continuación se procede al registro de la vivienda en presencia de Luis Pablo. En el propio atestado ampliatorio instruido a consecuencia de dicha diligencia ratificado posteriormente en juicio, se hace constar con más precisión, que los moradores de la vivienda presentes en el momento de su práctica eran los acusados Luis Pablo, Carina y María Purificación, Valentina y Augusto, hijos de los anteriores —f. 56—, que se informa de sus derechos y se procede a la detención de los mismos y acto seguido se procede al traslado de todos ellos a la comisaría, excepto del cabeza de familia, Luis Pablo, que permaneció en el lugar para presenciar el registro —f. 57—. Finalmente, en el plenario, todos los acusados, a excepción de Augusto que manifestó vivía con su abuela desde hacía unos cuatro meses, manifestaron que eran moradores de la vivienda, pues era el domicilio familiar, y todos ellos sin excepción contestaron que tras proceder a su detención y cacheo, no se les permitió quedarse allí y se les trasladó a la comisaría, sin que en ningún caso hubiesen renunciado a presenciar la diligencia, ni se les

preguntara siquiera si designaban a su padre como su representante a tal fin; los propios agentes y fundamentalmente el funcionario con carné profesional núm. NÚM009 que dirigía y coordinaba las operaciones de vigilancia y de entrada y registro, corroboran aquellas manifestaciones y lo escrito en el atestado antes referido, aclarando que fue la propia policía la que dispuso el traslado de los cuatro acusados a comisaría, dejando sólo a Luis Pablo, manteniendo que los demás “ni renunciaron ni dijeron lo contrario”.

De todo ello resulta pues en definitiva y sin que ello suponga dudar de la buena fe de la policía que pudo entender erróneamente que bastaba con la presencia de uno solo de los detenidos y más concretamente el cabeza de familia, para advenir el registro junto con la del secretario judicial, que siendo claro que todos ellos eran interesados en el sentido antes expuesto y siendo dicho interés de carácter personalísimo, se produjo una vulneración de sus derechos fundamentales al privarles con tal actuar improcedente de su posterior derecho de contradicción y defensa en juicio, toda vez que al no permitírseles estar presentes en dicha diligencia preconstituida, mal podían contradecir y defenderse cualquier incidencia y más las relativas a los hallazgos que como resultado de la misma se produjeran durante el transcurso de la misma. Se produjo pues una clara infracción de lo preceptuado en el art. 569 LECrim., con la extrema relevancia antes descrita al encontrarse todos ellos detenidos y en el lugar del registro, debiendo considerarse en consecuencia dicha diligencia de prueba nula por haber sido obtenida con infracción de los derechos fundamentales de dichos acusados, por lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ carente de efecto alguno, sin que este Tribunal pueda tener en cuenta los hallazgos incriminatorios obtenidos como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia que a los afectados les asiste como derecho constitucional.

Sentencia 45/2007, AP JAÉN, Sec. 3.ª, de 2 de mayo de 2007

¿PUEDE EL PROGENITOR QUE OSTENTA LA GUARDA Y CUSTODIA COMETER LA FALTA DEL ARTÍCULO 662 DEL CÓDIGO PENAL?

Arts. 622 y 618.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Passolas Morales**

SÍNTESIS

Para la sentencia que seleccionamos, el tipo del injusto de la figura recogida en el artículo 622 del Código Penal radica en no entregar al menor para que el otro progenitor pueda hacer efectivo el régimen de guarda, lo que no sucede en el caso que cae en consideración, en el que la condenada ostenta la patria potestad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de Linares, se dictó en fecha 23 de febrero de 2007, Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PRÓBADOS: “Ha quedado probado que en virtud de auto de medidas provisionales dictadas en el procedimiento 482/05, de fecha 29 de noviembre de 2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Linares se fijó un régimen de visitas a favor de D. Adolfo respecto de su hija menor de edad, estableciéndose así mismo la obligación de Celestina de entregar a la menor dos tardes a la semana (que en defecto de acuerdo serían los lunes y miércoles de 5 a 8 de la tarde) y los sábados alternos de 12 de la mañana a dos de la tarde debiendo ser recogida la misma por terceras personas al existir orden de alejamiento entre los progenitores.

Ha quedado probado que Celestina, pese a conocer el contenido de la resolución no entregó a la menor: el 14 de diciembre de 2005; el 17 de diciembre de 2005; 19 de

diciembre de 2005; 24 de diciembre de 2005; 26 de diciembre de 2005; 28 de diciembre de 2005; 31 de diciembre de 2005; 2 de enero de 2006; 4 de enero de 2006; 7 de enero de 2006.”

Segundo.—Así mismo la referida Sentencia contiene el siguiente FALLO: “Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a D.ª Celestina como autora penalmente responsable de una falta continuada CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES del art. 622 del Código Penal a la pena de dos meses de MULTA fijándose una cuota diaria de seis euros, con apremio personal en caso de impago de un día de PRISIÓN por cada dos cuotas impagadas de conformidad con el art. 53 del Código Penal así como al pago de las COSTAS del procedimiento”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Interpone recurso de apelación la Sra. Procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Dolores Blesa de la Parra, en nom-

bre y representación de D.^a Celestina, en sede a error en la apreciación de las pruebas y por indebida aplicación del precepto legal, art. 622 del Código Penal.

Pues bien, habrá de ser examinado en primer lugar la alegación de indebida aplicación del artículo 622 del Código Penal, y en su caso, analizar error en la apreciación de la prueba.

Para una mejor comprensión del tipo penal, se habrá de acudir a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, y así, en el segundo párrafo de dicha Exposición citada, se afirma que, “el Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente a otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores”.

En la citada Ley Orgánica 9/2002, se modifica el artículo 622 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

“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 o dos meses.”

Nos encontramos entonces conforme al contenido de los artículos 90 y 103 del Código Civil, con dos conceptos bien diferenciados, uno, la “custodia” de los hijos, entendida como determinación de la persona a cuyo cuidado haya de quedar los hijos, y otro, el comúnmente entendido como “régimen de visitas”, que comprende tanto la comunicación como estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

Las citadas medidas, custodia de los hijos y régimen de visitas, que pueden venir determinadas bien en convenio regulador aprobado judicialmente (artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o determinadas en sentencia (artículo 774 igual Ley última citada), obligan por igual a ambos progenitores, aplicándose en beneficio de los hijos por ser el interés más digno de protección y a fin de conseguir su más armónico desarrollo físico y psíquico.

Sin perjuicio de cuanto antecede y ocurrido el incumplimiento de lo adoptado de mutuo acuerdo o por decisión judicial, habrá de examinarse la naturaleza de lo incumplido, es decir, si afecta a la custodia, o al régimen de visitas.

En el primer caso —custodia— la protección penal deriva del artículo 622 del Código Penal —no modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre—, mientras que el régimen de visitas tendría su protección penal en el artículo 618.2 de igual texto sustantivo en su redacción dada por LO 15/2003 que lo modifica y válida a partir del 1 de octubre de 2004, siendo el dolo específico del artículo 622 del Código Penal alterar la persona a cuyo cuidado están los hijos, y el correspondiente al artículo 618, incumplir el orden establecido para posibilitar que los hijos mantengan y en definitiva se fomenten, las relaciones paterno-filiales.

Proyectando cuanto antecede al caso que se examina, los hechos probados que constituyen el soporte sobre el que se han de acomodar, o no, los elementos del tipo del injusto, se radican en la acción de entregar un

menor para que el otro progenitor no pueda hacer efectivo un régimen de visitas aprobado en autos de medidas provisionales.

Hechos los citados, que no se acomodan a los elementos del tipo del injusto por el que ha sido condenada la Sra. Celestina, que

ostenta la guardia y custodia, no pudiendo el sujeto activo infringirse a sí misma el régimen de custodia concedido.

Por lo que habrá de prosperar la anterior alegación, sin que proceda valorarse, por lo tanto, prueba alguna.

Sentencia 128/2007, AP JAÉN, Sec. 3.ª, de 30 de mayo de 2007

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN:
DELITO CONTINUADO

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Passolas Morales**

SÍNTESIS

Estima parcialmente la sentencia de apelación el recurso interpuesto en el sentido de que castiga un delito continuado de quebrantamiento de medida en lugar de los tres por los que había condenado el Juzgado de lo Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal número Uno de Jaén, en el Procedimiento Abreviado número 269 de 2006, se dictó en fecha 16 de febrero de 2007, Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: “Se declara probado que el acusado Luis, mayor de edad, y con antecedentes penales no computables para esta causa, contrajo matrimonio con Estefanía en 1985, de cuyo matrimonio nacieron tres hijas, fijando su domicilio conyugal en Villanueva del Arzobispo (Jaén). Desde el año 1993 hasta que se interpuso demanda de separación por la

esposa en 2004, el acusado la ha maltratado psicológicamente, infiriéndole en reiteradas ocasiones y cuando llegaba al domicilio conyugal después de haber consumido bebidas alcohólicas, expresiones tales como ‘puta, zorra, guarra, no sirves para nada’. En 1993 tras una discusión entre ambos cónyuges, el acusado le propinó dos bofetadas, diciéndole a Estefanía que abandonara el domicilio conyugal junto con sus hijas, hechos que no fueron denunciados por la esposa. Tras reanudar la convivencia, los insultos y las amenazas eran continuas, hasta el punto que obligaba a su esposa a que permaneciera despierta hasta que él llegara al domicilio

para que le abriera la puerta. Entre otros episodios, hay que mencionar que en el año 2003, durante la feria de Villanueva del Arzobispo el acusado se dirigió a su esposa y le manifestó ‘que se portaba como las putas y que le iba a cortar el cuello’, así como igualmente en el verano del mismo año, al preguntarle Estefanía para qué eran unos cuchillos que el acusado había comprado éste le manifestó ‘que para cortarle el cuello’, incluso tras una boda a la que asistieron los dos cónyuges, y marcharse primero Estefanía al domicilio conyugal y esperar despierta al acusado hasta que llegara, éste a su regreso le profirió expresiones tales como ‘puta, zorra’, a la vez que le manifestaba que tenía ella y sus hijas unas horas para abandonar el domicilio, circunstancia esta que motivó que Estefanía interpusiera demanda de Medidas Provisionales. Mediante Auto de fecha 14 de mayo de 2004 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Villacarrillo se acordaba la prohibición para el acusado de aproximarse y comunicarse con su esposa e hijas o a su domicilio a una distancia no inferior a 400 metros, habiéndosele notificado el citado auto en la misma fecha, y pese a ello, el acusado en mayo de 2004 se acercó a Estefanía a una distancia de tres metros, en agosto se quedó de pie enfrente del domicilio de su esposa e hijas, y el 13 de diciembre de 2004 se dirigió hasta el ayuntamiento de la localidad donde allí se encontraba Estefanía”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En cuanto a la voluntariedad en el quebrantamiento de la medida cautelar, que configura el citado tipo (artículo 468 del Código Penal) exige el dolo del tipo, quedando excluidos aquellos encuentros fortuitos.

En la Resolución recurrida se concretan los hechos sobre los que se integra el ilícito, valorándose las declaraciones del acusado y testigos conforme al principio de inmediatez ya analizado y de odiosa repetición.

La pena impuesta por cada delito es la mínima prevista doce meses de multa, siendo que la cuota diaria de seis euros es muy próxima a su mínimo.

En nuestro Código Penal la pena de multa, a determinar por el sistema de días multa, se sustenta sobre dos elementos, uno la extensión de la pena según las reglas del Capítulo II del Título III del Libro Primero; y otro, conforme al contenido del artículo 50.5, inciso segundo del Código Penal, en el importe de las cuotas, para lo que habrá de tenerse en cuenta, exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

Afirmándose en Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1997, que dicha regla citada supone un verdadero avance desde el punto de vista penológico, ya que en el anterior Código Penal todos los reos estaban medidos por el mismo patrón, distinguiéndose con el nuevo sistema, en cada caso concreto, las posibilidades económicas de cada uno para llegar a la situación más justa y equitativa de la proporcionalidad del gravamen que esta pena entraña.

Igualmente nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 2000, ha considerado la cuota diaria de 1.000 pesetas (lo que habrá de entenderse hoy en su equivalente en euros), como cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo y en Sentencia de 23 de julio de 2001 que:

1.º Que del hecho de imponer, sin más, la cuota mínima de 200 ptas. puede resultar una multa irrisoria, inferior a la que con carácter absoluto se impondría para cualquier infracción de carácter administrativo, lo que supone que la tutela penal del bien jurídico protegido queda vacío de contenido efectivo.

2.º Que la insuficiencia de datos sobre el patrimonio, ingresos, cargas familiares y demás circunstancias personales del condenado no debe llevar, sin más y de forma automática a la imposición de la cuota mínima de 200 ptas. día, puesto que como antes se

dijo, ello dejaría sin contenido el sistema de penas establecido, convirtiendo el sistema de pena de multas en algo simbólico.

3.^a Que por tanto ese nivel mínimo absoluto quedaría reservado para aquellos casos extremos de indigencia absoluta o miseria, pues en otro caso, y siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1999, si el ámbito de la cuota diaria de la pena de multa va desde 200 a 50.000 ptas., aun dividiéndose en diez tramos, dentro del mínimo abarcaría una cuota de 200 a 5.180 ptas., y en consecuencia, no acreditándose la extrema indigencia, para la que queda reservado el mínimo absoluto, puede perfectamente imponerse una cuota superior, dentro de ese escalón mínimo aun en el caso de que no se acredite de forma exhaustiva la situación económica del reo; debiéndose por el contrario acreditar tal situación para cantidades superiores.

Pero cuanto antecede ha de quedar condicionado a la alegación del recurrente radi-

cada en la existencia de un delito continuado.

El artículo 74 del Código Penal, determina en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título III (De las penas) Libro I, las reglas especiales para la aplicación de las penas, habiendo quedado acreditado, una repetición de hechos con un único propósito, por lo que debe aplicarse el artículo 74 del Código Penal en su redacción validada hasta el 30 de septiembre de 2004 por ser la más favorable.

Estando el ilícito previsto en el artículo 468 en su redacción válida a partir del 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la LO 15/2003 que la modifica, y por lo tanto, prevista una pena de multa de 12 a 24 meses corresponderá en aplicación del citado precepto la pena de multa de 18 meses y 1 día, éste última unidad penológica, y una cuota diaria de 6 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal.

Sentencia 213/2007, AP ÁVILA, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA: INTERPRETACIÓN DE “ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD”

Arts. 153.1 y 3, 173 y 617.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús García García**

SÍNTESIS

Aun cuando el tipo penal del artículo 153 del Código Penal no exige convivencia sino relación afectiva, sí debe darse cierta analogía entre la relación existente y unos lazos sentimentales de cierta estabilidad, lo que no sucede en los encuentros esporádicos aunque tengan un componente sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se acepta la calificación jurídica que de los hechos probados se realiza en la instancia, pues los mismos son legalmente constitutivos de dos faltas, una de maltrato de obra leve, prevista y penada en el art. 617.2 del CP, y otra de amenaza leve, prevista y penada en el art. 620.2 del mismo Texto Legal, de las que es responsable en concepto de autor Carlos.

Recorre tal calificación la defensa de Luisa quien pide su revocación, debiéndose condenar al citado acusado como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado en el art. 153.1 y 3 del CP, con medidas complementarias de prohibición de porte de armas y alejamiento de la recurrente.

Como primer motivo de recurso, invoca la parte citada que Luisa no llamó “cabrón” e “hijo de puta” a Carlos, lo que esta Sala ya no puede analizar, ya que ese hecho fue juzgado, sentenciado y su pronunciamiento es firme, alcanzándole la excepción de cosa juzgada en el Juicio de faltas núm. 683/05, tramitado en el Juzgado de Instrucción núm. 3, resuelto en Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2005, confirmada por la dictada en esta Audiencia de fecha 6 de febrero de 2006 (vid. folios 566 y ss.).

Más discutido es el segundo aspecto del motivo de recurso, referido a que debió haber sido condenado el acusado como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado en el art. 153 apartados 1 y 3 del CP.

Dicho precepto castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito en ese Código, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Considera la parte apelante que el Texto legal no exige convivencia, sino una relación afectiva, sentimental, presente o pasada que abre el abanico en relaciones como el matrimonio, el noviazgo, la pareja de hecho, los divorciados, y los separados de hecho, etc.

Sin embargo, el tipo penal prevé que la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, es decir, que la base típica para poder inculpar al autor de los hechos dentro del expresado delito radica en el matrimonio, anterior, separación o divorcio, o en una relación de afectividad análoga o semejante, aun sin convivencia; entre las relaciones que se pueden citar son el noviazgo de larga duración, la convivencia extramatrimonial, y, sobre todo, una cierta estabilidad de la relación, aunque este requisito ya no se exija en el tipo, ya que la relación de afectividad análoga al matrimonio no se puede lograr con salidas esporádicas, aunque tengan un componente sexual.

Así las cosas, de las pruebas practicadas en el acto del juicio, dejando a salvo las versiones contradictorias entre la recurrente y el acusado, tenemos que la testigo Camila, declaró que: “tuve rumores que Carlos salía también con Luisa...”. El testigo Juan Enrique, amigo del acusado, declaró que no se le presentó nunca a Luisa como novia del acusado. “Que eran dos amigos que se veían de vez en cuando”.

El testigo Braulio, amigo del acusado, pero que también conocía a Luisa por haber trabajado con ella en la misma empresa, declaró que, la relación entre Carlos y Luisa era una relación de amistad.

La testigo Estela, cuñada de Luisa dijo que salían como pareja durante 3 o 4 años, que era una relación seria, aunque admitió que no vivían juntos; que tenían altibajos en la relación. También dijo que se fueron juntos de vacaciones. El testigo José Ignacio, amigo del acusado, y que admitió haberles

presentado a los dos, dijo que iban de camping, de vacaciones, y que en principio iban juntos, con altibajos.

También declaró que “sin dejar a Luisa me enteré que Carlos salía con una tercera persona”. La propia denunciante Luisa declaró, al denunciar los hechos en Comisaría, que “hacía unos tres años que mantuvo con Carlos una relación de afectividad más estrecha”, pormenorizando que si bien “ésta no ha sido constante al haber cortado la relación en muchas ocasiones”. Reseñó que no había convivido con él, si bien se había ido de vacaciones con el acusado en dos ocasiones. Esto lo corroboró el titular de un hotel en Andalucía (vid. folios 350 y 356).

Poniendo en relación todo lo anterior, con la exigencia del tipo legal previsto en el art. 153.1 del CP, la Sala llega a la misma conclusión a la que llegó el Juzgador de instancia. Los hechos tienen que acaecer cuando la ofendida sea o haya sido esposa, lo que en este caso no se da; o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La analogía en la relación tiene que ser que ésta pueda parecerse, confundirse o asemejarse con la relación matrimonial.

El art. 4.1 del CP prevé que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los

comprendidos expresamente en ellas, lo cual supone un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, estando prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se haga viable inculpar conductas o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica, sean cuales fueren las afinidades, analogías o parecidos con los comprendidos en el tipo.

Las SSTs de 19 de septiembre de 2005 y 13 de abril de 2006, consideran relación análoga a la del matrimonio, la persona que convivía con la ofendida de modo habitual, aunque hayan roto las relaciones. La pareja tenida como tal por la generalidad de las personas que conforman su entorno social, etc.

En el presente caso, sin negar que la recurrente y el acusado, en algunas ocasiones pudieron tener una relación superior a la de amistad, no han podido tener una relación análoga a la matrimonial, pues era esporádica, por temporadas, saliendo incluso con otra mujer simultáneamente, etc.

Por todo ello, el motivo del recurso se desestima, pues aunque el tipo legal ya no exija la estabilidad de la relación, la analogía con la relación matrimonial exige cierta consistencia, firmeza, duración, etc.

Sentencia 93/2007, AP MADRID, Sec. 23.^a, de 6 de noviembre de 2007

ERROR INVENCIBLE: VIAJERO DE AVIÓN QUE DESCONOCE QUE EN SU MALETA HAY DROGA

Arts. 368 y 369 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

Ante la alegación del acusado afirmando desconocer el hecho de que transportaba cocaína, analiza la Audiencia los requisitos que deben concurrir

para apreciar la existencia de error invencible, en particular la prueba del mismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Con carácter general, y en relación con el tema del error invencible, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se “mueve” en los siguientes parámetros: a) excepcionalidad e individualización del error, pues la regla general es que la ignorancia de la ley no evita su incumplimiento, debiendo ser probado por quien lo alega (SSTS 19 de octubre de 1994; 23 de noviembre de 1993, entre otras); b) “el error ha de demostrarse indubitado y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse...” (STS de 11 de septiembre de 1996 que cita a su vez otra STS de 28 de marzo de 1994), de tal forma que “el error de prohibición exige que halle seriamente fundado y demostrado mediante afirmaciones de hecho estampadas en la sentencia, que lo evidencien de modo incontestable” (STS 8 de octubre de 1993); c) han de tenerse en cuenta las circunstancias psicológicas y de cultura del infractor, y de otro lado, las posibilidades que se ofrecieron de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de obrar (SSTS 20 de octubre de 1990 y 19 de octubre de 1994); “la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho, y subjetivas del autor” (STS 11 de marzo de 1969). Y más concretamente referido al delito de tráfico de sustancias estupefacientes, la jurisprudencia es clara al respecto, y así la STS de 24 de noviembre de 2004 afirma que “... En cualquier caso, efectivamente, el delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal exige para su existencia de un elemento subjetivo consistente en el conocimiento de que lo que cons-

tituye el objeto material de la acción típica es precisamente droga. El error sobre este aspecto, error de tipo, afecta al elemento cognoscitivo del dolo. Sin embargo es suficiente el dolo eventual, para cuya existencia basta que el autor conozca que el objeto de la acción es una sustancia ilegal, ejecutando su parte del plan, bien porque acepta que así sea, o bien porque le resulta indiferente. Es evidente, tal como razona la Audiencia de instancia, que las circunstancias del transporte en el caso actual debieron inducir, y de hecho indujeron al acusado a pensar que se le contrataba para un transporte de algo prohibido, habida cuenta de las medidas de precaución que se adoptaron para ocultar la mercancía, y de la alta retribución ofrecida, que precisamente venía justificada de modo exclusivo por el riesgo. Su aceptación del encargo en esas condiciones revela que también aceptaba el transporte de cualquier sustancia u objeto prohibido cuyas características y cantidad fuera posible introducir en la maleta que le pidieron para ser preparada al efecto. Esta afirmación viene corroborada por el hecho de que el acusado no realizó ninguna actuación para comprobar que lo que transportaba estaba dentro de sus márgenes de aceptación, pudiendo hacerlo, pues, como se dice en la sentencia, disponía de las llaves para abrir la maleta, las cuales utilizó al ser requerido para ello por la Policía que lo detuvo. Tal como se dice en las STS núm. 177/1999, de 19 de febrero de 2000, ‘el desconocimiento de la sustancia realmente transportada que es consecuencia de la indiferencia del autor no excluye el dolo, cuando es posible afirmar que el acusado nada hizo por conocer la sustancia transportada. En efecto, en estos casos, el autor sólo tiene una duda, pero no obra por error o ignorancia, pues, de todos modos, sabe que los hechos pueden ser diversos y, sin embargo, nada hizo para despejar tal duda’. Por lo tanto,

el dolo eventual alcanzó tanto a la existencia de droga que causa grave daño a la salud como a la cantidad de la misma...”. Por su parte la STS de 27 de enero de 2004 exige que sea el propio procesado quien pruebe y acredite de forma suficiente la existencia del error que él mismo alega y aduce en el proceso, señalando dicha sentencia que “... esta Sala en sentencias como las de 29 de septiembre de 1997, 29 de noviembre de 1997, 25 de marzo de 1998, o número 1288/2000, de 18 de julio, ha precisado que si bien el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación, no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo bastantes en modo alguno las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable. Y que desvirtuada la presunción de inocencia que sólo cubre la dispensa de prueba frente a los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria, subsiste la precisión de probar los impositivos que el acusado introduce en el proceso...”. Por todo ello, y en virtud de la doctrina jurisprudencial citada entendemos que no se puede apreciar el artículo 14 del C. Penal alegado por la defensa del procesado, ya que la mera manifestación del procesado de que no sabía que traía sustancia estupefaciente no es suficiente para poder acoger que la conducta llevada a cabo por él mismo estuviera influenciada y sometida a un error invencible, pues incluso el propio procesado manifestó en su declaración que tenía algunas dudas y que sospechaba algo, y de hecho manifiesta que la persona que le entregó los quesos abrió uno de ellos y no tenía nada, sospechas que ciertamente eran fundadas, dado que no es lógico traer a España seis quesos sin que dicho transporte tenga una finalidad lógica y justificada como no lo tenían, y el procesado, ante esas sospechas, bien pudo y tuvo los medios suficientes, pues estaba a su alcance, el cercio-

rarse de que los demás quesos no contenían sustancia estupefaciente, lo cual le era exigible para ahora alegar este motivo, pues como señala la STS de 20 de enero de 2006, “... Ambos argumentos han de rechazarse, de una parte porque la posibilidad que, en todo momento, tuvo el acusado de comprobar el contenido de los paquetes que transportaba, hace que, o bien que no lo hizo porque ya conociera ese carácter o que le resultase indiferente tal circunstancia, lo que, de acuerdo con numerosa, pacífica y reiterada Jurisprudencia al respecto, integraría la comisión del ilícito en la forma del dolo eventual, por la actitud de indiferencia evidenciada por Miguel con su conducta (SSTS de 20 de octubre y 24 de noviembre de 2004, entre otras)...”, tesis esta que se sostiene igualmente en la STS de 30 de noviembre de 2005 cuando afirma que “... En base a todos estos indicios directos, acreditados e interrelacionados entre sí, el Tribunal llegó a la conclusión de que el recurrente era conocedor del contenido de la sustancia que transportaba, máxime porque no ha dado ninguna explicación razonable que pudiera desvirtuar de alguna manera tales indicios y debe recordarse que en general ya se opere con la teoría de la ignorancia deliberada que no exime de responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer algo, no lo conoce y sin embargo presta su colaboración o bien por la teoría de la indiferencia en la que al agente le resulta absolutamente indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad. En uno u otro caso se está en presencia al menos del dolo eventual que es suficiente para estimar al recurrente como autor del delito por el que ha sido condenado —SSTS 906/2002, de 17 de mayo, 236/2003, de 17 de febrero, 1524/2003, de 5 de noviembre o la 1387/2004, de 27 de diciembre—...”.

Por todo ello y no concurriendo en la conducta del procesado los requisitos y elementos suficientes para que podamos afirmar que nos encontramos ante un error invencible, es por lo que debemos rechazar tal argumento de la defensa.

Sentencia 957/2007, AP BARCELONA, Sec. 20.^a, de 8 de noviembre de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA. NOCIÓN DE “ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD”

Art. 173.2 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Carmen Domínguez Naranjo

SÍNTESIS

Intenta dilucidar esta sentencia las dificultades que pueden surgir cuando no haya existido una convivencia estable —con descendencia o sin ella— o cuando viene siendo negado dicho vínculo afectivo por uno de sus miembros, afirmando que se trata de una mera relación esporádica o meramente sexual, en cuyo caso, de no demostrarse lo contrario, deben aplicarse las normas que esta resolución judicial califica como “Derecho penal general”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Conviene determinar en primer lugar la relación que mantuvieron Almudena y Javier, por resultar determinante para la calificación del relato fáctico declarado probado.

En algunos de los supuestos, como el hoy enjuiciado, en el que el acusado niega haber mantenido una relación de afectividad de análoga significación a la matrimonial, aseverando que mantenían relaciones sexuales de manera esporádica, se hace necesario acotar dicho elemento, determinante del tipo y a partir de su resultado, concluir si los hechos objeto de acusación, merecen la pluspunción otorgada por el legislador en la materia (delito de maltrato del 153 CP y delito de violencia doméstica habitual del artículo 173 CP), o, por el contrario, no concurre la relación exigida entre sujeto activo y pasivo y por ende, procede calificar el hecho 1.º como constitutivo de falta y absolver

por el delito de violencia doméstica habitual, es decir resolverse la litis de acuerdo con las infracciones previstas en el ámbito penal general.

El artículo 173.2 CP prevé las personas objeto de protección y por ello, los distintos delitos penales en materia de violencia doméstica se remiten al mismo para completar el tipo, es evidente que el legislador quiso dejar bien claro el requisito de la relación entre las partes, tanto en la Exposición de motivos como en su articulado. Así a modo de ejemplo, el artículo 153.1 CP protege en exclusiva a los sujetos pasivos que sean pareja (matrimonial o análoga significación, con o sin convivencia) pero resulta necesario que se acredite que ha mediado entre ellos una relación matrimonial o de análoga afectividad y vínculos emocionales.

Sentado lo anterior, las dificultades pueden surgir cuando no haya existido una convivencia estable con descendencia o sin ella, o cuando viene negado dicho vínculo afecti-

vo por uno de sus miembros, afirmando que se trata de una mera relación esporádica o meramente sexual, en cuyo caso, para el caso de no demostrarse lo contrario, deben aplicarse las normas de derecho penal general, de otro modo, se extendería cualquier situación a un delito de violencia familiar, sin serlo por no cumplir con uno de los elementos determinantes del tipo penal.

En concordancia con lo expuesto, esta Sección 20.^a especializada en la materia, tiene establecido, que cuando las partes mantuvieron una relación esporádica, meramente sexual, sin un proyecto de vida en común deben ventilarse y calificarse los hechos por un delito penal general pero no son predicables de una infracción criminal en el ámbito doméstico o familiar al no cumplir con los parámetros establecidos en el artículo 173.2 CP. Es decir, tal como se ha dicho, será este extremo en el que deberá centrarse el debate previamente a entrar en el fondo y a partir del mismo determinar, si la relación entre el sujeto activo y pasivo del injusto, es la que el legislador ha previsto para los ilícitos de violencia familiar, o para el caso contrario, no alcanza la pluspunción establecida y por ello, debemos calificar los hechos como una infracción criminal común en la que no resulta esencial para el tipo, la relación entre los sujetos, así cabe citar entre otras muchas de las sentencias dictadas por esta Sala (Sentencias de esta Sección a Rollo apelación: 451.06, de 24 de enero de 2007, 189.07 y 190.07, ambas de 16 de julio de 2007 entre otras muchas; y St. AP Girona Rollo apelación 1319.04, de 14 de febrero de 2005) “El apartado 1.º del art. 1 de la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género, destaca que la finalidad de la ley es la de actuar contra la violencia que ‘como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quien estén o hayan estado ligados a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia’ (...) Lo que realmente debe dilucidarse

en el presente procedimiento es si la relación que mantuvieron la denunciante y el acusado debe o no estar incluida en el art. 173.2 del CP, y creemos que no debe estarlo y ello porque por matrimonio o análoga relación de afectividad debe entenderse la situación en que dos personas deciden compartir su vida cotidiana, su economía, sus problemas y tienen un proyecto de vida presente y futuro compartido aún incluso sin que exista convivencia entre ellos. Es decir se requiere una relación interpersonal entre la mujer y el agresor caracterizada por la afectividad entendida ésta como la existencia de vínculos emocionales o sentimentales entre las partes”.

Extrapolado lo anterior al caso de autos, consideramos que no se ha practicado prueba suficiente que acredite la existencia de una relación análoga a la matrimonial, no solamente por venir negada de manera rotunda e insistente por el acusado, y corresponder por tanto la carga de la prueba a la acusación, sino fundamentalmente porque la víctima no quiso declarar en el plenario (pese a apercibirle la Presidenta del Tribunal del deber de hacerlo y deducir testimonio de particulares por desobediencia), siendo Almudena, la única que podía ofrecernos un testimonio contrario al del acusado, en el sentido de afirmar que la relación que mantenía con aquél era estable, de análoga significación a la matrimonial, con un vínculo afectivo en común y que no se trataba de una relación discontinua de índole sexual tal como afirmó Javier, no pudiendo tomarse en consideración la testifical de referencia de la Sra. Claudia para este extremo concreto, encargada de regentar el Bar “Minirubión” próximo al domicilio de Almudena, por ser algo obvio y notorio que no podía conocer más que sus propios miembros, la relación íntima que la pareja mantenía, por mucho que declarase que “vivían juntos, que ella vivió unos seis meses allí y él no sabe exactamente cuánto tiempo o que bajaba a tomar café por la mañana y por la noche le veía en la terraza del bar” (minuto 33 del acto de juicio), puesto que la vaga aseveración en

cuanto a la “convivencia o no temporal” tampoco empece al planteamiento antes expuesto, siendo evidente que una pareja sin vínculo afectivo alguno puede compartir vivienda durante algunos días o semanas, más en el caso concreto en el que la víctima no negó lo declarado por el acusado, en el sentido de afirmar que se veían de vez en cuando, que pasaban meses sin verse para retomar de nuevo relaciones, que él tenía novia, o que en ocasiones mantenían relaciones sexuales en hostales o en una habitación que aquél tenía alquilada, concretamente que, “la relación era de tipo sexual, que duró un año, que no la presentaba como su novia, se veían a lo mejor una semana y después no se veían en dos meses, que él tenía una novia

en esos momentos, no han vivido juntos, que él vivía con su madre”, también al otorgarse el derecho a su última palabra manifestó “que la mujer no era su novia”. Y esa negativa de la relación afectiva no fue espontánea o propia de sede de plenario sino que se corresponde con lo declarado por el acusado en fase sumaria, si bien a folio 59 del tomo IV la tilda como de “relación sentimental”, a folio 146 del Tomo II, declaró ante el Instructor que “estuvo con ella en la pensión Gaudí, que mantuvieron relaciones sexuales, que la primera noche la pensión le costó 60 euros que es ella la que invita a mantener relaciones sexuales ... que cada vez que se han visto ha sido a requerimiento de la denunciante”.

Sentencia 628/2007, AP ALICANTE, Sec. 3.ª, de 12 de noviembre de 2007

RECUSACIÓN: MAGISTRADO QUE FORMÓ PARTE DE LA SALA SENTENCIADORA Y DE LA QUE DESESTIMÓ EL RECURSO DEL ACUSADO CONTRA EL AUTO DE PRISIÓN

Art. 223.1 LOPJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Daniel Mira-Perceval Verdú

SÍNTESIS

Como cuestión previa se resuelve en esta sentencia acerca de la recusación del ponente, basada en que dicho Magistrado había formado Sala en el auto que desestimó la impugnación del acusado sobre su situación personal. Se considera que la recusación es intempestiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Como cuestión previa hay que referirse a la recusación del ponente de

la causa realizada por la representación de D. Jesús Ángel, y al que se adhirió el Letrado de D. Iván, todo ello al inicio de la sesión del juicio oral el día 18 de octubre de 2007.

El motivo de la recusación se fundamentaba en que el Magistrado ahora recusado formaba Sala, aunque no era el ponente, que desestimó el recurso de apelación contra la denegación de puesta de libertad del acusado Sr. Jesús Ángel. El Auto de referencia fue el núm. 149/2001 de fecha 6 de julio de 2001. También se presenta copia del Auto núm. 176/2001 de fecha 3 de septiembre de 2001 resolviendo un recurso de queja.

La desestimación de la recusación planteada se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 223.1.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que expresamente afirma: “Se inadmitirán las recusaciones: 1. Cuando no se proponga en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuere anterior a aquél”.

El ponente de esta causa, D. José Daniel Mira-Perceval Verdú, fue nombrado mediante providencia de fecha 16 de mayo de

2007 (folio 30 del Rollo). En fecha 24 de mayo de 2007 (folio 34) se volvió a reiterar esta designación. Se notificó a las partes esta designación en fecha de 30 de mayo de 2007 (folios 38 y ss. del Rollo).

En definitiva había precluido el plazo para presentar en debida forma la recusación.

Por otro lado tampoco entiende este Ponente de la causa que haya incurrido en alguna causa de abstención, a tenor del contenido literal de los Autos señalados por las partes. Conforme reiterada doctrina tanto de nuestro TS (28 de noviembre de 1997, 17 de abril de 1999 y 27 de febrero de 2001) como de nuestro TC (27 de mayo de 1993, 15 de septiembre de 1997) no hay contaminación de la imparcialidad cuando el Tribunal de Apelación decide sobre indicios racionales de criminalidad y no contacta de forma directa con el material de hecho punible objeto de investigación.

Este contacto directo no se observa de una lectura de las resoluciones aportadas.

Sentencia 962/2007, AP MADRID, Sec. 27.ª, de 22 de noviembre de 2007

LA CALIFICACIÓN COMO “HABITUAL” DE UN EPISODIO VIOLENTO EN UNA LARGA RELACIÓN CONYUGAL

Arts. 153 y 620.2.º Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Chacón Alonso

SÍNTESIS

Declara esta sentencia que tres episodios aislados de malos tratos de palabra, dentro de una relación matrimonial de más de veinte años no pueden calificarse como reflejo de un maltrato habitual. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal, estima parcialmente el recurso del condenado y sustituye la condena por delito por otra a título de falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

En relación con la habitualidad, la Sentencia 907/2002, de 16 de mayo, resumía la doctrina jurisprudencial en torno a dicho requisito, recordando que es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas.

Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor criterio que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que víctima viene en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual...”

Concreta, la Sentencia 414/2003, de 24 de marzo, que la habitualidad se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no de enjuiciamiento anterior. Recordando que reiteradamente ha precisado dicha Sala que al concepto de habitualidad, considerado como elemento valorativo en el art. 153 no le afecta la definición legal del art. 94 (CP) que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto a la suspensión y sustitución de las

penas privativas de libertad (entre otras, STS 662/2002, de 18 de abril).

Por último define la STS 1366/2000, de 7 de septiembre, el tipo penal referido como la “reiteración de conductas de violencia físicas y psíquicas por parte de un miembro de la familia, cuando por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantengan análogas relaciones estables de afectividad, constituyen esta figura delictiva, aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear por su repetición una atmósfera irrespirable, o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas; sino esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos...”.

En todo caso como señala la STS 24 de junio de 2000, al constituir el bien jurídico protegido la paz familiar, con el referido tipo legal se sancionarán los actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regidos por el miedo y la dominación.

Séptimo.—En el presente supuesto con independencia de la afirmaciones genéricas efectuadas en la sentencia impugnada sin la concreción necesaria y sin el soporte fáctico probatorio suficiente que las sustenten y teniendo en cuenta que no ha quedado debidamente acreditado que los problemas psíquicos que presenta la denunciante se deban a una actuación de maltrato psicológico por parte del acusado, nos encontramos con que el resto de los hechos que se declaran probados se concretan en los siguientes:

- a) Que el día 18 de octubre de 2003, cuando iba la denunciante a ser operada el acusado le manifestó que “ojalá se quedara en la mesa de operaciones, dejándola sola en el hospital”.
- b) Que el día 28 de diciembre de 2003, cuando unas amigas de la Sra. Inés acudie-

ron al domicilio a felicitarla por su cumpleaños, el acusado empezó a gritar que la casa estaba llena de ocupas sacando la ropa de la lavadora y tirándola al suelo.

c) Que el día 29 de diciembre de 2003 con ocasión de prepararse ambos el desayuno en su hogar el acusado empezó a gritar a su esposa ¿qué haces? Eso es mío, gilipollas, desgraciada, te voy a pegar dos hostias, empujándola contra la encimera.

Pues bien dichas concretas actuaciones, dentro de una relación matrimonial de más de 20 años, no puede considerarse como reflejo de un maltrato habitual, que ni la denunciante, ni el único hijo de la pareja que ha declarado Marcos, especifica fuera de los referidos episodios. Teniendo en cuenta

además el ambiente de crispación y alejamiento de la pareja, quienes únicamente parece compartir el espacio físico del domicilio.

Los antecedentes señalados llevan a la estimación parcial del recurso interpuesto absolviendo al acusado del delito de maltrato habitual del art. 153 del C. Penal en su redacción dada por LO 14/1999, de 9 de junio, condenándole en su lugar conforme a la calificación del Ministerio Fiscal por una falta de vejaciones y otra falta de amenazas del art. 620.2.º del C. Penal a la pena de 20 días de multa por cada una de ellas a razón de una cuota diaria de 12 euros con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C. Penal en caso de impago, así como al pago de las costas del juicio de faltas.

Sentencia 246/2007, AP ÁVILA, Sec. 1.ª, de 18 de diciembre de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA. NECESIDAD DE ADVERTIR A LA ESPOSA DE QUE NO ESTÁ OBLIGADA A DECLARAR CONTRA SU MARIDO

Arts. 24 CE; 416.1.º LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús García García**

SÍNTESIS

Resuelve la sentencia que el hecho de manifestar la víctima los actos en que consistió la agresión implica una tácita renuncia al derecho reconocido en el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque posteriormente no se le realice advertencia alguna. La posterior prueba: su propia declaración, la de los testigos presenciales, policías municipales, supone una prueba de cargo suficiente y válida para emitir un pronunciamiento condenatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Recorre la sentencia de instancia la defensa de este último invocando, como primer motivo de recurso, que en el primer grado se produjo infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), por haberse vulnerado el art. 416.1.º de la LECrim., ya que la presunta perjudicada o víctima de los hechos imputados al recurrente, es su esposa Maribel, y no fue advertida, ni por la Policía ni por el Juzgado instructor, de su dispensa de la obligación de declarar contra su marido, al amparo de lo que dispone el art. 416.1.º de la LECrim., precisamente, además, porque ella no presentó denuncia contra él, no pudiéndose valorar sus declaraciones como prueba.

Cita las SSTs de 29 de octubre de 1996, 6 de abril de 2001 y 10 de mayo de 2007.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la declaración testifical se produjo en fase de instrucción y en el juicio oral.

En la primera fase su declaración está regulada por los arts. 410 a 450 de la LECrim.; en la segunda por los arts. 701 a 722 de dicha ley.

Pues bien, es cierto que una vez que el testigo está identificado, tiene la obligación de declarar; y si se negara podría ser procesado por el delito de desobediencia (art. 420 LECrim.), y que de dicha regla general está dispensado el cónyuge.

Se ha distinguido, en casos de delitos de violencia de género, si la víctima ha interpuesto o no denuncia. Si formuló denuncia, desde luego las previsiones del art. 416.1.º de la LECrim. son superfluas. En cambio, sí pueden tener alguna incidencia, en el caso de que no presentara denuncia, pudiendo hacerlo, la víctima del delito (vid. SSTs de 27 de octubre de 2004 y 8 de marzo de 2006).

Ahora bien, en el presente caso no es de aplicación la citada jurisprudencia, y ello por las siguientes razones:

1.º) La Policía acudió al domicilio del acusado y de su esposa, comisionados por la Sala del 091, para ir a la c/ [...] n.º [...] de Ávila, porque un vecino del citado matrimonio informaba de una fuerte discusión entre ellos. Y otro informante anónimo corroboraba la indicada denuncia telefónica (folio 1).

2.º) Los Policías que acudieron al domicilio identificaron a Maribel, y ésta les manifestó que su marido le había abofeteado repetidamente en la cara y le había golpeado y retorcido el brazo derecho.

Como se puede observar, esa simple declaración de conocimiento ya tiene valor de denuncia por aplicación de lo que dispone el art. 261.1 de la LECrim., pues la perjudicada pudo no decir nada, y sin embargo, declaró lo que consideró ser un atentado contra su integridad personal.

3.º) Pero, repárese, además, que, la Policía le ofreció a la víctima la posibilidad de denunciar los hechos, incluso insistiéndole en sus derechos, y manifestó que no formulaba denuncia, ni solicitaba su ayuda, por temor a que su marido la matara (vid. folio 2).

El art. 1.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, prevé que el objeto de la misma es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

4.º) En el acto del juicio, acudió Maribel conociendo que podía no declarar contra su marido, pues incluso ya había ejercitado su derecho de no denunciarle.

La STS de 8 de marzo de 2006 sienta como doctrina que, en los supuestos en que la propia víctima, *motu proprio*, realiza una declaración que tiene valor de denuncia (conocimiento de lo que se sabe, ante la Autoridad Judicial), las previsiones del art. 416 son ya superfluas, la omisión de la advertencia de que estaba dispensada de la obligación de

declarar carece de relevancia, pudiendo fundarse la sentencia condenatoria en las declaraciones prestadas en instrucción sin la advertencia del art. 416 de la LECrim.

El hecho de manifestar la víctima los hechos que supusieron su agresión, implica una tácita renuncia al derecho reconocido

en el art. 416.1.º de la LECrim., aunque posteriormente no se le realice advertencia alguna. La posterior prueba: su propia declaración, y la de los testigos presenciales, Policías Nacionales, supone una prueba de cargo suficiente y válida para emitir un pronunciamiento condenatorio.

Sentencia 167/2007, AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, de 18 de diciembre de 2007

DOMICILIO A EFECTOS PENALES: JARDÍN DE UN CHALÉ

Art. 153.3 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Isabel Serrano Frías**

SÍNTESIS

El Código Penal exaspera la penalidad de estas lesiones de violencia doméstica cuando se cometen en el domicilio familiar. La sentencia de la Audiencia, siguiendo la línea jurisprudencial, estima que el jardín circundante a un chalé debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Segundo.—(...)

El día 10 de febrero de 2007, sobre las 19:30 horas, el acusado se presentó, enfadado, en el domicilio de Maite sito en el núm. NÚM000 de la c/ [...] de la Urb. El Soto en la localidad de Illana (Guadalajara), y tras entrar por la cancela, una vez en el interior de la parcela, requirió a Maite para que le entregase el teléfono móvil y como quiera que ésta se negó a dárselo, el acusado la empujó tirándola al suelo, y una vez allí le propinó diversos puñetazos y patadas en miembros superiores e inferiores, espalda y ma-

nos, quitándole el móvil que tiró contra el suelo rompiéndolo.

Como consecuencia de la agresión Maite sufrió múltiples hematomas en brazos, piernas, muslos, región pectoral (ambas) y manos, lesiones que únicamente precisaron para su curación de una sola asistencia facultativa curando en 10 días no impositivos. (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Descartado que haya mediado infracción del principio de presunción de inocencia o una errónea apreciación del material probatorio, pues no cabe entender que concurra por el hecho de que el juzgador

haya concedido mayor credibilidad a unos testimonios que a otros, la consecuencia no puede ser otra que mantener el pronunciamiento condenatorio. Por lo que se refiere a la denuncia relativa a la infracción de lo dispuesto en el art. 153.3 del C. Penal, el concepto de domicilio a estos efectos, como espacio especialmente protegido en el que se desarrolla la intimidad personal y familiar, debe abarcar al porche o jardín privado que lo circunda y así lo ha señalado el TS en la sentencia núm. 1803/2002 (Sala de lo Pe-

nal), de 4 de noviembre, Recurso de Casación núm. 236/2002-P.

STS 1803/2002, de 4 de noviembre, según la cual “el jardín circundante a un chalé debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”, careciendo así de consistencia el argumento impugnatorio del recurrente, debiendo confirmarse en su integridad la resolución cuestionada rechazando la impugnación deducida, con imposición al recurrente de las cosas de esta alzada.

Sentencia 813/2007, AP ALICANTE, Sec. 1.^a, de 21 de diciembre de 2007

SECUESTRO QUE CAUSA LESIONES FÍSICAS (QUE NO PRECISARON TRATAMIENTO MÉDICO O QUIRÚRGICO) Y PSÍQUICAS (CON NECESIDAD DE TRATAMIENTO)

Arts. 8, 164, 173.1 y 177 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Dura Carrillo

SÍNTESIS

Teniendo en cuenta que, como afirma la Sala, cualquier delito violento puede producir una alteración del equilibrio psíquico de la víctima, soliendo aparecer éste como un resultado naturalmente añadido por las propias características de la acción típica, y no siendo fácilmente dissociable de ésta aquel resultado, llega a la conclusión de que, en el presente caso, es de aplicación el principio de consunción, sin perjuicio de tener en cuenta el resultado lesivo psíquico a los efectos de la responsabilidad civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...) cuando Raúl salía del chalé de su propiedad (...), se encontró en la puerta de la finca, obstaculizándole el paso, un vehículo

del que se bajó una persona no identificada que esgrimiendo una pistola le ordenó que se bajase del suyo, a lo que hizo caso omiso, dando un acelerón, logrando esquivarlo, pasando cerca de otra persona no identificada

que acompañaba al hombre armado, encontrándose a unos diez metros, ya en el camino, otro vehículo matrícula de Almería que le cerraba totalmente el paso, en el que aguardaba otra persona tampoco identificada, que también llevaba una pistola, por lo que al tratar de esquivarlo perdió el control del vehículo, colisionando contra una valla, causando daños en el lateral izquierdo de su coche, quedando aturdido, acercándosele los tres asaltantes armados, que tenían acento colombiano, que le apearon a la fuerza y forcejearon con él, propinándole golpes en las manos y en la cabeza, logrando introducirlo en el maletero de uno de los vehículos que llevaban, marca Mercedes, siendo transportado durante varias horas en ese habitáculo, proporcionándole una botella de agua que les pidió el cautivo dado que se estaba ahogando, dándose múltiples golpes contra las paredes del maletero al circular a velocidad excesiva, derramando sangre en abundancia, llevándole hasta una casa rural (...), lugar donde quedaría retenida la persona secuestrada, que al llegar a la casa rural fue sacada del maletero, proporcionándosele una manta.

(...)

Acto seguido lo encerraron en una habitación muy fría, rectangular, de dos metros de fondo por cuatro de ancho, en la que había una cama que ocupaba la anchura de la habitación, atándolo de pies y manos con unas bridas grandes de plástico de color blanco, dos en los pies y dos por delante de las manos, que sólo soltaron en dos ocasiones, abriendo la brida central que unía las de las manos, para darle de comer, permaneciendo allí varios días echado en la cama, quedando la habitación en penumbra, ya que la luz eléctrica estaba apagada y sólo había una ventana que estaba tapada con visillos, teniendo que hacer sus necesidades fisiológicas en un cubo, pues sólo le permitieron ir al aseo dos veces en cuatro días.

(...)

A causa de las agresiones sufridas Raúl resultó con lesiones de carácter físico por las que no precisó tratamiento médico o qui-

rúrgico, además de la primera asistencia, presentando al ser liberado varios hematomas periorbitarios bilaterales, pequeña erosión nasal, equimosis lumbares, erosiones costrosas en ambas manos, equimosis múltiples en ambas extremidades inferiores, contusiones múltiples y fractura del noveno arco costal derecho; evidenciando también, a causa de los padecimientos sufridos durante su cautiverio, un trastorno por estrés post-traumático crónico que está dando paso a un nivel de mayor gravedad, presentando una transformación persistente de la personalidad tras la experiencia catastrófica sufrida; secuela que precisará para su curación tratamiento psicológico y psiquiátrico prolongado; cuya lesiones tardaron en alcanzar la estabilización 573 días, de los que 365 estuvo impedido para dedicarse a sus ocupaciones habituales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

En este punto la defensa de Ángel Daniel expuso en su informe y se acepta por la Sala la corriente jurisprudencial mayoritaria en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en sentencias dictadas en delitos contra la libertad sexual, en los que se causan lesiones físicas y se provoca al mismo tiempo un menoscabo de la salud mental de la víctima que precisa para su curación tratamiento médico psiquiátrico (STS 6 de noviembre de 2003 con cita de la de 10 de diciembre de 2002) doctrina extrapolable al supuesto enjuiciado. Hay que tener presente que cualquier delito violento puede producir una alteración del equilibrio psíquico en la víctima, e incluso en terceros no directamente afectados por la acción delictiva, por lo que la afectación en mayor o menor medida de la salud mental de la víctima suele aparecer como un resultado naturalmente añadido, muy especialmente en agresiones sexuales u otros delitos especialmente violentos, por las propias características de la acción típica, de manera que ese resultado no es fácilmente dissociable de una

acción de esa clase y porque se trata de una consecuencia natural del delito, debe entenderse que el legislador, al tipificar la infracción, ha incluido en su valoración del desvalor de la conducta y del resultado, esas consecuencias probables sobre la salud mental de la víctima, e incluso de terceros, y en atención a ello ha fijado la pena correspondiente, por lo que dicho resultado, inicialmente, debe entenderse ya comprendido en la sanción que la ley establece para el delito de que se trata, por aplicación del principio de consunción, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil, en cuyo sentido, se pronunció el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 10 de octubre de 2003, SSTs de 12 de noviembre de 2003 y 18 de octubre de 2004, lo que en el caso enjuiciado impide apreciar conjuntamente con el delito de secuestro un delito de lesiones, dado que las secuelas psíquicas, únicas que precisan tratamiento médico psicológico y psiquiátrico prolongado, son consecuencia natural de los delitos contra la integridad moral y secuestro, quedando la secuela psíquica absorbida por ellos, sin poderse apreciar además un delito de lesiones autónomo, por ello y pese a la gravedad de los hechos respecto de las lesiones sólo cabe apreciar una falta, al plantear la defensa de Ángel Daniel la inexistencia de tratamiento médico o quirúrgico en lo que se refiere al resto de lesiones de naturaleza física, pues para su existencia el delito de lesiones, definido en el art. 147.1 del CP, exige que “la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”. Y como quedó de manifiesto en la vista oral por la pericial conjunta de los citados médicos forenses y de los peritos convocados a instancia de la defensa de Ángel Daniel, sobre trata-

miento de las lesiones físicas sufridas por el Sr. Raúl, lo único que consta en la documentación médica obrante en las actuaciones (f. 365) es la prescripción de un mero analgésico, Nolotil, 1 cápsula cada 6 horas, que como han coincidido todos los peritos, desde el punto de vista médico forense, no integra tratamiento médico, concluyendo los médicos forenses que el tratamiento médico referido en su informe, conclusión 5.^a, era el tratamiento psiquiátrico. Lo que no presenta duda a juicio de la Sala, escuchando al parecer de los médicos forenses por un lado y por otro de los peritos propuestos por la defensa del procesado Ángel Daniel, es que las lesiones psíquicas consistentes en un estrés postraumático grave con tendencia a evolucionar negativamente hacia una transformación persistente de la personalidad, al haber factores de mal pronóstico, siempre según el informe de los forenses, con posibilidad realmente remota de que puede desaparecer del todo, tiene su causa y explicación en los hechos traumáticos aquí enjuiciados sufridos por el Sr. Raúl, acogiendo la Sala en base a las consideraciones y explicaciones ofrecidas por éstos en el plenario las conclusiones de los médicos forenses que asume y comparte, ajenos al interés de parte, pues como indicaron el agente estresante tiene una importancia extraordinaria, lo que ocasiona el cuadro tiene una relevancia fundamental, tiene que existir el trauma para que surja el estrés postraumático, después también influirán otros factores como la personalidad de cada uno, pues ante la misma situación las respuestas son diferentes “unos salen a flote y otros quedan incapacitados para toda la vida” mientras que el dictamen elaborado por los peritos Sres. Cornelio y Juan Luis, aunque referido al lesionado, el informe es de carácter general porque no han visto nunca al perjudicado.

Sentencia 166/2007, AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, de 26 de diciembre de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA: SUPUESTOS DE AGRESIONES RECÍPROCAS

Arts. 153 y 617.1 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Ángeles Martínez Domínguez

SÍNTESIS

Considera la Audiencia que procede la exclusión del tipo penal contenido en el artículo 153 del Código Penal en supuestos de riñas o agresiones recíprocas, mediante una interpretación teleológica de la figura delictiva en consideración al bien jurídico protegido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Como expusimos en la Sentencia núm. 40/2006 de 30 de marzo, procede la exclusión de dicho tipo penal en supuestos de riñas o agresiones recíprocas; siguiendo así el criterio expresado por la mayoría de las Audiencias Provinciales, como la de Barcelona en las sentencias núms. 123/2004 de 2 de febrero y 1222/2004, de 14 de diciembre, las cuales sostienen que una interpretación teleológica del tipo agravado conduce al entendimiento de que su fundamento se sustenta en el ejercicio de la violencia por uno de los miembros del núcleo familiar (el más fuerte) sobre otro u otros miembros (el más débil), pero no puede otorgar cobertura a situaciones en las que la violencia es mutua entre los dos miembros de la pareja y halla causa en discusiones y peleas entre iguales; criterio que reitera la SAP Barcelona (Sección 5.ª) de 14 de noviembre de 2005, partiendo para ello de cuál es el bien jurídico protegido, citando al efecto la STS de 24 de junio de 2000, cuando dice que el delito de

maltrato familiar del art. 153 es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión; por lo que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39; por lo que el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes; de ahí que se concluya que, para aplicar el art. 153 del CP, la

acción deberá lesionar más allá de la integridad física y deberá ser instrumento de discriminación, dominación o subyugación, pues, en otro caso, la sanción penal deberá limitarse a la falta de lesiones, al maltrato o a la amenaza que definen los arts. 617 y 620 del CP; toda vez que lo que legitima la decisión legislativa de elevar a delito toda falta cometida en un marco de violencia familiar es que la violencia ejercida debe aparecer (y evidenciar aunque sea un solo acto y constitutivo de falta) una manifestación del ejercicio de la fuerza del más fuerte sobre el más débil en una situación o relación familiar o análoga, de manera que el recurso a la violencia física o psíquica aparezca como el modo de relacionarse el sujeto-agresor más fuerte con el otro o los otros miembros de la unidad o núcleo familiar, lo que no puede predicarse de una pelea puntual entre una pareja. En la misma línea, SAP Barcelona (Sección 3.^a) de 31 octubre de 2005, cuando dice que “El bien jurídico protegido en el art. 153 CP es la preservación del núcleo familiar, la paz familiar, y ello constituye la esencia de la agravación, que está justificada para proteger al sujeto más débil en la relación familiar. Por ello para aplicar el art. 153 CP, en el hecho se debe apreciar cierta situación de prevalimiento del sujeto activo frente al pasivo de modo que éste merezca una sobreprotección penal. Esa prevalencia puede ser física, económica o de cualquier otra naturaleza, pero debe constar”. Asimismo, SAP núm. 38/2005 Navarra (Sección 3.^a) de 17 de marzo, al señalar, con cita de la STS de 26 de junio de 2000, que dicha norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona

humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno; por lo que no cabe efectuar una interpretación “formalista” del art. 153 CP entendiendo que la paz familiar se quebranta con “cualquier situación que altere momentáneamente la tranquilidad (...) salvo que se parta de la base de que todas las relaciones humanas se asientan sobre una exquisita educación, trato y respeto”, sino “una interpretación teleológica y material del precepto en concordancia con el fin de protección de la norma y con el carácter fragmentario del sistema penal”, entendiendo que para incardinar la violencia desplegada dentro del mencionado artículo será preciso que “la misma aparezca como una manifestación del ejercicio de la fuerza del más fuerte sobre el más débil en una situación o relación familiar o análoga”, apareciendo que el recurso a la violencia física o psíquica es la manera de “relacionarse el sujeto-agresor más fuerte con el otro u otros miembros de la unidad o núcleo familiar”, circunstancia que no será de apreciar cuando se produce una riña mutuamente aceptada; de semejante tenor, SAP núm. 87/2006 Ciudad Real (Sección 2.^a), de 11 de octubre.

En apoyo del criterio expuesto, y en lo que concierne al bien jurídico protegido, puede también citarse la STS de 22 de enero de 2002 que, con mención de la núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000, destaca que esta norma penal (art. 153 del CP de 1995), ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; lo que reitera, entre otras muchas, la STS de 29 de marzo de 2004.

Sentencia 167/2007, AP GUADALAJARA, Sec. 1.^a, de 27 de diciembre de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA: NECESIDAD DE QUE EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA SEA CORROBORADO POR DATOS CIRCUNDANTES

Arts. 153 y 620.2 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Concepción Espejel Jorquera

SÍNTESIS

Como es sabido, las manifestaciones vertidas por la víctima del delito en el juicio oral tienen el carácter de prueba testifical siempre que sean prestadas con las debidas garantías. Para su valoración a efectos de basar sobre aquellas declaraciones una sentencia condenatoria, han de ponderarse las circunstancias circundantes, tal como hace la presente sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se impugna el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia; invocando error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador *a quo*; argumentando la suficiencia de la declaración de la denunciante y de su hijo para llegar a una convicción de culpabilidad, planteamiento que exige recordar que, si bien es cierto que es reiterada la Jurisprudencia que declara la aptitud de la prueba de testigos para considerar desvirtuado el principio constitucional de presunción de inocencia, a la cual se equiparan las declaraciones de la víctima del ilícito por el que recae la condena, siempre que no existan razones de resentimiento, odio, venganza, deseo de beneficio económico o de otro tipo, contradicciones en la incriminación o razones objetivas que hagan dudar de su veracidad (SSTS 22 de diciembre de 2003, 2 de diciembre de 2003, 17 de noviembre de 2003, 29 de septiembre de 2003, 3 de abril de 2001, 5 de abril de 2001, 11 de septiembre de 1998, 19 de no-

viembre de 1998, SSTC 28 de febrero de 1994, 3 de octubre de 1994, 31 de enero de 2000, en análogo sentido STS 19 de noviembre de 1998, que cita de las SSTC 164/1990, 169/1990, 211/1991, 229/1991 y 283/1993), no es menos cierto que, como apuntó la STS 27 de diciembre de 1996, el hecho de que se otorgue a las aseveraciones del perjudicado el carácter de prueba testifical, siempre que sean prestadas con las debidas garantías, no obsta a que no deba olvidarse que la víctima no es propiamente un testigo, pues característica de este medio de prueba es la declaración de conocimiento prestada por una persona que no es parte en el proceso y el ofendido puede mostrarse parte en la causa como acusador particular o incluso con sólo finalidad resarcitoria como actor civil, a pesar de lo cual, su declaración se equipara al testimonio, por lo que numerosas resoluciones del TS vienen exigiendo que el mal llamado testimonio de la víctima, posible parte en el proceso penal, no sea aséptico y solo, sino que, para ser dotado de aptitud probatoria, debe aparecer rodeado

de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo para que logre credibilidad y si esto ocurre con referencia a la propia declaración, con relación a su autor debe carecer de móviles de resentimiento o venganza, fabulación u otros que tornen espurio tal testimonio; pronunciándose en análogos términos las SSTS 3 de abril de 1996, 23 de mayo de 1996, 15 de octubre de 1996, 26 de octubre de 1996, 30 de octubre de 1996, 20 de diciembre de 1996, 5 de febrero de 1997, 6 de febrero de 1997. Siendo en el caso enjuiciado discutible que se cumplan los requisitos referenciados, ya que consta la existencia de una situación de ruptura con-

yugal conflictiva entre las partes; no habiendo aportado la ahora recurrente corroboración objetiva alguna de los malos tratos que invoca, máxime atendido que el hijo que depuso como testigo incidió en importantes contradicciones respecto del relato ofrecido por su progenitora; apuntando el Juzgador *a quo* que él mismo denotó un evidente favoritismo hacia su madre y animadversión hacia el padre, en base a lo cual el titular del Órgano decisor consideró insuficiente la versión de la ahora apelante, contradictoria con la del acusado, para llegar a una convicción de culpabilidad.

Sentencia 101/2007, AP LA CORUÑA, Sec. 6.ª, de 28 de diciembre de 2007

CLASES DE CULPA EN HOMICIDIO IMPRUDENTE EN ACCIDENTE DE TRÁFICO Y DETERMINACIÓN DEL BAREMO A APLICAR

Arts. 20 Ley de Contrato de Seguro; 142 y 621 Código Penal; Anexo Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Leonor Castro Calvo

SÍNTESIS

La sentencia modifica los hechos probados porque el visionado de la grabación del juicio de instancia facilita la nueva valoración de la prueba por la Audiencia. Define la imprudencia leve, la grave y la temeraria y aplica el baremo del momento del fallecimiento en aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada por la STS de 17 de abril de 2007.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) “... Así las cosas, la imprudencia cometida sólo podrá ser leve o

grave, no temeraria...”. “... La línea diferencial entre ambas imprudencias, según la jurisprudencia y doctrina se obtiene no desde el ángulo cualitativo, ya que desde este pun-

to de vista son idénticas, sino desde un criterio cuantitativo (STS 25 de febrero y 7 de junio de 1983), es decir en la intensidad de la culpa o en la mayor o menor gravedad del descuido. Se caracteriza la culpa grave, por la inobservancia de la más elemental prudencia (STS 4 de marzo de 1963); de las más elementales normas de precaución y cuidado (STS 17 de abril de 1963); el total desprecio de los más elementales deberes de cautela (STS 12 de abril de 1964), fácilmente previsibles para la persona mínimamente prudente (STS 8 de marzo de 1966); por el olvido absoluto de los más elementales deberes de prudencia exigibles en los comportamientos humanos a la persona menos cuidadosa (STS 27 de noviembre de 1982); por la existencia de una desatención grosera, elemental o vulgar (STS 21 de junio de 1983), o como señala la STS de 3 de febrero de 1984, “incide en imprudencia grave quien omite la diligencia más elemental o la mínima exigible”.

Por otra parte, la imprudencia leve o simple se integra por una conducta descuidada, liviana o de imprevisión no profunda, de condición no primaria o indispensable, pero suficiente para infringir un deber de cuidado exigible a las personas diligentes en su actuar (STS 25 de noviembre de 1968), la omisión espiritual de la diligencia media acostumbrada en una determinada esfera de actividad (STS 16 de noviembre de 1997), el olvido de las precauciones en que no hubiera incurrido el hombre medianamente precavido, cauto y previsor (STS 13 de marzo de 1982), o la omisión de aquella diligencia ordinaria que suelen observar los hombres prudentes (STS 13 de febrero de 1984).

En todo caso, como indica la STS núm. 1550/2000, de 10 de octubre: “La circulación de vehículos de motor constituye siempre un riesgo para la vida y la salud de las personas, pero tal riesgo se encuentra permitido si esta actividad se desarrolla con observancia de las debidas precauciones reglamentarias y extrarreglamentarias. Sólo cabe hablar de infracción penal en la medida en

que esas normas de precaución han sido violadas. La entidad de esa violación nos dirá la entidad de la imprudencia que existió; Y ello ha de medirse a través del examen conjunto de las diversas circunstancias concurrentes en el caso que fueron las determinantes de esa valoración negativa del comportamiento del conductor en el orden penal. Cuando se trata de hechos relativos a la circulación de vehículos de motor son las circunstancias en que se produce la conducción las que en su apreciación global (con la suma de todas ellas) nos dirán la entidad (grave o no grave) de la imprudencia”. En el mismo sentido, la STS núm. 1133/2001, de 11 de junio, expresa: “La Jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone ‘un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado’. Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creada con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dicho bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control”.

(...)

Sexto.—Es objeto de impugnación, el monto de las indemnizaciones concedidas a los perjudicados hermanos de la víctima, por cuanto que, en la sentencia se aplica la teoría de que han de ser consideradas como deudas de valor y consecuentemente, se conceden las cantidades que se corresponden con el baremo vigente a la fecha de dictar sentencia.

El pleno del Tribunal Supremo, en dos Sentencias de 17 de abril de 2007, dictadas con el propósito de unificar doctrina, ha venido a superar el sistema de considerar las indemnizaciones por accidente de tráfico como deudas de valor, para establecer que el baremo aplicable a todo accidente de circu-

lación será el que esté vigente al tiempo en que éste tenga lugar. Por ello en el presente caso, en el que la muerte de D. Jorge tuvo

lugar en el mismo momento del accidente, el baremo que ha de aplicarse es el correspondiente al año 2005.

Sentencia 141/2007, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.^a, de 28 de diciembre de 2007

TRÁFICO DE DROGAS: NECESIDAD DE QUE LA PERICIAL DEL SUMARIO SEA INTRODUCIDA EN EL PLENARIO. ABSOLUCIÓN

Arts. 368 Código Penal; 730 y 741 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Alberto Izquierdo Téllez**

SÍNTESIS

La Jurisprudencia reconoce la posibilidad de que la prueba pericial —en este caso la analítica de la droga— sea introducida en el plenario con plenitud de efectos probatorios, siempre que se haga de acuerdo con la previsiones legales, lo que, a juicio de la Audiencia, no sucede en este caso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En efecto. La Jurisprudencia (por todas, STS 680/2007, de 18 de julio) reconoce la posibilidad de que la prueba pericial —en el caso, analítica de la droga— sea introducida en el plenario con plenitud de efectos probatorios por la vía del art. 730 LECrim. Lo hace, incluso, en el supuesto en que ninguna de las partes haya opuesto reparo alguno a dar por leído el informe pericial que todas ellas ya conocen, con posibilidades plenas de contradicción (lo que se considera un

modo de proceder perfectamente razonable, “pues su lectura en tales condiciones suponía una inutilidad o un formalismo anodino”, dice la referida sentencia). Y no habría ninguna indefensión en tal caso, ya que todas las partes, acusadoras y acusadas, son conscientes de la prueba preconstituida (informe pericial analítica de la droga) existente en autos, al que se refieren ya en sus calificaciones provisionales.

Ahora bien: constituye presupuesto ineludible el que dicha pericial no impugnada se introduzca en el plenario del modo previsto por la ley. Lo que en el caso no ha sucedido porque, como consta en el acta de

juicio, una vez practicada la prueba del interrogatorio del acusado y declaraciones testimoniales, al dar paso a la práctica de la prueba documental, ninguna de las partes interesó la práctica de prueba de dicha clase, de modo que el informe del laboratorio oficial relativo a la analítica de la sustancia intervenida no quedó introducido en legal forma en el acto del juicio oral, lo que impide

que pueda ser valorado por la Sala, que no puede determinar la naturaleza de la sustancia intervenida a través de las declaraciones testimoniales practicadas.

Procede, en consecuencia, dictar un pronunciamiento absolutorio para el acusado respecto al delito contra la salud pública del que viene acusado.

Sentencia 1/2008, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 2 de enero de 2008

PORNOGRAFÍA INFANTIL: NULIDAD DEL AUTO QUE ORDENA LA RECOGIDA DE ORDENADORES POR FALTA DE MOTIVACIÓN

Arts. 180.1.3.ª, 181.1, 182 y 189.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Soria Casao**

SÍNTESIS

Con carácter previo a la celebración del juicio oral, la defensa del acusado planteó la cuestión de la nulidad del auto que ordena, como medida de investigación, la recogida de los ordenadores en donde se hallaron los ficheros que contenían pornografía infantil. La sentencia resuelve, desestimando esta pretensión de nulidad, aplicando la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales al caso concreto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La primera cuestión que debe ser resuelta es la planteada con carácter previo en el acto del juicio oral por la defensa de Don Marco Antonio respecto de la nulidad del Auto de fecha 28 de abril de 2005 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. Uno de Girona, en el que se acordó la recogida de ordenadores, alegando que no se encuentra debidamente motivado por lo que

entiende se ha vulnerado los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución Española y el derecho fundamental a la intimidad del domicilio previsto en el artículo 18.3 de la CE, interesando que la nulidad alcance a las pruebas obtenidas.

La nulidad interesada no puede ser acogida por la Sala en base a los siguientes razonamientos: Es sobradamente conocido que la necesidad de motivación es una garantía esencial del justiciable mediante la cual se

puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (STC 116/1998). Y en la STC 25/2000 se dice que la resolución “ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”. Y la motivación ha de estar fundada en derecho, lo que significa “que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuese ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”. Y sin que el derecho a la tutela judicial efectiva imponga que la resolución ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el Juzgador, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión —la *ratio decidendi*— que permita un eventual control jurisdiccional (STC 128/2003).

Aplicada la doctrina expuesta a la cuestión planteada, se puede apreciar que la resolución dictada en fecha 28 de abril de 2005 en el curso de la fase instructora, cumple con los requisitos exigidos por la doctrina constitucional pues basaba la intervención de los ordenadores que pudieran encontrarse en el domicilio del acusado, en el hecho cierto de haberse aportado a las actuaciones una manualidad que presuntamente se había realizado en la clase del Sr.

Marco Antonio en la que se había insertado una fotografía de la menor Luz, así como en la circunstancia de que otra menor declaraba que el acusado hacía fotos a los niños, resultando lógico que se tratase de comprobar si en los ordenadores del acusado pudieran existir fotografías de menores sin ropas, dado que las niñas habían alegado que se bajaban los pantalones y bragas, todo lo cual justificaba la intervención judicial para investigar adecuadamente los hechos denunciados, resolución que tenía apoyo legal en lo dispuesto en el artículo 18.3 CE y 570 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo evidente que no era ni arbitraria, ni desproporcionada ni manifiestamente irrazonada, de lo que se deriva la desestimación de la cuestión previa. Y sin que pueda afectar a la validez de las pruebas obtenidas respecto del presunto delito de posesión de pornografía infantil del que se acusa al Sr. Marco Antonio, porque, como regla general, se considera lícita la ocupación en los registros de pruebas distintas al delito inicialmente investigado, por lo que las pruebas así obtenidas pueden ser valoradas si se incorporan debidamente al proceso. Así en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se admite su validez con relación al hallazgo casual, afirmando la STC 41/1998, de 24 febrero, que “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimientos, practicando incluso las diligencias de prevención...”

Sentencia 1/2008, AP CASTELLÓN, Sec. 1.^a, de 8 de enero de 2008

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA: CONSENTIMIENTO DE LA OFENDIDA

Art. 468.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Aurora de Diego González**

SÍNTESIS

No es pacífica la doctrina de los tribunales acerca de la relevancia que debe darse a la voluntad de la víctima cuando ésta consiente que el condenado quebrante la prohibición de aproximación. La presente resolución trata de ponderar los intereses en conflicto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó las penas de privación del derecho a residir, a aproximarse y a comunicarse con la víctima que establecen los arts. 48 y 57 del CP, estableciendo el art. 57.2 del CP un régimen de imposición preceptiva de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas en los delitos relacionados con la violencia de género y violencia doméstica. Este carácter imperativo de la pena, que no permite moderación o arbitrio judicial alguno, ocasiona en la práctica judicial algunos supuestos de situaciones indeseadas que han dado lugar a todo un debate sobre la oportunidad, constitucionalidad e idoneidad de la aludida pena de prohibición. El estado de la cuestión a fecha actual no puede considerarse dotado de la necesaria estabilidad que reclama la seguridad jurídica en la aplicación del derecho sancionador.

La Circular de la Fiscalía General del Estado de 2 de 2004 indicaba que “los Fiscales

deberán solicitar siempre el alejamiento en tales supuestos con independencia de la voluntad de la víctima”. Aunque añadía: “Este punto debe sin duda ser objeto de una matización. A la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los arts. 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa impera-

tiva y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

Por su parte, la STS de 26 de septiembre de 2005 dotó de eficacia al consentimiento libre de la víctima que reanuda la convivencia con el agresor, entendiendo que se producía el decaimiento de la pena o medida impuesta, no apreciando en tales casos delitos de quebrantamiento.

Sin embargo, esta doctrina no se encuentra suficientemente consolidada, la STS de 20 de enero de 2006, Ponente Sr. Sánchez Melgar, resuelve un supuesto en el que no se aprecia consentimiento de la víctima afirmando “que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo”.

Luego la sentencia núm. 1079 de 3 de noviembre de 2006, Ponente Sr. Maza Martín, contempló un supuesto en el que el consentimiento de la víctima (madre del agresor) se producía después del quebrantamiento de la pena, declarando que “la pena impuesta resulta inmodificable”.

Ya por último, sentencia núm. 10 de 19 de enero de 2007, Ponente Sr. Soriano Soriano, resuelve un supuesto en el que se estima que el consentimiento de la víctima está viciado por presiones familiares. Indica esta sentencia literalmente:

“El acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la apariencia de la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no se acoge el recurrente, porque es consciente de que el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuricidad del hecho.

Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por ‘presiones de la familia’, según rezan los hechos probados; y segundo, porque la vigencia del bien jurídi-

co protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal —que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla— pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre y núm. 69/2006 de 20 de enero).”

Tercero.—El análisis de las resoluciones de las Audiencias Provinciales revela la existencia de dos corrientes o tendencias diferenciadas. Una de ellas viene a estimar que el automatismo en la ejecución de estas penas en los supuestos de reconciliación de la víctima y el agresor puede vulnerar derechos fundamentales de rango constitucional tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el de dignidad de la persona, intimidad personal y familiar, así como el derecho a la personalidad de la pena del art. 25.1 de la Constitución. En esta línea han aplicado la STS de 26 de septiembre de 2005, la SAP de Murcia, Secc. 3.^a de 15 de mayo de 2007, la SAP de Madrid de 7 de mayo de 2007, Secc. 27.^a, y esta misma Audiencia SS, Sec. 1.^a de 28 de marzo de 2006 y Sec. 2.^a de 17 de diciembre de 2006, entre otras.

En el polo opuesto otras resoluciones, tales como la SAP de Barcelona, Sec. 20, de 1 de julio de 2007, consideran que la doctrina de la STS aludida sólo es aplicable a las medidas de alejamiento, no en cambio, a la pena accesoria, por lo que sólo por vía de petición de indulto podría obtenerse la suspensión de la ejecución de la aludida pena al amparo de lo establecido en el art. 4.4 del C. Penal. En la misma línea la SAP de Madrid, Sec. 1.^a de 17 de mayo de 2007, defiende la vigencia de pena aunque medie el consentimiento de la víctima en la reanudación de la convivencia, pues en estas infracciones no opera el perdón de la víctima con eficacia

extintiva de la responsabilidad penal (art. 130 del CP).

Otras resoluciones acogen el error de prohibición o la ausencia de dolo en estos casos.

No podemos olvidar que han sido admitidas a trámite cuestiones de constitucionalidad planteadas por varios órganos jurisdiccionales, por lo que habrá de estarse a la decisión del Alto Tribunal.

Cuarto.—Partiendo de estas premisas, hemos de coincidir en que el cumplimiento de la sanción penal, por su naturaleza pública, resulta indisponible tanto para el condenado como para la propia víctima en virtud del principio de la legalidad a la ejecución de penas del art. 3 del CP. La pena de prohibición de acercamiento a la víctima del art. 48.2 del CP no es susceptible de suspensión ni modificación en fase de ejecución de sentencia, a diferencia de lo que ocurre con la medida de seguridad del art. 96.2.9.^a del CP que es susceptible de cese, sustitución y suspensión (art. 97 CP). Teniendo la prohibición de acercamiento una naturaleza esencialmente protectora de la víctima, ya venga aplicada como pena, ya como medida de seguridad parece que no se justifica esta diversidad de régimen jurídico.

Por tanto, llano resulta que sólo por el cauce de la petición de indulto, es posible acceder a la suspensión de la controvertida pena accesoria.

La cuestión nuclear del debate consistiría en determinar si el consentimiento de la víctima tiene algún tipo de efecto en la conducta del condenado, que haciendo caso omiso de la prohibición, reanuda la convivencia o relación con la víctima. Varios factores inciden en esta cuestión.

En primer lugar, el consentimiento ha de ser auténticamente libre, consciente y firme, careciendo de todo efecto cuando opera en virtud de presiones de distinto orden (económicas, familiares...) tal como ha indicado

el Tribunal Supremo en las sentencias antes mencionadas.

En segundo lugar, la necesidad de protección de la víctima no tiene que subsistir pues en otro caso la prohibición cobraría pleno sentido.

Es pacífico, igualmente que la acción del agresor condenado que quebranta sería típica y antijurídica por satisfacer las exigencias del art. 468.2 del Código Penal.

En cambio, en el área de la culpabilidad la cuestión difiere, la culpabilidad presupone una determinada capacidad de quien actúa, consistente en comprender la ilicitud del hecho y poder actuar conforme a esa comprensión, de modo que en los casos de error sobre la licitud de la conducta el autor no sería culpable. El conocimiento de la ilicitud del hecho puede no agotarse en el tipo penal, sino que parece razonable que se complete con la aplicación que del mismo realizan los órganos jurisdiccionales al aplicar el derecho. No cabe duda de que la cuestión está lejos de ser pacífica en el momento actual. A este respecto indica la SAP de Madrid, Sec. 17 de 19 de septiembre de 2005 que cuando, entre juristas, se discute la razonabilidad y constitucionalidad de una interpretación a ultranza de la literalidad de los términos legales que definen el contenido de la pena de alejamiento, cuestionándose, por las razones expuestas, que tenga algún sentido su mantenimiento cuando se demuestra que el conflicto de fondo generador del hecho violento se ha resuelto o está en vías de resolución con un pronóstico favorable, como consecuencia de un acuerdo entre las partes de la relación deteriorada; cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho.

Sentencia 13/2008, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.ª, de 15 de enero de 2008

APLICACIÓN DE BAREMO DE FECHA DE LA SENTENCIA Y COSTAS EN JUICIO DE FALTAS

Arts. 123 y 621 Código Penal; Anexo Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Alberto Izquierdo Téllez**

SÍNTESIS

El accidente se produce al girar el turismo a la izquierda y abordar al ciclomotor que circulaba por ese carril. No hay concurrencia de culpas. El perjudicado sufre una segunda fractura de fémur diez meses después del accidente actuando como concausa la defectuosa consolidación de la primera, por lo que se indemniza con un 25% del importe. Las costas incluyen la de la acusación particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) la cuantía de la indemnización, cuando sea fijada judicialmente, no debe atender a la fecha del siniestro (apuntamos aquí que, cuando el legislador quiere referirse a ese concreto momento, lo hace expresamente, como ocurre con el punto 3 del mismo apartado primero, según el cual “a los efectos de la aplicación de las tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente”), que en nuestro caso corresponde al año 2003, al que se refiere el apelante, sino al momento en que tal concreción tiene lugar, lo que se ha producido en la fecha de la sentencia (año 2007).

Tal solución se ajusta plenamente a la naturaleza de deuda de valor que atribuimos a la deuda indemnizatoria de daños y perjui-

cios, ya que la fecha de la valoración corresponde al momento de la sentencia. (...)

Quinto.—El último motivo de recurso se centra en el pronunciamiento sobre costas que contiene la sentencia impugnada, no tanto por el hecho de la condena en sí, que es preceptiva ex art. 123 CP, sino por la inclusión de los honorarios de letrado. Al respecto debe señalarse, de una parte, que el juicio se ha seguido sin la intervención del Ministerio Fiscal ejercitando las acciones penales y civiles correspondientes al perjudicado y, de otra, que la complejidad de las cuestiones jurídicas y de orden probatorio suscitadas en el caso hace absolutamente razonable —prácticamente necesaria, desde un punto de vista de la efectiva defensa material de las partes— la intervención con abogado, pese a que la clase de juicio en cuestión sea de los que no exigen preceptivamente tal intervención.

Sentencia 2/2008, AP ALBACETE, Sec. 2.ª, de 17 de enero de 2008

EXPLICACIÓN DE LA EXPRESIÓN “CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES” DEL PUNTO PRIMERO 7 DEL ANEXO DE LA LRCySCVM

Arts. 621 Código Penal; 217 LEC; Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Sánchez Purificación**

SÍNTESIS

En aplicación del concepto “circunstancias excepcionales” no se pueden incluir en la indemnización conceptos que estén fuera de las tablas de la LRCySCVM, puesto que el punto primero 7 del Anexo de la LRCySCVM incluye una mera explicación del sistema, no una norma autónoma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) los perjuicios personales (aunque no los gastos materiales, que son independientes y variables según los casos y que son perjuicios extratabulares) son iguales para todas las personas, indicando que ello no excluye la posibilidad de que se particularizan en función de determinadas situaciones singulares que expresa, como son las circunstancias familiares (en las tablas se prevé cómo el fallecimiento se compensa en función de dichas circunstancias, como son el número de parientes afectados y cercanía parental, etc.), ingresos económicos (que ya las tablas indican, como es el porcentaje variable según la renta del afectado, y que en el caso se ha reconocido con un incremento

de los perjuicios a la apelante en un 10%, no cuestionado), o circunstancias excepcionales a que se refiere la recurrente pero que no son otras que las previstas en las tablas, como el perjuicio estético, incapacidad permanente parcial, total o absoluta, necesidad de tercera persona para el autogobierno del perjudicado, adaptación de vivienda, etc. Esto es, dichas “circunstancias excepcionales” son las que se determinan en las tablas y no un concepto extratabular que pueda aplicarse para un supuesto de hecho no previsto en las mismas, pues la norma es meramente explicativa de los derechos y compensaciones tabulares, sin que existan más que los expresamente reconocidos en las mismas. Ninguna de estas circunstancias “excepcionales” es alegada por lo que ha de rechazarse la reclamación.

Auto 37/2008, AP MADRID, Sec. 3.^a, de 21 de enero de 2008

LA TRANSFORMACIÓN EN JUICIO RÁPIDO EXIGE EL RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

Arts. 766, 779.5, 800 y 801 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Pelayo M.^a García Llamas

SÍNTESIS

El imputado en su declaración dijo primero que conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas para acabar afirmando que se encontraba bien. Así las cosas, no existe el reconocimiento de la afectación de ese estado en la conducción y no puede, por tanto, pasarse al cauce procesal privilegiado que se intenta.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la resolución impugnada, acordando la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado con vista a un enjuiciamiento posterior que cabría calificar de ordinario, se pretende en el recurso la acomodación al proceso para el enjuiciamiento rápido en aras a la conformidad privilegiada prevista en el artículo 801.2 de la Ley procesal penal. Tal posibilidad de acomodación de la tramitación de la causa requiere, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 779.5 de la LECrim. y a los efectos que aquí interesan, el reconocimiento por el imputado de los hechos, asistido de su abogado y a presencia judicial.

Examinada la declaración prestada por Alejandro el 4 de septiembre del pasado

año, asistido de su abogado y ante el Instructor, no es posible afirmar el reconocimiento de los hechos en el sentido de admitir una conducta subsumible, en el presente caso, en el tipo penal previsto a la fecha de los hechos en el artículo 379 del Código Penal. En un primer momento Alejandro dice que iba conduciendo bajo los efectos del alcohol, expone lo que había bebido, las circunstancias de la ingesta y de la conducción pero añade “Que se encontraba bien mientras conducía y pensaba que estaba en condiciones para conducir. Que cuando ha dicho que conducía bajo los efectos del alcohol, quiere decir que había bebido alcohol”, estando ausente un reconocimiento o admisión de la afectación psicofísica en la conducción.

Sentencia 13/2008, AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2008

NULIDAD DE ACTUACIONES: FALTA DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PESE A LA EXISTENCIA DE OTRAS ACTUACIONES CONTRA EL ACUSADO
Arts. 24 CE; 17 y 786.2 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Matías Rafael Madrigal Martínez-Pereda**

SÍNTESIS

Planteándose como cuestión previa la nulidad del procedimiento examinado en la Sala, con carácter preliminar, la pretensión de acumulación, esgrimida por la parte, de los autos a las actuaciones generadas por una querella, en la argumentación de que existiría conexión (en el sentido del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entre unos y otros hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se recurre la sentencia de instancia por quien fuera condenado en la misma como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento previsto en el artículo 468.2.º del Código Penal.

Habiéndose planteado como cuestiones previas la nulidad de procedimiento por vulneración del artículo 24 CE antes de entrar a examinar cuestión de fondo es menester la resolución de las mismas planteada al amparo del art. 786.2 LECr. actual.

En lo referente a la Acumulación solicitada por la defensa del imputado, la Sala considera como ya lo hiciera el juzgador de instancia, que la pretensión de suspender el procedimiento habida cuenta la existencia de una querella que aquél interpuso contra D.ª Paloma, precisamente por delito de inducción para la comisión del delito de quebrantamiento de la medida cautelar, mereció oportuno rechazo y ninguna indefensión se

entiende que con tal decisión se causó a dicha parte.

Es claro que no se acreditaban los requisitos que para la acumulación exige el art. 17 LECr. no constando la realidad de una resolución judicial admitiendo a trámite la aludida querella, ni persona/s imputada/s ni los hechos objeto de imputación.

Los supuestos de conexidad están descritos y regulados en el artículo 17 de la LECr. que recoge en sus núms. 1 y 2 la conexidad subjetiva y en sus núms. 3 y 4 se recoge la conexidad objetiva y por último el núm. 5 recoge la conexidad mixta (subjetiva y objetiva) que comprende los diversos delitos que se imputan a una misma persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados (comisión relacionada —artículo 17.5—).

Como se ha señalado, desconocemos en el presente caso, y lo que es relevante, se desconocía al momento de plantearse en la instancia, la existencia de un procedimiento

incoado contra D.^a Paloma, por no constar siquiera la admisión a trámite de la querella a la que se alude, encontrándonos con la absoluta falta de aportación de datos del procedimiento para comparar y cotejar, desco-

nociéndose así la conexidad subjetiva y la objetiva intrínseca de procedimientos.

Finalmente, la decisión del juzgador no impediría un enjuiciamiento por separado, en relación con los hechos objetos de querella.

Auto 5/2008, AP MADRID, Sec. 2.^a, de 11 de febrero de 2008

EL USO DE COLLARÍN CERVICAL PRESCRITO DE MODO PREVENTIVO SE CONSIDERA TRATAMIENTO

Arts. 634 LECrim.; 621 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Lucía María Torroja Ribera**

SÍNTESIS

Si el collarín resultaba necesario y se prescribió, aunque sea de modo preventivo, su uso deriva de las lesiones del perjudicado y debe ser valorado como un tratamiento médico.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Auto que, como ya se ha indicado, recurrido en reforma por la denunciante, fue confirmado por el de fecha 26 de octubre 2007, en el que se alegaba que las lesiones de aquélla no precisaron tratamiento médico ni quirúrgico, ni rehabilitación, indicando sólo la utilización del collarín cervical a efectos preventivos, no como tratamiento rehabilitador.

Dicho criterio no puede compartirse. El informe Médico Forense obrante al folio 21 relata lesiones consistentes en esguince cervical y dorsalgia e indica el uso de collarín cervical de modo preventivo, indicando la

existencia, asimismo de secuelas (Algias postraumáticas sin compromiso radicular). Con independencia de que el Médico Forense haga indicación de que el uso del collarín cervical se hace de modo preventivo, es evidente que el uso del mismo deriva de las lesiones de la denunciante, esguince cervical y dorsalgia, que, como la experiencia demuestra, suelen tener como consecuencia el uso del indicado collarín.

Si el collarín fue necesario y se prescribió, fuese o no a título preventivo, su uso debe ser valorado como un tratamiento médico consistente en inmovilización, necesario para la sanidad, tal como viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 13 de septiembre de 2002, 22 de marzo de 2002, 23 de febrero

de 2001, 25 de abril de 2001 y 31 de marzo de 2003, entre otras muchas.

Ello nos lleva indefectiblemente a considerar que los hechos sí pueden considerarse, en principio, como constitutivos de una falta del artículo 621.3 del Código Penal, sin per-

juicio de lo que resulte de las pruebas que se practiquen en el acto del Juicio Oral, debiendo, por consiguiente, estimarse el recurso interpuesto, con revocación de los autos impugnados, debiendo dictarse nueva resolución que repunte los hechos como falta y acuerde el señalamiento de Juicio Oral.

Sentencia 47/2008, AP MADRID, Sec. 1.^a, de 12 de febrero de 2008

DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y VALOR PROBATORIO DE LAS FACTURAS

Arts. 110 y 621 Código Penal; 217 y 318 LEC; 1902 CC

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

SÍNTESIS

El médico forense deberá indicar, en ejecución de sentencia y a la vista de los informes que presenten las partes, si se aplica el factor de corrección de invalidez permanente parcial o total. Se indemniza con el valor de reposición del vehículo porque era prácticamente nuevo y no por el importe de la reparación. Se compensa por gastos médicos en atención a la factura que los acredita sin necesidad de que tenga que ser averada en juicio a pesar de que se impugnó de contrario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Se desconoce en qué medida las referidas patologías han contribuido a la declaración de incapacidad total dado que sobre esta cuestión no se pronunció el Sr. Médico Forense, por lo que resulta sumamente discutible que en la sentencia de instancia se ponde- re esta cuestión libremente concluyendo que la incapacidad resultante es parcial y no total.

Por tal razón procede estimar parcialmente este motivo de impugnación acordando que la valoración de este concepto indemnizato- rio se realice de forma contradictoria en eje- cución de sentencia, con aportación de la documentación que se estime procedente, previo informe médico forense en el que se determine si la incapacidad declarada proce- de de la lesión causante del accidente y en qué medida las otras patologías resultan rele- vantes para dicha incapacidad, con aporta- ción de los documentos que se estimen pro-

cedentes y con traslado a las partes para alegaciones.

(...)

Quinto.—(...)

Especial mención merece la valoración de la prueba documental, ya que generalmente los perjuicios económicos reclamables tienen como soporte un documento público o privado. Es bien sabido que para que tengan eficacia en juicio los documentos privados deben, por regla general, ser averuados en juicio, mediante prueba testifical de su emisor, para ser sometidos al principio de contradicción procesal. Tal doctrina puede producir consecuencias indeseables cuando se trate de gastos de mínima cuantía en los que la exigencia de averuación constituye en la mayor parte

de los casos una carga procesal desproporcionada puesto que difícilmente se puede conseguir la comparecencia en juicio de los emisores de las facturas. De exigirse este presupuesto se produciría una patente denegación de justicia al exigir formalidades que no pueden ser cumplidas. En tales casos para estimar la reclamación se requiere que el documento en cuestión esté emitido con las formalidades ordinarias, que por su fecha o por el gasto que acredite tenga una vinculación razonable con el siniestro y que por su reducida cuantía no sea desproporcionado exigir la averuación en juicio.

En el presente caso se cumplen todos los presupuestos antes mencionados dado que la factura aportada por gastos médicos está emitida cumpliendo las formalidades exigibles, tienen vinculación racional con el hecho enjuiciado y no precisa de averuación por no acreditar un gasto de elevada cuantía.

Sentencia 5/2008, AP PONTEVEDRA, Sec. 5.ª, de 12 de febrero de 2008

DROGAS: REQUISITOS PARA QUE SU CONSUMO COMPARTIDO PUEDA RESULTAR ATÍPICO

Art. 368 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Carlos Montero Gamarra**

SÍNTESIS

Como afirma la sentencia que reproducimos, la jurisprudencia ha alertado insistentemente que la atipicidad del consumo compartido de drogas tóxicas solamente puede ser reconocida con suma cautela para que en ningún caso quede indefenso el bien jurídico que se quiere proteger. Se especifican los requisitos que deben cumplirse para pronunciarse sobre la atipicidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Ciertamente que la jurisprudencia del Alto Tribunal, Sala Segunda, admite que la posesión de las sustancias estupefacientes es atípica en casos excepcionales entre los que se encuentran los del consumo compartido. Que en nuestro caso se apoya como fundamento de la pretendida exculpación, por estar destinada esa droga (los 50,949 gramos de cocaína), tan sólo, a ser consumida entre un grupo de amigos, consumidores, en una cena-fiesta privada, que se iba a celebrar el mismo día de la detención, en un reservado del restaurante-merendero “Muiño Da Ponte”, regentado por el propio acusado.

Pero la misma jurisprudencia, que como rigurosa excepción 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, ha alertado insistentemente advirtiendo que la citada atipicidad sólo puede ser reconocida con suma cautela para que en ningún caso quede indefenso el bien jurídico que se quiere proteger (STS 21 de septiembre de 1999), y a tales efectos la atipicidad del consumo compartido o de la posesión de las drogas con esa finalidad, se encuentra sujeta a la estricta observancia de determinados requisitos que han sido reiteradamente exigidos por la doctrina jurisprudencial de la expresada Sala.

En esta línea, la STS 1472/2002, de 18 de noviembre, señala como condiciones para apreciar tal supuesto excepcional de atipicidad las siguientes: a) en primer lugar, los consumidores han de ser ya todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de enero de 1995); b) el consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación de terceros ajenos, para evitar, por ejemplo la divulgación de tan perjudicial

práctica (STS de 2 de noviembre de 1995); c) la cantidad ha de ser “insignificante” (STS de 28 de noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro; d) la comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de marzo de 1995); e) las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de marzo de 1998); f) debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de febrero de 1999).

Es decir, como concluye la STS 2372/2001, de 13 de diciembre, aunque la jurisprudencia ha venido admitiendo que en los supuestos de que exista sólo la intención del consumo compartido entre varias personas, la posesión de la droga no puede entenderse preordenada al tráfico, faltando así el elemento de ánimo tendencial que requiere el delito, es lo cierto que su existencia ha de ser medida siempre en cada caso concreto con carácter muy restrictivo, porque su admisión como alegación exculpatória no puede traducirse nunca en una especie de “patente de corso” que evite la sanción de delitos de tanta gravedad como son los de tráfico de drogas.

Conviene pues insistir en “la cautela” con la que hay que abordar la aplicación de este supuesto enervante de la aplicación del delito contra la salud pública, de creación jurisprudencial, que por su excepcionalidad ha de cumplirse, en todo caso, los exigentes requisitos enumerados en diversas sentencias de esta Sala (ver STS de 31 de marzo de 1998, por ejemplo).

Así las cosas, en relación a la condición de adictos como primer requisito, antes que nada y “excluidos los consumidores ocasio-

nales o esporádicos” (STS 8 de marzo de 2004), hemos de concretar el alcance de tal exigencia, que de acuerdo con una línea jurisprudencial amplía el concepto y reputa adictos a los consumidores habituales de fin de semana (SSTS 8 de marzo de 2004; 408/2005, de 23 de marzo; y 225/2006, de 2 de marzo).

Como nos enseña la STS núm. 237 de 17 de febrero de 2003, que cita la de 8 de marzo de 2004, “En relación a la condición de adictos, en la medida que la razón de ser de tal requisito es evitar la captación o integración en el grupo de quien no es consumidor, debe ser interpretado en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo que, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, el modelo de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas y celebraciones de amigos. Ello supone una matización o modulación importante de la condición de ‘adicto’ que no debe interpretarse como drogadicto *stricto sensu* sino como un consumidor de fin de semana como ya se ha dicho”. En esta misma línea jurisprudencial menos rigurosa del requisito exigido para la aplicación de la doctrina del consumo compartido, de la condición de consumidores adictos, se encuentran, además de la Sentencia ya citada 408/2005, de 23 de marzo, la 983/2000, de 30 de mayo y 5 de diciembre de 2007.

“En conclusión, podemos afirmar que, a efectos de estimar el consumo compartido, debe ampliarse el concepto y reputar adictos a los consumidores habituales de fin de semana” (STS de 8 de marzo de 2004).

Un consumidor habitual puede ser aquel que consume los fines de semana con habitualidad aunque no responde al patrón de drogadicto, como tampoco respecto al patrón del consumidor esporádico o episódico. Aquí hay una continuidad de consumo, sólo que éste se efectúa de forma intermitente, preferentemente los fines de semana.

Pues bien, en nuestro caso, no todos los testigos de descargo que deponen en el ple-

nario y que dicen iban a participar en la cena-fiesta privada en el reservado del restaurante-merendero del acusado, cumplirían con la expresada exigencia, conforme a la línea jurisprudencial menos rigurosa que hemos dejado expuesta. Así Lucas, refiere que no todos los fines de semana consume, Jose Daniel nos dice que es consumidor de vez en cuando, más bien en fiestas, sólo en fiestas, esporádico, y que cuando compra para sí compra medio gramo, Ana, si bien refiere ser consumidora de fin de semana, cuando concreta sus consumos contesta que algún fin de semana igual medio gramo que nada, y que lo máximo un gramo, pues no se puede permitir más, y por último, Leticia, nos dice que consume algún fin de semana en fiestas, y que cuando lo hace en fin de semana consume ½ gramo o 1 gramo, el día que sale.

Es decir, no se cumple el requisito de la adicción, en el sentido indicado, de todos los que habrían de asistir a esa cena-fiesta, pues la no condición de consumidores habituales fue reconocida por alguno de los testigos de descargo. Por tanto, supuesto de aceptar la versión del acusado, no se podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento con el grave riesgo de impulsar a aquéllos al consumo y habituación.

Y tampoco se cumpliría la condición, conforme a la sentencia ya citada del TS 1472/2002, de 8 de septiembre, de que “las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de marzo de 1998)”. Es decir, “los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, pues sólo así será posible evaluar el número y condiciones personales” (véase por todas la STS de 21 de febrero de 1997, y las que en ella se citan).

Así en cuanto a la proyectada cena-fiesta, el acusado refiere en fase sumarial (al folio

32, *in fine*) “Que eran 10 más o menos”, mientras que en el acto del plenario nos manifiesta que con él serían 19 personas, 18 y él 19, siendo las personas presentadas en la lista de testigos (folio 88). Explicando el Sr. Marcos una vez a petición del Ministerio Fiscal se le da lectura, en juicio oral, al folio 32 *in fine*, que si en la instrucción dijo 10 personas fue porque estaba nervioso, pues algunos de ellos vienen con sus parejas y éstas también son consumidoras. Sin embargo, en el acto del plenario, sólo comparecieron nueve de los sólo once testigos que declararon en Diligencias Previas, no haciéndolo ni Dolores ni Sandra, por lo que no se pueden tomar en cuenta sus declaraciones, habiendo además, finalmente, renunciado a dichos testigos el letrado defensor.

Huelga decir, por lo que se refiere a la lectura en juicio oral de la declaración sumarial del acusado que guarda silencio no contestando a la acusación, que ello es perfectamente viable conforme a la STC (Sala Segunda) 14/2001, de 29 de enero, pues de esa negativa a declarar acogiendo al derecho a no declarar, no cabe, sin más, concluir que no ha existido contradicción “El contenido de los folios especificados por la acusación era evidente y conocido por los acusados y sus defensas, por lo que el silencio mantenido no puede ser apreciado como una retractación que, en todo caso, también puede ser valorada...”.

Por su parte quienes testificaron en juicio tampoco supieron concretar ni el número de las personas que asistirían a la cena- fiesta, ni tampoco la identidad de la mayor parte de las mismas.

Así comenzando por Lucas, a preguntas del Ministerio Fiscal, refiere que hacían un fondo común, para la comida y complementos, bebida y todo, que solían ser 30 o 40, los que se fueran anotando, a veces menos otras más, que el encargado de organizar la cena era Marcos, él era uno más, que solían ser todos amigos, que en alguna ocasión no conoces a alguno porque solían ser amigos de él, clientes, nos dice, y que no sabía decir

los nombres de la pandilla, Manolo, Pepe, Luis, no se lo sé, contesta.

Sergio, también a preguntas del Ministerio Fiscal, refiere que a veces se juntan para tomar algo, soliendo reunirse 10, 15, y que en esta fiesta concreta, no sabe cuántos, cantidad de gente, se imagina que 15, 10..., nos dice.

Ana, a su vez, también a preguntas del Ministerio Fiscal, dice no conocer a todos ... Nardo, Nieves.

Nuria, asimismo con respecto a la cena, nos dice que “la organizó él, éramos un grupo de gente que él decidió invitar, conoce a la mayoría del grupo, no sabe la gente que invitó él, no sabe el total de las mismas” “19, sobre 15, no sabe fijo, no sabe a quiénes invitó”.

Eduarne, contesta que algunos no los conoce, nunca se sabe la gente que viene a la fiesta.

Y por último Bernardo, que un año más otros menos, sobre 15 o 20 más o menos.

En conclusión, es evidente que ante la indeterminación de al menos una buena parte de las personas que según el acusado asistirían a la cena-fiesta, pues en definitiva sólo nueve (y con él diez) declararon en juicio oral, no se cumpliría el requisito señalado en el enunciado e) de la STS 1472/2002, de 8 de septiembre.

Y tampoco se cumpliría el requisito, conforme a la STS 1472/2002, de 18 de septiembre, de que la “cantidad ha de ser ‘insignificante’ (STS de 28 de noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima o adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro”. O como dice la STS 326/2005, de 14 de marzo, “que la cantidad de droga sea pequeña, y capaz de ser consumida en el acto, evitando todo riesgo de almacenamiento que exceda del propio consumo compartido”.

Pues esas 10 personas determinadas, incluido el acusado, no justificarían la totalidad de la adquisición de la droga que portaba (50,949 gramos de cocaína con una

pureza de 63,76%) para ser consumida en la ocasión referida.

Así el propio Marcos, nos dice que antes consumía gramo y medio diario y después fin de semana, entre viernes y sábado, tres gramos.

Lucas, contesta al Ministerio Fiscal, que lo máximo en una noche, no sabe, ponga tres gramos en una noche, no lo sabe, no lo sé.

Sergio, también al Ministerio Fiscal contesta, que los días que normalmente consume suele coincidir en fin de semana, y para estos días que consume compra normalmente la cocaína, un gramo, y que este gramo le dura todo el fin de semana.

Nuria, dice ser consumidora de fin de semana o así y que como mucho un gramo el fin de semana, en el sábado que es cuando sale.

Leticia, refiere que consume algún fin de semana en fiestas, y que cuando consume en fin de semana consume medio gramo o un gramo, el día que sale.

Y por último Bernardo, contesta ser consumidor habitual, diariamente más o menos,

por la semana un poco, no tanto, el fin de semana depende del día, un gramo o dos gramos, depende, durante la semana no toma, un poco pero no tanto, el fin de semana un gramo diario, un gramo y medio, o dos gramos, depende, si hay una fiesta puede ser más.

En suma, esas 10 personas, que son las únicas, que por identificadas podríamos considerar a efectos de asistencia a la cena-fiesta, nunca justificarían la totalidad de la adquisición de la droga en cuestión, que según el propio acusado le costó 2.500 euros, ni por sus consumos máximos por aquéllas declarados, ni tampoco por el precio de 150 euros, también declarado, de la cena-fiesta, que incluiría no sólo la comida y la bebida sino también la cocaína, según se vino a decir en el acto del plenario por testigos de descargo.

Por tanto, hemos de descartar la hipótesis exculpatoria del “consumo compartido”, que como justificativa de la posesión de la sustancia identificada como cocaína, ofrece la defensa.

Sentencia 149/2008, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 20 de febrero de 2008

COCAÍNA: CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA A LOS EFECTOS DEL TIPO PENAL

Arts. 368 y 369.1.6.ª Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Enrique Rovira del Canto**

SÍNTESIS

Tras los pasos del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 (reproducido en el número 5 de la Revista de Derecho Penal), examina la sentencia si la cantidad de droga aprehendida constituye una cantidad de notoria importancia a los efectos de aplicación del subtipo cualificado que prevé el Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Mas tales precisiones resultan irrelevantes respecto del ilícito cometido por cuanto los hechos en modo alguno constituirían la modalidad agravada de notoria importancia, prevista en el artículo 369.1.6.^a CP, no habiendo sido además ello objeto de imputación por el Ministerio Fiscal, al no sobrepasarse en modo alguno la cantidad de 750 gramos netos de sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, que respecto de la cocaína estableció la Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 y ha sido asumida por pacífica y reiterada jurisprudencia posterior.

Ello según se acredita por el dictamen pericial elaborado por el Laboratorio Territorial de Drogas de la Delegación del Gobierno en Catalunya en el que se establece (folio 165) que el peso total neto de la sustancia estupefaciente aprehendida, cocaína, es de 439,000 gramos, con un porcentaje de pureza media del 40,5%, lo que arroja un resultado de 177,795 gramos. Y si bien como sostuvo la defensa el resultado a tenor del dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología (folio 171) se establecía un porcentaje de pureza distinto, del 63,75%, no se trata de dos periciales sucesivas idénticas, habiéndose tomado precisamente como referencia la más favorable al reo; y ello sin perjuicio de que debe precisar la Sala que no alberga duda alguna al respecto y otorga sobre tal extremo mayor credibilidad al primer dictamen que al segundo por cuanto, tal y como sostuvieron los peritos en el acto de la vista, ambos complimentan los protocolos internacionales en la materia y si bien los aparatos utilizados por uno u otro laboratorio son similares, el índice de error, como ya es conocido por la propia Sala a tenor del gran número de casos por delitos como el objeto de la presente han sido objeto de enjuiciamiento por los miembros del tribunal, difiere en atención al concreto aparato utilizado (de un 2,51% el del INT y de

un 3% el de la Delegación del Gobierno en Catalunya), en ambos casos se trata de un porcentaje de pureza medio, pero pudiendo estimarse como más exacto o preciso el practicado por el Laboratorio de la citada Delegación del Gobierno dado que, siguiendo las directrices analíticas de droga de la ONU, siendo el color y aspecto similar, el análisis, como marcan los protocolos se practica con la suma de 10 muestras extraídas de 10 cilindros homogeneizada en una batidora, y dando el resultado el promedio de riqueza de base, mientras que el análisis llevado a cabo por el laboratorio del INT se efectúa con una sola muestra extraída del raspado de un único cilindro. Y ello viene corroborado asimismo por los términos en que los dictámenes recogen el tipo de muestra recibida y analizada y su peso (folios 165 y 171 respectivamente), constatándose un análisis de muestras extraídas sobre un peso neto de 493,000 gramos frente a 2,097 gramos.

Y en tal sentido, resulta acreditado que el acusado portaba tanto en el interior de su cuerpo como en los bolsillos del bañador debajo del amplio pantalón que llevaba puesto 39 cuerpos cilíndricos en total conteniendo cocaína, con un peso bruto de 564 gramos, un peso neto de 493 gramos, con un porcentaje de pureza del 40,5% a tenor del informe analítico del Laboratorio Territorial de Drogas de la Delegación del Gobierno en Catalunya, y que obrante en autos fue ratificado por los peritos en el acto de la vista precisando que el resultado era con una desviación en más o menos un 3%, y más específico y concreto para la Sala que el elaborado por el Instituto Nacional de Toxicología por lo argumentado, y que hubiera alcanzado un valor en el mercado clandestino de 34.400 euros a tenor de los precios de las drogas en el mercado ilícito señalado por la Oficina Nacional de Estupefacientes, de la Comisaría General de la Policía Judicial, del Ministerio del Interior, durante el primer semestre de 2007.

Sentencia 103/2008, AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, de 20 de febrero de 2008

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL: MENOR QUE AMENAZA Y GOLPEA A OTRO EN UN CENTRO ESCOLAR

Arts. 173.1, 617.1 y 620.2.º Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Aurora de Diego González

SÍNTESIS

El atentado contra la integridad moral debe poseer un claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, inferir un padecimiento físico o psíquico e incidir de manera humillante en la dignidad de la persona, lo que, a juicio de la Audiencia, no concurre en la conducta del acusado condenado por el Juzgado de Menores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Segundo.—La sentencia recurrida declara probados los siguientes hechos: “Primerro.—Queda probado, y así se declara que como consecuencia de unos problemas derivados de un trabajo de Tecnología que realizaron juntos el curso pasado Luis María (2 de abril de 1993) y el menor expedientado Alexander (18 de agosto de 1991), compañeros de clase en el IES ‘Vicente Castell’ de Castellón, desde el inicio del presente curso escolar 2006-2007, Alexander ha insultado y amenazado a Luis María en clase. El día 22 de septiembre de 2006 durante un intermedio de clase, mientras Luis María estaba sentado en su silla, Alexander empujado a propósito por un compañero no identificado, y a instancia suya, se precipitó sobre el menor Luis María quien cayó al suelo. Alexander se rió de él y le amenazó que si se chivaba le pegaría.

Posteriormente el día 6 de octubre de 2006 durante la hora del recreo, Alexander acompañado de dos amigos de su edad y no

identificados, se encaró a Luis María, recriminándole que por su culpa había tenido un parte disciplinario, arrojándole arenilla, mientras los dos amigos le sujetaban. Luis María pudo zafarse de los chicos y se marchó corriendo, alcanzándole Alexander, quien empujó al menor, golpeándose Luis María en la cabeza contra la pared, y amenazando Alexander a Luis María con pegarle a la salida de clase. Cuando salía de clase Alexander efectivamente estaba esperándole por lo que llamaron a su madre para que lo recogiese.

Finalmente el día 13 de octubre de 2006 Alexander escribió en la pizarra y refiriéndose a Luis María las expresiones: ‘hijo de puta, me cago en tu madre...’, y a la salida del instituto por el mediodía persiguió con el puño en alto a Luis María gritándole: ‘hijo de puta, te voy a arrancar la cabeza...’, debiendo intervenir la tía del menor Esperanza, que había sido avisada para recoger a su sobrino, quien se puso en el medio para evitar que su sobrino fuese agredido, todo ello sin

que el padre de Alexander, presente a la salida hiciese nada para evitar lo ocurrido”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cuarto.—Llegado es el punto de analizar si fue correctamente aplicado el delito del art. 173.1 del CP, compartiendo la Sala el criterio del recurso en el sentido de que los hechos no revisten la gravedad exigida por el aludido delito.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2005 afirma que el delito contra la integridad moral cometido por particulares sanciona los ataques a la integridad moral de las personas llevadas a cabo por medio de tratos degradantes que produzcan un menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona.

Se tipifica en dicho artículo la modalidad cometida por particulares en tanto que en el art. 175 se encuentra el tipo agravado que exige la condición de funcionarios públicos en el sujeto activo.

Las fronteras del bien jurídico protegido con el tipo —la integridad moral— es ciertamente difusa y a veces puede entrar en el ámbito material de otros valores, aunque no cabe duda de su sustantividad, ya que como establece el art. 173 del Código Penal, de producirse lesión o daño es posible el castigo por separado de acuerdo con las reglas del concurso —STS de 31 de mayo de 2003—, lo que no obsta, como ha sido puesto de relieve por la doctrina científica, la conveniencia, e incluso, la imprescindibilidad de elaborar una teoría de la integridad moral como bien protegido.

Se está en presencia de un delito de lesión, pero ello no significa mecánicamente que exija un resultado material lesivo.

En relación a la delimitación del bien jurídico, el concepto de integridad moral debe definirse desde el art. 15 CE que reconoce el derecho “... a la vida y a la integridad física y moral...”.

La jurisprudencia constitucional interpreta el concepto de integridad moral desde

la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, del derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

La STC 120/1990, de 27 de julio, realiza un acercamiento al concepto de integridad moral al decir que en el art. 15 CE “... se protege a la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular...”.

Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal.

De modo que recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las Sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), que reprobó como degradante las llamadas cinco técnicas utilizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad en el Ulster con los detenidos del IRA a los que simultáneamente se les mantenía encapuchados, situados frente a una pared, sometiendo a ruidos monótonos y continuos, sin consentirles dormir y, finalmente, restringiéndoles severamente la dieta alimenticia, Sentencias de 25 de abril de 1978 (*caso Tyrer*), de 6 de noviembre de 1980 (*caso Guzzardi*), de 25 de febrero de 1982 (*caso Campbell y Cossans*), de 7 de julio de 1989 (*caso Soering*), de 20 de marzo de 1991 (*caso Cruz Varas y otros*) y de 30 de octubre de 1991 (*caso Vilvarajah y otros*), etc., el Tribunal Constitucional ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución (torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico “nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención

de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente”.

De análogo modo se expresan, también, las SSTC 137/1990 y 57/1994.

De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad “... menoscabando gravemente su integridad moral...”, nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes —STS 294/2003, de 16 de abril—:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

Como se recoge en la STS 824/2003, de 5 de julio, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620.2.º —vejación injusta—.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad está la cuestión de si se exige una continuidad en la acción, es decir, si bastará una sola y aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, esto es una actitud.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha puesto el acento —de acuerdo con el tipo— en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En este sentido, la STS 489/2003, de 2 de abril y las en ella citadas se refieren a que “... Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones.

La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada (...) si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico...”.

La STS 2101/2001, de 14 de noviembre, aporta la nota de que la degradación y humillación “... tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias...”. Supone, pues un

plus y un *aliud* diferente a una circunstancia de agravación.

En idéntico sentido la STS 489/2003, de 2 de abril, antes citada.

Ya descendiendo al casuismo, y por citar tres precedentes jurisprudenciales que pueden ilustrar el debate que suscita el recurrente en relación al caso enjuiciado y a su pretendida falta de gravedad.

a) La STS 819/2002, de 8 de mayo, estimó como constitutivo de este delito la acción de varias personas que conducen a un monte a la víctima y tras desnudarle, le pintan con un spray todo el cuerpo, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras, lo que le produjo miedo y humillación.

b) La STS 294/2003, de 16 de abril, que, aunque en relación al tipo agravado del art. 175 del Código Penal estimó que concurría en la acción de varios agentes policiales que estando detenida la víctima, inmoviliza-

da y esposada, le dan patadas y puñetazos por todo el cuerpo a la vista de las personas que salían de la discoteca, y, finalmente

c) La STS 754/2004, de 20 de julio, muy semejante a la anterior, consideró constitutivo de este delito la acción de unos agentes de la policía municipal que teniendo esposada a una persona, le golpearon dándole puñetazos en la cabeza, cuerpo y piernas, y por tanto.

En el presente caso no existe la gravedad que requiere el precepto, en los términos que ha sido analizada por el Tribunal Supremo, por lo que los hechos encuentran correcta respuesta jurídica con la sanción por las distintas faltas por las que fue condenado el apelante. Por tanto, el recurso debe tener favorable acogida, procediendo la libre absolución del delito contra la integridad moral por el que fue condenado el menor.

Sentencia 154/2008, AP MADRID, Sec. 26.^a, de 28 de febrero de 2008

**LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS EXCLUYE EL IVA DE LA REPARACIÓN
Arts. 263 y 625 Código Penal**

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García

SÍNTESIS

Para calificar los hechos como delito o falta hay que considerar el daño real causado que asciende al importe neto de su reparación, sin perjuicio de que la responsabilidad civil incluya IVA y mano de obra.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Por otro lado, el presupuesto de reparación de BMW...-JPK, asciende a 464,65 euros, mano de obra e IVA incluido, por lo que entiende la Sala, que no es procedente calificar los hechos como delito de daños, dado que no acierta la Juzgadora al no desglosar de la factura de reparación del vehículo, obrante al folio 10 de las actuaciones, los conceptos que se refieren estrictamente a los desperfectos causados en el turismo excluyendo otros (mano de obra e IVA) que si bien deben integrar la cantidad a indemnizar en concepto de responsabilidad civil, no son daños propiamente causados y a fin de deslindar el delito de la falta, y descontando el IVA 64,09, el presupuesto asciende a 400,56 euros, y si bien desconocemos a qué importe exacto al que asciende la mano de obra, sin duda superior a 56 céntimos.

En efecto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando por todas la Sentencia de 11 de marzo de 1997 establece que “en el delito de daños el objeto de la acción es siempre una cosa y el resultado es la destrucción equivalente a la pérdida total de su va-

lor, la inutilización, que supone la desaparición de sus cualidades y utilidades o el menoscabo de la cosa misma que consiste en una destrucción parcial, un cercenamiento a la integridad, perfeccionamiento o al valor de la cosa”, por lo que los daños propiamente dichos a los efectos del delito intencionado son los correspondientes la destrucción de la cosa o su reparación, pero no las cuantías correspondientes a la mano de obra y al IVA, cuyas partidas deben quedar excluidas de la valoración del daño a los efectos de la calificación penal, e incluirse en el perjuicio patrimonial del perjudicado, indemnizable por vía de responsabilidad civil.

Sin que sea de aplicación el último párrafo del artículo 365 de la LECrim., que dispone que “La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”, lo que obviamente no puede aplicarse a los daños causados, por las razones expuestas.

Por ello, procede estimar parcialmente el recurso de apelación, revocar parcialmente la sentencia, absolviendo al acusado del delito de daños por el que viene acusado, condenándole como autor de una falta del artículo 625 de Código Penal.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**CONSULTA 1/2008, DE 28 DE JULIO, ACERCA DE LA
EXIGENCIA DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA
ENTRE EL AGRESOR Y LOS ASCENDIENTES,
DESCENDIENTES Y HERMANOS PARA LA
TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO DELITO DE
VIOLENCIA DOMÉSTICA PREVISTO EN LOS
ARTÍCULOS 153 Y 173 DEL CÓDIGO PENAL**

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA.
 - II. ARGUMENTOS FAVORABLES AL CRITERIO MANTENIDO POR EL MINISTERIO FISCAL.
 - III. NUEVA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ARTÍCULOS 173.2 Y 153.2 DEL CÓDIGO PENAL.
 - IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADOPCIÓN DE LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA.
 - V. CONCLUSIONES.
-

I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La presente consulta tiene por objeto la fijación del criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal en orden a la interpretación acerca de la exigencia o no del requisito de convivencia entre determinados parientes para calificar las conductas definidas como delitos de violencia doméstica en los artículos 153 y 173.2 del Código Penal, en la redacción dada tras las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003 y por la Ley Orgánica 1/2004. El artículo 173.2 castiga al que “habitualmente ejerza violencia física o psíquica” contra los parientes y personas integradas en el núcleo familiar que enumera, y en el artículo 153.1 se

castiga la conducta del “que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”, siendo de aplicación el apartado segundo del artículo 153 “si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2”. Concretamente se plantea la cuestión en los supuestos en que los actos tipificados en dichos artículos se refieren a conductas realizadas contra los “ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”.

La consulta se ha planteado por dos Fiscalías que exponen la contradicción que se está produciendo entre la posición que se mantiene por los Fiscales ante los Tribunales y el criterio que han adoptado algunos órganos jurisdiccionales respecto de la tipificación y el enjuiciamiento de estas conductas. Se estima necesario que por la Fiscalía General del Estado se determine el criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal ante la diversidad de soluciones adoptadas. En determinadas Audiencias Provinciales las resoluciones son conformes con el criterio mantenido hasta el momento por el Ministerio Fiscal, estimando que se compadece mejor con la voluntad del legislador, mientras que otras, entre las que se encuentran las del territorio de las Fiscalías que plantean la consulta, se han decantado por la contraria, incluso variando la solución adoptada en un principio.

El Ministerio Fiscal hasta el presente momento, tanto para la calificación de los hechos como para la interposición de los recursos procedentes en caso de sentencias absolutorias o condenatorias por falta, ha entendido que no se precisa el requisito de convivencia conforme a la interpretación que se realiza en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 4/2003. Así se estima que, tras la reforma de 2003, la voluntad del legislador es ampliar el ámbito de aplicación del precepto: “la mención a ‘descendientes, ascendientes o hermanos’ incluye expresamente a los que lo sean por ‘naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente’, sin exigirse —como se hacía antes— ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a ‘que con él convivan’ se refiere en exclusiva a ‘los menores e incapaces’ como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión ‘o sobre’; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor”.

Ello no obstante, recientemente algunas Audiencias Provinciales, en sentencias, autos y en acuerdos para unificación de doctrina, así como el Tribunal Supremo, en la única sentencia en la que se ha pronunciado sobre esta materia, Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal n.º 201/2007, de 16 de marzo, aplican un criterio distinto, entendiendo que para calificar los hechos como

constitutivos de los delitos citados entre ascendientes, descendientes y hermanos por consanguinidad o afinidad debe concurrir el requisito de convivencia.

II. ARGUMENTOS FAVORABLES AL CRITERIO MANTENIDO POR EL MINISTERIO FISCAL

La postura que considera que no se requiere la circunstancia de convivencia ente el agresor y la víctima cuando ésta tiene alguno de los vínculos de parentesco citados, se basa en la interpretación del precepto en los términos que pasamos a exponer, por entender que es la más acorde con la voluntad del legislador de ampliar el círculo de protección a relaciones próximas de parentesco para luchar contra la lacra de la violencia doméstica.

En las resoluciones judiciales que adoptan este criterio, se hace un examen de los diferentes grupos de personas que se enumeran en el artículo 173.2 del Código Penal. Así se distinguen varias categorías según la relación o parentesco que les une con el agresor y se hace una interpretación de acuerdo con el significado gramatical de la conjunción “o” que separa frases, palabras o contenidos diferentes. De este modo se entiende que el legislador hace una expresa referencia a la necesidad del requisito de la convivencia en el caso de los menores o incapaces que convivan con el agresor, y a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación “por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”. De ello deducen que, al no hacer una expresa mención a ello en el grupo que le precede en la citada relación, esto es a los ascendientes, descendientes y hermanos, tal requisito no debe aplicarse.

Así, entre otras, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 13 de febrero de 2007, que estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal con los siguientes argumentos: “La lectura del mentado precepto conlleva entender, en lo que aquí importa, que contempla como posibles sujetos pasivos del delito a descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, sin exigir que convivan con el agresor, convivencia que sí se exige tanto para los menores o incapaces no familiares, a quienes se contempla en el precepto de forma diferenciada a los ascendientes, descendientes o hermanos, precedidos también de la preposición ‘sobre’, como a los demás no familiares, pero integrados en el núcleo de convivencia familiar. Así, tipifica como delito conductas que, en otro caso, no tendrían sino la consideración de faltas, en supuestos en los que concurre una relación de parentesco próximo, en otros en los que se da una relación de afectividad análoga a la conyugal, en otros en los que se da una relación de potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho y, por fin, en otros casos en los que, sin dichos parentesco o relación tuitiva —o asimilados— existe una relación de convivencia, siendo precisamente esta convivencia la que lleva al legislador a incluir tales supuestos en el ámbito de protección de la

norma, y a equipararlos así a los otros supuestos en los que el especial lazo que une a agresor y agredido existe indudablemente, aun sin dicha convivencia. Ésta es la interpretación que se ajusta al tenor literal del precepto, sin que resulte exceder de su ámbito de protección, que incluye, como mínimo, las relaciones familiares, y que se ajusta a los criterios lógico, sistemático y teleológico que deben presidir las interpretaciones jurídicas. Con arreglo a ella se incluyen entre los posibles sujetos pasivos del delito tanto los hermanos del agresor, como los del cónyuge, sin necesidad de convivencia con dicho agresor”. En el mismo sentido, entre otras, se pronuncian las Audiencias Provinciales de Pontevedra (S. 10 de enero de 2007), Granada (S. 8 de marzo de 2007), Albacete (SS de 7 de diciembre de 2006, 20 de febrero de 2007 y 16 de octubre de 2006), Lugo (S. 28 de noviembre de 2006) y Girona (S. 9 de febrero de 2005).

Esta interpretación, como se menciona al inicio, es coincidente con la adoptada por el Ministerio Fiscal, conforme se recoge en la Circular n.º 4/2003, de la Fiscalía General del Estado, que se cita expresamente en los Fundamentos de alguna de las resoluciones mencionadas.

III. NUEVA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ARTÍCULOS 173.2 Y 153.2 DEL CÓDIGO PENAL

La posición contraria, que se está imponiendo como mayoritaria en las distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así como en la sentencia del Tribunal Supremo que ha resuelto sobre esta materia, considera por el contrario que es preciso el requisito de convivencia para la aplicación de los artículos 153 y 173 del Código Penal.

En primer lugar hay que hacer referencia a la Sentencia n.º 201/2007, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2007, de la que es Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez, que en su Fundamento de Derecho Primero, dice textualmente:

“Primero. Invocando el artículo 849.1.º LECrim., se ha alegado indebida aplicación del artículo 153 Código Penal, en lo relativo a la agresión de que pudo haber sido objeto Teresa, la hermana de María Consuelo. El argumento es que la misma no mantenía ninguna relación de convivencia con el acusado y, en tal sentido, era ajena al círculo familiar.

La Audiencia, como el Fiscal, en este caso, ha entendido que ese primer precepto en su relación con el segundo es aplicable también cuando se trata de personas de las enumeradas en éste y a las que aquél remite, bastando que exista una relación de parentesco de las tomadas en consideración, aun sin convivencia.

El artículo 173.2 Código Penal, en su primer inciso, se refiere —como posibles sujetos de la violencia que castiga— al que sea o hubiera sido (1)

‘cónyuge’ y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por ‘una análoga relación de afectividad’, y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera ‘aun sin convivencia’. Después lo hace a los (2) ‘descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad’. Y, en fin, a (3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, *a contrario sensu*, debería entenderse que no opera tal requisito.

Pero lo cierto es que la norma —que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo— admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aun sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los ‘descendientes, ascendientes o hermanos’ sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del artículo 153 Código Penal.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la *ratio* de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del artículo 153 del CP 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999, mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de ‘violencia de género’.

Por todo, hay que dar la razón al recurrente, lo que obliga a entender que la acción relativa a Teresa no es de las comprendidas en el artículo 153 CP, y el motivo debe estimarse.”

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se basa en argumentos semejantes a los empleados por el Tribunal Supremo.

En primer lugar se propone una interpretación distinta del precepto que considera que la norma distingue entre varias situaciones personales. Un primer grupo referido a los cónyuges o personas que mantengan en la actualidad o en el pasado una análoga relación de afectividad, para las que el precepto extiende la protección “aún sin convivencia”. Otra serie de relaciones referidas a menores o incapaces, y a personas integradas en el núcleo familiar para las que expresamente se exige el requisito de convivencia con el autor, dado que la extensión de la protección penal se basa precisamente en que la convivencia es el factor de integración en el núcleo familiar. Por último la que es objeto de la presente consulta: hermanos, ascendientes o descendientes, para los que la circunstancia de convivencia ni se requiere ni se excluye de modo expreso.

En relación con este último grupo, la aplicación del tipo especial que eleva a categoría de delito las conductas que ordinariamente son constitutivas de falta debe efectuarse con cautela. Sancionar de esta forma cualquier agravio entre familiares en que concurren estos grados de parentesco, supondría una extensión desmesurada, por cuanto abarcaría todo altercado entre familiares aunque no tengan una relación frecuente, incluso al que surgiera esporádicamente entre parientes cuyos vínculos estuvieran muy distendidos y carecieran de trato habitual. Los partidarios de esta posición razonan que el legislador ha llevado a cabo las reformas operadas en los artículos 153.2 y 173.2 atendiendo a la necesidad de abordar de forma satisfactoria el fenómeno de la “violencia doméstica” y que, semánticamente, este ámbito se define por las relaciones de convivencia. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, el término doméstico proviene del latín (*domesticus*, de *domus*, casa), y como primera acepción se define como: “Perteneiente o relativo a la casa u hogar”.

Entre otras resoluciones podemos citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24 de julio de 2007, en la que el órgano judicial cambia el anterior criterio mantenido en anteriores resoluciones y acoge la nueva doctrina del Tribunal Supremo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de julio de 2007, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007 y 30 de enero de 2007 y Audiencia Provincial de Asturias de 11 de diciembre de 2006.

A la misma conclusión se llega mediante la consideración del bien jurídico protegido como la “paz familiar”, que lleva a sancionar aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos cerrado regido por el miedo y la dominación, consideración que trasciende el tradicional de la integridad física y moral de la víctima, estimando que se penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. La aplicación de la norma debe atender a las relaciones fami-

liares que se basan en situaciones de supremacía de unos miembros sobre otros lograda a través de comportamientos violentos y coactivos, que difícilmente se puede predicar de agresiones entre parientes que no mantienen una relación de convivencia.

Como ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 24 de junio de 2000, 22 de enero de 2001, 18 de abril de 2002 y 24 de marzo de 2003), el delito de maltrato familiar o violencia doméstica habitual tipificado en el actual artículo 173.2 del Código Penal, constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del Código Penal de 1995. El bien jurídico protegido, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, artículo 10 de la Constitución, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, conforme al artículo 15 CE, y en el derecho a la seguridad artículo 17 CE, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia del artículo 39 C.E.

Esta interpretación ha tenido acogida en el seno de algunas Audiencias Provinciales que la han plasmado en acuerdos sobre unificación de criterios en el orden penal. Así el Pleno de la Audiencia Provincial de Madrid, en acuerdo de fecha 25 de mayo de 2007 determina: “La interpretación del requisito de la convivencia para los distintos grados de parentesco en los artículos 153 y 173 del Código Penal. Los supuestos de los sujetos activos descendientes, hermanos y padres de la víctima que no conviven con ella. El tipo penal de lesiones del artículo 153 del C. Penal no es aplicable a los hermanos, ascendientes y descendientes de la víctima cuando no conviven con ésta en el mismo domicilio”. El Pleno de la Audiencia Provincial de Cantabria, en acuerdo de fecha 26 de octubre de 2007 de unificación de criterios, acordó por unanimidad que en los artículos 153 y 173 del Código Penal, en el supuesto de los descendientes, ascendientes o hermanos “se requiere la convivencia con el agresor para entender aplicables tales preceptos”.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADOPCIÓN DE LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA

Una vez expuestos los argumentos en que se basan las diferentes resoluciones judiciales, se hace preciso en este punto abordar la posición que debe mantener en adelante el Ministerio Fiscal. Si se continúa con el criterio que se fijó en la Circular n.º 4/2003, que prescinde del requisito de convivencia entre los ascendientes, descendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o, por el contrario, se adopta la solución

que últimamente se está imponiendo en las resoluciones de las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo.

Como hemos visto, el artículo 173.2, al que expresamente se remite el artículo 153.2, puede ser objeto de una interpretación más restrictiva que también se estima acorde con la voluntad del legislador al efectuar la reforma de estos tipos penales en la Ley Orgánica 11/2003.

En su declarado propósito de abordar el fenómeno de la violencia doméstica de forma multidisciplinar, y específicamente, en lo que aquí nos ocupa, con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos, en su Exposición de Motivos expresamente dice: “En esta línea, en primer lugar, las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos...”. En segundo lugar, respecto de los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas. El legislador, como vemos, centra su atención en el ámbito doméstico y establece el catálogo de posibles víctimas atendiendo al delito de violencia doméstica cometido con habitualidad. Estas dos declaraciones de intención pueden dar las pautas para efectuar una interpretación acorde con la finalidad perseguida por el legislador.

La reforma, como vemos, se dirige a la prevención y represión del fenómeno de violencia doméstica habitual, sancionado las conductas que tienden a convertir la relación familiar en un ámbito cerrado definido por el miedo y por relaciones de dominación. Como dice el mismo artículo 173 en su apartado 3.º: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. De la lectura de este párrafo se deduce que el legislador, al establecer el círculo de personas susceptibles de padecer este tipo de agresiones, está pensando en la protección que se debe dispensar a la familia entendida como una comunidad estable definida por un ámbito de convivencia, porque de otro modo no se puede entender que se requiera “proximidad temporal” y ser de aplicación con independencia de que “se haya ejercido contra la misma o diferentes víctimas”.

Esta consideración también encuentra un argumento favorable en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 4/2003, que, al tratar del concepto de habitualidad del artículo 173.2 del Código Penal, dice: “el entendimiento inicial cuasi aritmético del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (artículo 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un

concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un ‘clima de temor’ en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre”.

Una interpretación coherente de ambos preceptos lleva a la consideración de que el catálogo de las potenciales víctimas de la violencia doméstica habitual definido en el artículo 173.2 del Código Penal, que se ha ampliado con la loable intención de que no quede impune ninguna de sus manifestaciones, debe ser entendido en idéntico sentido cuando se dirige a la represión de cada uno de los singulares actos de maltrato que se tipifican en el artículo 153, es decir, en el contexto de una relación de convivencia. No hay que olvidar que se consideran constitutivos de delito actos de maltrato y agresión leves que, de no mediar tal relación entre el agresor y la víctima, serían constitutivos de falta. De otro modo no se explicaría la remisión que se hace en el artículo 153 al 173 y nos encontraríamos con el efecto, sin duda no deseado, de que se daría la misma respuesta penal a situaciones diferentes. No se puede sancionar igual un acto aislado de agresión leve entre dos sujetos cuyo único vínculo es un determinado grado de parentesco, y entre los que exclusivamente se mantienen contactos personales esporádicos, que cada uno de los aislados actos de agresión que, apreciados en su contexto, ponen de relieve situaciones de dominación basadas en el ejercicio de la violencia por el más fuerte contra el o los más débiles en el ámbito doméstico.

Así el artículo 173.2, y consecuentemente el artículo 153, al sancionar los actos de agresión constitutivos de violencia doméstica: “sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados” se basa para la protección penal en la efectiva relación bien de convivencia o bien de dependencia entre los agresores y las víctimas. La única excepción que se contempla es respecto de los cónyuges y relaciones análogas, que se castigan “aun sin convivencia”. El legislador hace constar expresamente, sólo en este caso, que se amplía el círculo de protección pese a no haber convivencia, dado que la experiencia ha demostrado que este grupo de personas está sometido a un riesgo mayor, puesto que en muchas ocasiones la ruptura de la convivencia se convier-

te en el detonante de la agresión, al no aceptar el autor que la persona salga de su círculo de dominación.

Por tanto, a los efectos que nos ocupan, se estima que únicamente se plantea el problema de la exigencia del requisito de convivencia en relación con los ascendientes, descendientes o hermanos del agresor o de su cónyuge o conviviente, en los casos en los que no se encuentren incluidos en el ámbito de protección de la norma por cualquier otro de los supuestos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, en atención a su situación de dependencia.

V. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, la aplicación efectiva de la norma ha dado lugar a problemas de interpretación que han sido resueltos de forma dispar por los órganos judiciales. En este punto también conviene hacer expresa mención de la preocupación expresada por las distintas Fiscalías en sus memorias correspondientes al año 2007 sobre la disparidad de criterios que se aplican en esta materia. Por algunos Fiscales Jefes se considera que quizá la solución más adecuada sería efectuar una reforma legislativa que otorgara una redacción más precisa a la enumeración de los sujetos pasivos del precepto.

Por todo ello, se hace preciso revisar el criterio de actuación del Ministerio Fiscal para que de una forma uniforme se postule ante los Tribunales, estableciendo la pauta de actuación unitaria que, en el ámbito práctico, puede tener como efecto el de armonizar la jurisprudencia sobre esta materia.

La posición inicial del Ministerio Fiscal, reflejada en la Circular n.º 4/2003, se basaba en una determinada interpretación conforme a la literalidad del precepto que, como se ha visto en la práctica, tras más de cuatro años de vigencia, conduce, en determinados casos, a resultados no satisfactorios, por cuanto extiende el tipo agravado a situaciones que no pueden encuadrarse con propiedad en el fenómeno de la violencia doméstica.

En atención a las consideraciones que se han hecho en los anteriores apartados, se puede estimar, sin hacer una interpretación forzada, ya que tiene su acomodo tanto en sentido propio de sus palabras como en el espíritu y finalidad de la norma, que es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad familiar estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco. Es en el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes en el que cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación.

Por todo ello, en adelante, las señoras y los señores Fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2 y 173.2 se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afi-

nidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.

Por lo expuesto, los señores Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Consulta.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JULIO

- ❑ Acuerdo de 17 de julio de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el 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.
 - ✓ Establece un régimen singular de guardias para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer atendiendo, fundamentalmente, a su demarcación territorial, competencia especializada y las actuaciones que necesiten una urgente intervención judicial.
 - ✓ Modifica los artículos 38, 42.4, 49.1 y 2, párrafos primero, segundo y tercero y añade una Sección 7.ª bis en el Capítulo II del Título III con la rúbrica “El Servicio de Guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los Partidos Judiciales con cuatro o más Juzgados de tal clase”.
 - ✓ Actualiza el cuadro de disposiciones reglamentarias vigentes del Consejo General del Poder Judicial.
- ❑ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (BOE del 31), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.
 - ✓ Proclama, en el Título I, la dignidad humana; el derecho a la integridad de la persona y, la prohibición de la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzado.
 - ✓ Declara, en el Título VI, los derechos a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial, a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción y los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas.

AGOSTO

- ❑ Decisión 2008/633/JAI, del Consejo de 23 de junio de 2008 (DOUE-L n.º 218, de 13 de agosto), sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.
 - ✓ Complementa al Reglamento (CE) n.º 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros, al establecer la base jurídica prevista en el Título VI del Tratado de la Unión Europea, que autoriza el acceso al Sistema a las autoridades designadas y a Europol.
 - ✓ Establece las condiciones en que las autoridades designadas de los Estados miembros y la Europol podrán acceder al Sistema de Información de Visados (VIS) para realizar consultas con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.
- ❑ Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008 (DOUE-L n.º 220, de 18 de agosto), relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.
 - ✓ Pretende definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por Estados miembros, permitiendo vincular consecuencias a una condena anterior pronunciada en un Estado miembro con motivo de un nuevo proceso penal en otro Estado miembro, en la medida que dichas consecuencias están vinculadas a penas nacionales previas con arreglo al Derecho de otro Estado miembro.
 - ✓ Se tomará en consideración toda resolución definitiva de un órgano jurisdiccional penal por la que se establece la culpabilidad de una persona por una infracción penal por hechos diferentes iniciadores de otro proceso penal en un Estado miembro distinto.
 - ✓ Las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en esta Decisión marco deberán tomarse antes de 15 de agosto de 2010.

SEPTIEMBRE

- ❑ Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre (BOE del 13), por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.
 - ✓ Concreta y amplía, entre otros, los conceptos de vehículos a motor y hechos de la circulación (artículos 1 y 2).
 - ✓ Establece la previsión de compensación en la aplicación de los importes de la cobertura del seguro obligatorio establecidos en el texto refundido de la LRCySCVM.
 - ✓ Sistematiza la documentación relativa al seguro, incluida la que sirve para acreditar su vigencia (artículos 11 a 15).
 - ✓ Concreta determinados aspectos de la oferta motivada que deben emitir las entidades aseguradoras (artículo 16).
 - ✓ Desarrolla determinados aspectos relativos al pago de la indemnización (artículos 17 a 20).
 - ✓ Recoge la regulación de la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (Ofesauto), como oficina nacional de seguro y organismo de indemnización (artículos 21 y 22).
 - ✓ Actualiza el régimen del Fichero Informativo de Vehículos Asegurados, como mecanismo central para la identificación de la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil de los vehículos implicados en un accidente y del control de la obligación de asegurarse (artículos 23 a 28).
 - ✓ Deroga el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 13 de septiembre de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2008.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., et al., *Derecho Penal. Parte especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

AA.VV., *Estudios de derecho ambiental. Homenaje a Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANZ MULAS, N. (Coord.), *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

AMBOS, K., *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.

GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

CABALLERO BRUN, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, Valencia, 2008.

LAFONT NIMESO, L., *El delito de acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LAURENZO, P./MAQUEDA, M.L./RUBIO, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008.

OLÁSOLO ALONSO, H./PÉREZ CEPEDA, A.I., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

REQUEJO CONDE, C., *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Comares, Granada, 2008.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A., *Delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2008.

ROMEO CASABONA, C.M., *Biotecnología. Desarrollo. Justicia*, Comares, Granada, 2008.

ROMEO CASABONA, C.M., *Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2008.

V. DERECHO PENITENCIARIO

REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

VI. CRIMINOLOGÍA

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HERRERA MORENO, M., *Hostigamiento y habitat social. Una perspectiva victimológica*, Comares, Granada, 2008.

ROLDÁN BARBERO, H., *Los GRAPO. Un estudio criminológico*, Comares, Granada, 2008.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 16.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

II. MONOGRAFÍAS

BERMÚDEZ REQUENA, J.M., *Tribunal del Jurado. Modelo y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

HOYOS SANCHO, M. DE (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales* (edición bilingüe, castellano-inglés), Lex Nova, Valladolid, 2008.

MARCOS FRANCISCO, D., *Orden europea de detención y entrega. Especial referencia a sus principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MELERO BOSCH, L., *La defensa del imputado en los juicios rápidos*, Comares, Granada, 2008.

RIVES SEVA, A./MARCHENA GÓMEZ, M./DEL MORAL GARCÍA, A., *La prueba en el proceso penal*, 4.^a ed. revisada y puesta al día. Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

SANZ HERMIDA, A., *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VALBUENA GARCÍA, E., *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

III. OTROS

SANZ MULAS, N., *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008.

**TÍTULO: LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL.
ASPECTOS MATERIALES Y PROCESALES**

Autores: Coral Arangüena Fanego, Ángel José Sáenz Morán y otros
ISBN: 978-84-8406-899-0
Lex Nova, Valladolid, 2008, 462 páginas

El lector tiene ante sus ojos una obra colectiva sobre un tema de constante actualidad, fruto de un proyecto de investigación subvencionado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León sobre *La reforma del proceso penal*, del que forman parte como investigadores los Doctores Arangüena Fanego, Sanz Morán y De Hoyos Sancho. Participan en esta obra colectiva un total de 16 autores, todos ellos especialistas del tema que abordan. El libro está dividido en dos partes, equilibradas en su extensión y claramente diferenciadas en su contenido. La primera, de carácter material, se dedica al estudio de la reforma del Código Penal proyectada en el año 2007, tanto en su parte general como especial. La segunda se preocupa de las necesarias reformas de las normas procesales penales en el sistema de recursos así como de otras reformas pendientes.

En el primer capítulo J.G. FERNÁNDEZ TERUELO aborda “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Tras analizar en profundidad la situación actual y la propuesta de introducción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, plantea una serie de medidas alternativas a dicho modelo, consistentes básicamente en privación de derechos, retirada del título administrativo habilitante para operar, o un sistema de multas sobre las entidades condenadas. F. JIMÉNEZ VILLAREJO enfoca este mismo tema desde la perspectiva de la Unión Europea en su capítulo sobre la “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al proyecto de modificación del Código Penal de 2006”. Estudia detenidamente los diversos instrumentos comunitarios que contemplan esta materia, así como su repercusión en el proyecto de modificación del Código Penal de 2006.

B. MAPELLI CAFFARENA dedica su análisis al “Sistema de penas en el proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, desgranando el nuevo catálogo de penas, en el que aparece como novedad la pena de libertad vigilada, y abordando otras cuestiones como la regulación de las penas accesorias, la flexibilización de las penas los delicados temas de la reincidencia y la habitualidad.

Del “Tratamiento del delincuente habitual” se ocupa el estudio de A.J. SANZ MORÁN. El autor plantea cuál deba ser el tratamiento más adecuado de la criminalidad habitual, y, a través del análisis de las soluciones dadas en derecho comparado así como de las propuestas doctrinales españolas más destacadas, llega a una toma de posición a favor de una respuesta dualista para los casos de criminalidad habitual media o grave, en la que se valore la posibilidad de sustitución recíproca de penas y medidas.

La consideración de la reforma de la parte especial del Código Penal se inicia con el trabajo de J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI sobre “Armonización penal en la Unión Europea”, en el que, tras constatar la inexistencia en la actualidad de un Derecho penal europeo de aplicación directa por lo Estados miembros, cuestiona la conveniencia de su elaboración, dado el carácter primordialmente represivo con el que está siendo desarrollado, y pone el acento en la necesidad de equilibrarlo con el desarrollo de las garantías ante el derecho penal.

M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO aborda “El tratamiento de la corrupción en el proyecto de reforma del Código Penal de 2007”, como nuevo delito cuando se produce entre particulares, y aprovecha la profunda modificación de que es objeto el delito de cohecho para realizar un análisis detenido de este tipo delictivo.

“Los delitos contra el patrimonio en el proyecto de reforma del Código Penal de 2007” constituyen el objeto de la aportación de J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, que presenta un estudio crítico sobre la reforma en este campo, y destaca las modificaciones propuestas en los delitos de estafa.

Cierra esta parte del libro el trabajo de R. DE VICENTE MARTÍNEZ sobre “La reforma penal de 2007 en materia de seguridad vial”, la única de las proyectadas que se ha traducido en derecho positivo. Tras estudiar la pena de pérdida del derecho a conducir vehículos de motor y los diversos delitos contra la seguridad vial contemplados en la reforma, se cuestiona si realmente ésta era necesaria.

Por lo que respecta a la segunda parte del libro, cabe anticipar que la ubicación de los trabajos sobre las reformas procesales no es indiferente, sino que sigue una línea coherente de desarrollo de los problemas que plantea el tema, que giran alrededor de un punto principal: la necesidad de una reforma para adaptar las normas procesales penales a las obligaciones internacionales asumi-

das por España. Se inicia con la presentación de “La nueva configuración del recurso de apelación” que realiza A. PALOMO DEL ARCO, donde valora positivamente la evolución de este instrumento “de la nada a su universalización”. Igualmente celebra la opción por una apelación limitada, más acorde con la tradición española y plenamente integrada en el sistema de garantía que el ordenamiento español impone al proceso penal. Entre los puntos negativos advierte que el proyecto de reforma no satisface plenamente las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales, singularmente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la segunda instancia, ni del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Esta cuestión es objeto de análisis por M.^a P. CALDERÓN CUADRADO en su aportación: “Quince años de Decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior”. En el mismo resalta la complicada coexistencia en el ámbito europeo de las Decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en ocasiones puede producir disfunciones.

La reforma del recurso de casación es tratada con rigor por F. IRURZUN MONTORO en el capítulo: “Una nueva configuración del recurso de casación en la jurisdicción penal”. Tras el análisis de este recurso en su configuración actual y de las propuestas contenidas en el proyecto de reforma, desvela la necesidad de potenciar entre los órganos inferiores la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Agotada la vía casacional sólo queda la vía excepcional de la revisión, único camino posible de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tema es desarrollado minuciosamente por C. ARANGÜENA FANEGO, bajo el título “Revisión penal y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Uno de los puntos débiles de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo es la falta de fuerza ejecutiva de sus resoluciones (“juzga pero no puede hacer ejecutar lo juzgado”). Apoyándose en una sólida base documental y jurisprudencial, revela la autora como ha sido subsanada en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno esta deficiencia, no así en el nuestro. Asimismo pone de manifiesto como la falta de claridad normativa tiene reflejo en la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, y la consecuente necesidad de que se prevea por vía legislativa el mecanismo más apropiado para revisar procesos internos tras haber recibido un pronunciamiento en contra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La última parte del libro se dedica al estudio y análisis de otras reformas procesales pendientes. J. DELGADO MARTÍN aborda, en “La protección de la víctima por el sistema penal”, una materia en la que él es acreditado especialista. A lo largo de su extenso y completo trabajo desarrolla la posición de la

víctima en el proceso penal, con especial atención a la víctima de violencia doméstica y de violencia de género.

“La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente” es el título del trabajo presentado por J.A. ESPINA RAMOS, en el cual aboga por un “cambio de paradigma”, pues no se trata de convertir a los fiscales en jueces de instrucción sino de un cambio en el modo de instruir y propone, entre otras cuestiones, la discusión sobre la posible introducción de un principio de oportunidad reglada en la instrucción bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

En el siempre complejo campo de la prueba se ubican los dos últimos capítulos. I. DE LUCAS MARTÍN estudia las “Medidas necesarias para la reforma del proceso penal en el marco de la prueba. Métodos de investigación en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las intervenciones telefónicas”. Concretamente se centra en la entrega vigilada, y el agente encubierto, pero dedica su mayor atención a las intervenciones telefónicas, puntualizando las dos exigencias que éstas deben satisfacer como condición de legalidad y de validez: justificación bastante de la intervención y su sometimiento jurisdiccional. Por último, M. DE HOYOS SANCHO analiza las “Nuevas tendencias en la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género”. Entre estas nuevas tendencias tienen un puesto destacado la elaboración de los diversos protocolos de actuación, las “Unidades de Valoración Forense Integral”, de excelente eficacia debido a su carácter multidisciplinar, las nuevas tecnologías de la comunicación en la investigación y prueba de estas modalidades delictivas, y los análisis de ADN. La comparación entre estas posibilidades y el sistema procesal penal español conduce a la autora a concluir su estudio reclamando la tantas veces anunciada reforma procesal penal.

Otro de los grandes aciertos de la obra es la presencia de estudios académicos (de catedráticos y de profesores titulares de Universidad, tanto de Derecho penal como procesal) junto a los conocimientos prácticos de quienes están llamados a aplicar las normas jurídicas (Magistrados, Fiscales y Abogados del Estado), que, amén de dinamizar su lectura con muy diferentes estilos de escritura, ofrece al lector una visión completa de todos los problemas abordados y de las soluciones propuestas. Todo ello convierte esta obra colectiva en imprescindible tanto para quienes desarrollan su labor en el ámbito académico como para quienes lo hacen en el foro.

Begoña Vidal Fernández

Profa. Titular Derecho Penal Procesal de la Universidad de Valladolid